

# AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



## www.adınızsoyadınız.av.tr

Bilgi için [www.barobirlik.org.tr/avtr](http://www.barobirlik.org.tr/avtr)  
Sorularınız için [avtr@barobirlik.org.tr](mailto:avtr@barobirlik.org.tr)

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

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

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

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

3) Alt alan adları <https://www.nic.tr> adresinden online başvuru ile başlatılacak bir prosedüre göre verilmektedir. [av.tr] alt alan adı tahsis 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](http://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 aykırı edimi halinde ilgili kurullar uygulanacaktır.



**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ**

**AVRUPA BİRLİĞİ  
HUKUKU**

**ve**

**AVRUPA  
KURUMLARI**

**SEMPOZYUM**

**30 MART - 1 NİSAN 2005  
İSTANBUL**

**ÇIKTI !..**

# **TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ**

ISSN: 1304-2408

YIL: 19

SAYI: 67

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

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

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

## ABONE KOŞULLARI

Yıllık Abone Bedeli: 42.000.000 TL. / 42 YTL.

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

[www.abonet.net](http://www.abonet.net)

Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık

Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

Basım Yeri

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

Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara

[www.senmatbaa.com](http://www.senmatbaa.com)

Basım Tarihi

31.10.2006

# 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 yayımlamama 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

	<b>10</b>	Haberler
Teoman EVREN	<b>23</b>	Başkandan
Yrd. Doç. Dr. H. YOKUŞ SEVÜK	<b>35</b>	Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler
Dr. Olgun DEĞİRMENCİ	<b>57</b>	Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu (TCK m. 80)
Gamla JAHIC/Ulaş KARAN	<b>97</b>	Türk Ceza ve Ceza Usul Hukuku ve Fuhuş Amaçlı İnsan Ticareti Suçunda Yaşanan Sorunlar
Prof. Dr. Rona AYBAY	<b>111</b>	AİHM'in İş Yükünün Azaltılması İçin Bir Öneri: "Zorunlu Uzlaştırma"
Prof. Dr. Bilge UMAR	<b>121</b>	Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı
Dr. H. ÇOLAK / U. ALTUN	<b>163</b>	Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenekli Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri
Hasan DURSUN	<b>230</b>	Süper Başkanlık ya da Başkancı Parlamenter Sistem: Weimar Almanya'sı ile Rusya Federasyonu Örnekleri ve Çıkartılacak Dersler
Serkan AĞAR	<b>285</b>	Vergi Yasası'nda Davaya Konu İcrai İşlem I
Seda ÖKTEM	<b>317</b>	Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması
Cafer ERGEN	<b>339</b>	Harcırah Kanunu'nda Eskiye Dönüldü
Kadir AKTAŞ	<b>354</b>	TBMM Uygulamasında Yasama Dokunulmazlığı
İnci BİÇKİN	<b>380</b>	Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması
Lamih ÇELİK	<b>399</b>	Meslek Kurallarında Avukatın Bilgi Verme Yükümlülüğü
Yargıtay Kararları	<b>421</b>	
Disiplin Kurulu Kararları	<b>467</b>	
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	<b>488</b>	
Kitaplar - Dergiler	<b>505</b>	

# **GELECEK SAYILARIMIZDA**

## **Yayımlanacak Yazılardan Bazıları**

Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü  
**Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla  
Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları  
**Prof. Dr. Bilge UMAR**

İdari İşlemlerin İdare Tarafından Resen İcrası  
**Hasan DURSUN**

Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem II  
**Av. Serkan AĞAR**

Müdafinin ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları ile Uygulamada  
Karşılaşılan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi  
**Av. Ş.Cankat TAŞKIN**

5271 Sayılı Türk Ceza Muhakemesi Kanunu Üzerine Düşünceler  
**Mustafa ÖZEN**

Dünden Bugüne Türkiye – Avrupa Birliği İlişkileri  
**M. Akif ÖZER**

Avrupa Birliği Hukuku ve Kurumsal Yapısı  
**M. Akif ÖZER**

AİHS m. 6 Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulanması  
**Erol ÇİÇEK**



# editör'den...

*Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 1988 yılında çıkarılmaya başlandı. Bir dergi çıkarılması yönündeki kararı alan Yönetim Kurulu'nun başkanı Teoman Evren'di. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*'nin birinci sayısının ilk yazısı "*Hak Arama Özgürlüğü ve Savunma*" başlıklı ve Teoman Evren imzalı idi. Bu sayımızda "*Başkan'dan*" yerinde bu güzel yazıyı okuyucularımıza sunuyoruz.

Sevgili başkanımız Teoman Evren'i Ekim ayının onsekizinde kaybettik. Bir meslektaş olarak, bir dost olarak ve yönetiminde beş yıl birlikte çalışmış olduğum başkanım olarak kendisini, esprilerini, hayata gerçekçi bakışını ve değerlendirmelerini her zaman anımsayacağım. Sanıyorum Ankara Adliyesi önünde, Kocatepe Camii avlusunda ve mezarı başında toplanan çok sayıdaki avukat, siyasetçi, sanatçı, hukuk adamı, toplumun her katından ve mesleğinden dostları da aynı hasreti duyacaklardır. Ölümünün hemen arkasından dilime dolanan bir mısra ile onun şir sever yanına hitap etmek istiyorum.

*"Ölüm asude bir bahar ülkesidir rinde."*

O gerçekten mert ve rintti. İnaniyorum ki, bir mısraımı dilime doladığım bu şiiri kendine özgü okuyuşuyla hatasız ve noksansız tamamlayabilecekti... Allah rahmet eylesin.

\* \* \*

Hukuk Yargılamaları Kanunu Taslağı çalışmaları tamamlandı. Taslağın gerekçesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde hükme bağlanan "*adil yargılanma hakkı*"na atıfta bulunulmasına karşın tanıkların dinlenmesi ile ilgili 265. maddede ve bu maddenin gerekçesinde Anayasa'nın 36. ve AİHS'in 6. maddesine aykırı düşüncelerin yer alması dikkatimizi çekti.

Bilindiği gibi, "*adil yargılanma hakkı*"nın esaslı öğelerinden biri, "*tanıkların sorguya çekilmesi*" ve "*aynı koşullar altında çağırılması*" ile "*dinlenmesi*" konusundadır. Bu hükmün hem medeni hem de ceza yargılamalarında uygulanması konusunda da bir tereddüt yoktur. Gerekçede de bu açıklıkla vurgulanmıştır.

Buna rağmen, sözünü ettiğimiz 265. madde şöyle düzenlenmiştir: "*Madde 265 - (1) Taraflardan her biri tanığa sözlerini açıklaması veya tamamlaması için gereken yeni sorular sordurabilir. Bu soruların yerinde olup olmadığına hakim karar verir.*"

Gerekçe de şöyle: "*Madde 265 - Bu madde 1086 sayılı Kanununun 267. maddesinin ilk iki cümlesini karşılamaktadır. Bu hükümle tarafların şahide soru sordurabilecekleri, bizzat soru tevcih edemeyecekleri kabul edilip, onların yersiz etkileşimden korunması amaçlanmıştır.*"

Hukuk yargılaması tarafların eşit olması nedeniyle "*adil yargılanma hakkı*"nın sorunsuz kullanılabileceği, bu bağlamda "*doğrudan soru*" ve "*çapraz soru*" yöntemlerinin kolaylıkla uygulanabileceği yargılama alanıdır. Ceza yargılamasında (m. 201) doğrudan soru kabul edildiği halde hukuk yargılamasında bunun kabul edilmemesinin açıklaması gerekçede yoktur.

Gerekçede ileri sürülen "*yersiz etkileşim*" ise yargılamanın amacı ile çelişmektedir. Doğrudan soru ve çapraz soru, tanığın, bilirkişinin ve hatta tarafların doğru söyleyip söylemediklerinin test edilmesi yöntemidir. "*Etki*" edilip edilmediği veya "*etkinin yersizliği*" veya tanığın kimin "*etki*" alanında olabileceği hâkim tarafından takdir edilerek hüküm kurulacaktır. Yargılamanın aktif ve herhangi bir önyargıdan uzak gerçekleşmesi için bu madde üzerinde özellikle yeniden durulmalıdır.

Teoman ERGÜL

## TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANLIĞI'NDAN TÜRK VE DÜNYA KAMUOYUNA BİLDİRİ

Önümüzdeki 12.10.2006 Perşembe günü Fransız Millet Meclisi'nde insanoğlunun uzun yüzyıllar büyük ve kanlı mücadeleler sonucu kazandığı, "*insan derisi ile kaplı*" anayasalar ve yasalar ile güvence altına alınan düşünce özgürlüğünü ortadan kaldıracak bir yasa teklifi oylanacaktır.

Fransız Hükümeti bu yasa teklifi ile bir ilgileri bulunmadığını açıklamak gereğini duymakla oylanacak yasa teklifinin düşünce özgürlüğüne, insanoğlunu diğer varlıklardan ayıran akıl ve iza'na aykırılığını kabul etmiş olmaktadır.

Bu yasa teklifi ile 29 Ocak 2001 yılında "*Fransa Ermeni soykırımını açıkça tanır*" şeklindeki yasa ile kabul edilen Anadolu'da 1915 yılında Ermeni ırkına karşı bir "*soykırım*" yapıldığı ön yargısı pekiştirilmekte ve bunu inkâr edenlerin cezalandırılması öngörülmektedir. "*29 Temmuz 1881 tarihli basın özgürlüğü hakkındaki yasanın 24. (tekrar) maddesinde öngörüldüğü üzere, aynı yasanın 23. maddesinde belirtilen yollarla 1915 Ermeni Soykırımı'nın varlığını inkâr edenler cezalandırılacaktır.*"

Bu ön yargının temelinde siyasi hesaplar yatmaktadır.

1915 yılında Anadolu'da neler olmuştur?

Daha öncesi Hınçak ve Taşnak Komiteleri, "*Türkiye'de ihtilal yoluyla gerçekleştirilecek olan hedeflere ulaşabilmek için*", programlarına göre "*propaganda, tahrik, tedhiş/terör*" metodları kullanarak isyanlar düzenlemişlerdir. Devlete karşı silahlı başkaldırı niteliğindeki bu isyanların sayısı sadece 1895 yılında yirmibeştir.

Ayrıılıkçı hareket, programlarının 7. maddesine göre, kalkışmanın gerçekleştirileceği en uygun zaman olarak "*Türkiye'nin savaşa girdiği zamanı*" belirlemiştir. Osmanlı Devleti Kasım 1914'te Birinci Dünya Savaşı'na girdiğinde Ermeni isyancıları bekledikleri günün geldiğini düşündüler.

Birinci Cihan Savaşı dolayısıyla bütün Avrupa'da olanlardan Anadolu'da ne eksik, ne fazla bir şey olmuştur. Doğuda Rusya

İmparatorluğu orduları Doğu Anadolu'yu istilaya başlıyorlar. Batıda İngilizler ve Fransızlar Çanakkale'yi zorluyorlar. Güneyde İngilizler Süveyş kanalı harekâtını başlatıyorlar.

Ermeniler de içeride Van'da isyan ediyorlar. 24 Nisan'da Ermeni ihtilalcilerin elebaşları İstanbul'da tutuklanıyor. Ermenilerin ilk yalanı bugünü "*katliam günü*" olarak ilan etmeleridir. Oysa ortada sadece, devletin güvenliği amacıyla yapılan tutuklamalar vardır.

Savaşan ordu askeri değerlendirmelerin sonucu olarak, düşmanca tavrını açıkça belli eden bu bölgedeki Ermenileri geride bırakmamak için Anadolu'nun başka yerlerine ve Suriye'ye sürülme (tehcir) kararı almıştır. Bu konuda bir yasa çıkarılmıştır. O günün ulaşım koşulları içinde yollarda açlıktan, hastalıktan, eşkıyaların saldırılarından can kaybı olduğu, büyük ve giderilmesi olanaksız acılar yaşandığı açıktır. Ancak bunu bir ırkı ortadan kaldırmak, yok etmek anlamındaki soykırımla bir ilgisi yoktur. Anadolu'nun çeşitli yerlerinde hatırı sayılır bir Ermeni nüfusu her zaman olmuştur. Hatta bunlar 1919-1922 arasında Yunan kuvvetleri ile işbirliği yaparak Anadolu halkına karanlık ve ızdırap dolu günler yaşatmışlardır. Amiral Bristol başkanlığındaki bir heyetin 1919 yılındaki raporu bu konuda yadsınamaz bir belgedir.

Aynı tarihlerde donanımsızlık, ulaşım zorluğu ve yiyecek sıkıntısı dolayısıyla Sarıkamış'ta 90 bin Türk askerinin kaybedilmiş olması devletin imkânlarını ve koşulları göstermesi açısından dikkat edilmesi gereken bir noktadır. Ayrıca Türk ordusu Çanakkale'de ve Arabistan çöllerinde de aynı yoklukları yaşamış ve sayısız askerini bu suretle kaybetmiştir.

Rusya ve Fransa orduları himayesinde Osmanlı İmparatorluğu uyuğu Ermeniler geniş çapta ayaklanmışlar, bölgenin Türk, Kürt, Çerkez Müslüman halkını öldürmüşler, ırz ve namuslarına saldırılarda bulunmuşlardır. Bu konuda Rus generallerinin tanıklığı vardır.

Güney Anadolu'da Maraş, Ayıntap, Urfa ve Adana'da Ermeniler Fransız askeri kisvesi ile yine Türk Müslüman halkı öldürmüşlerdir. Bu kentlerimizin adlarının başına sonradan eklenen Kahraman, Gazi ve Şanlı eklerinin hangi gerekçe ile verildiğini

en iyi Fransızlar takdir edeceklerdir.

Bunun içindir ki Fransa kamuoyu, milletvekilleri bu olaylarda kendi sorumluluklarını unutmamak zorundadırlar. Fransa Türk halkına, Cezayir ve Wietnam'daki insanlık dışı davranışları yanında Güney Anadolu'da Ayıntap'ta, Maraş'ta, Urfa'da, Adana'da Ermenilere yaptırdığı vahşetin de hesabını vermek zorundadır. Ermenileri yüzyıllardır birlikte yaşadıkları halktan ve topraklardan koparmışlar, peşlerinden Fransa'ya götürmüşlerdir. Bugün Fransa ve diğer ülkelerde yaşayan Ermeniler, öncelikle kendilerini sonuçsuz ve kanlı bir maceraya sürükleyenlerden bunun hesabını sormalıdırlar.

Bize Anadolu'da yaptıklarının hesabını vermeyen bir halkın başkasından hesap sormaya hakkı bulunmamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'nin aralarında Fransa'nın da olduğu emperyalist güçlerin türlü oyunlarına ve gizli-açık saldırılarına karşı verilmiş bir Ulusal Kurtuluş Savaşı sonunda kurulmuş olduğu unutulmamalıdır.

Bu tasarı kabul edildiği takdirde, siyasal çalkantı yaşanacaktır. Bizler *"Sizinle aynı düşüncede olmayabilirim, ama düşüncenizi söyleme hakkınızı sonuna kadar savunacağım,"* diyen Voltair'in temsil ettiği aydınlanma çağı düşünürlerinin Fransa'sına sonuna kadar saygılıyız. Ama Fransa'nın düşünce özgürlüğü gibi kutsal bir kavramı, bir takım gündelik siyasal hesaplara kurban eden ve 21.yüzyılda hala geçmişteki emperyalist amaçlarını gerçekleştirmek peşinde olan çirkin yüzü karşısında da sessiz kalamayız. Bu bize 1920'lerde, en güç koşullar altında Cumhuriyetimizi kurmuş olan kuşaklardan kalan onurlu bir görevdir.

Türkiye Barolar Birliği, Fransız Millet Meclisi'nde görüşülen bu tasarının kabul edilmesi halinde, Fransız Baroları ve Üniversiteleri ile olan bütün ilişkilerini kesecek ve Fransa'da *"Ermeni soykırımını yoktur,"* etkinlikleri düzenlemek gibi eylemleri birer birer yürürlüğe sokacaktır.

Kamuoyuna duyurulur.

## 2006 - 2007 ADLİ YILI TÖRENLE AÇILDI

Her yıl olduğu gibi, bu yıl da 6 Eylül günü Yargıtay Konferans Salonu'nda düzenlenen törenle adli yıl açıldı. Törene Cumhurbaşkanı, Başbakan, TBMM Başkanı, bakanlar, milletvekilleri, yüksek yargının temsilcileri ile birlikte TBB Yönetim Kurulu üyeleri de katıldılar.

Törende ilk konuşmayı Yargıtay Başkanı Osman Arslan yaptı. Çeşitli konulara değinen Yargıtay Başkanı Osman Arslan "laiklik" konusunda şunları söyledi.

"1924 Anayasası'nın 2. maddesinde Türkiye Devletinin dini, '...dini İslamdır' biçiminde iken, bu ibare 10.04.1928 tarih ve 1222 sayılı Anayasa değişikliği ile yürürlükten kaldırılmış, 05.02.1937 tarih ve 3115 sayılı Anayasa değişikliği ile 2. madde yeniden düzenlenmiş, devletin nitelikleri belirtilmiş ve terim olarak laiklik, ilk kez Anayasa'da yerini almıştır.

1924 Anayasası'nda laiklik ile ilgili hiçbir açıklama yer almamaktadır. Buna karşılık 1961 ve 1982 anayasalarında, laiklik ile ilgili kapsamlı düzenlemelere yer verilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde devletin laik olduğu belirtilmiş, 4. maddesinde ise bu niteliğin değişmezliği vurgulanmıştır. Ayrıca Anayasa'da laiklik, devletin temel niteliği olarak kabul edilmiştir.

Anayasa laikliğe özel önem ve değer vermiş, bu bağlamda Anayasa'nın 'Başlangıç' bölümü ile 2, 4, 6, 10, 14, 15 ve 24. maddelerinde, laiklikle ilgili hükümlere yer verilmiş ise de laikliğin açık tanımı yapılmamıştır.

Anayasa'nın 90/5. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar kanun hükmünde olup, öncelik ve bağlayıcı nitelik taşımaktadır.

Bu nedenle, ülkemizin taraf olduğu milletlerarası bildiri ve sözleşmeler ile Anayasa hükümleri birlikte değerlendirilerek, laiklik ilkesi ile din ve vicdan özgürlüğünün açıklanması zorunlu görülmektedir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 18, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddelerinde din ve vicdan özgürlüğü, temel insan hakları arasında kabul edilmiştir. Anayasa'nın 24. maddesinde de din ve vicdan özgürlüğü, temel insan hakkı olarak düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 'Başlangıç' bölümünün 5. fıkrasında, '...laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı...' hükmüne yer verilmiştir. Burada açıkça dinin, devlet işlerinde ve politikada etken olamayacağı vurgulanmıştır. Bunun karşıt kavramı olarak da, devlet dine müdahale edemez ve din kurallarını belirleyemez.

Anayasa'nın 6. maddesinde: 'Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir.' hükmü yer almaktadır. Bu hüküm iktidarın kaynağının millet, milli (beşeri) irade olduğunu göstermektedir.

Anayasa'nın 10. maddesine göre; 'Herkes, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.'

Anayasa'nın 24. maddesinde, milletlerarası bildiri ve sözleşmelere paralel düzenlemeler yapılarak, din ve vicdan özgürlüğü teminat altına alınmıştır. Anayasa'nın 14/1. maddesinde, din ve vicdan özgürlüğünün, devletin laiklik ilkesini ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılmayacağı da hükme bağlanmıştır. Ayrıca, Anayasa'nın 15/1. maddesinde, olağanüstü

*hallerde temel hak ve özgürlüklerin durdurulması öngörüldüğü halde, anılan maddenin 2. fıkrasında olağanüstü durumlarda dahi, din ve vicdan özgürlüğünün kısıtlanamayacağı ilkesi kabul edilmiştir.*

*Laiklik dinin devlet işlerine, devletin ise din işlerine karışmaması, her ikisinin birbirinden ayrılması anlamına gelir. Laikliğin bu tanımı iki ögeyi içermektedir.*

*Bu öğelerden birincisi siyasaldır. Laik devlette yöneticiler dini, din adamları da devleti yönetemezler. Her ikisinin görevi, işlevi, amaç ve alanı farklıdır. Laik devlet, bütün dinlere ve mezheplere aynı uzaklıktadır. Laik devlette kişiler, vicdanlarıyla baş başa bırakılmıştır. Laik devlette devlet düzeni, hukuk ve eğitim; akla, bilime ve çağdaş dünyadaki gelişmelere paralel olarak biçimlendirilir.*

*Laikliğin ikinci ögesi kişilerin iç dünyası ile ilgili olup, kişilerin din ve vicdan özgürlüğünün teminat altına alınmasıdır.*

*Herkes vicdan, dini inanç ve kanaat özgürlüğüne sahiptir. Bu kuralın doğal sonucu olarak hiç kimse ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz. Ayrıca hiç kimse, devlet düzenini kısmen de olsa din kurallarına dayandırma amacı güdemaz ve din duygularını kötüye kullanamaz.*

*Din ve inanç gerçek kişilere özgüdür. Dinin, kişilerin vicdanlarında saygın bir yeri vardır. İnsandan başka hiçbir varlığın dini yoktur. Ne insanlar tarafından oluşturulan kurum ve kuruluşların, ne de tüzel kişiliği olan devletin dini olamaz. Devletin laik olması ilkesini benimseyenleri, dinsiz olarak suçlamak ne kadar yanlış ise, Cumhuriyete, Atatürk ilkelerine bağlı olan ve dinin gereklerini de yerine getiren kişileri, çeşitli sıfatlarla suçlamak*

*da bir o kadar yanlıştır. Bu tür yaklaşım ve değerlendirmelerin ülke bütünlüğüne, birlik ve beraberliğine zarar verdiği ve kutuplaşmaya neden olduğu, gözden uzak tutulmamalıdır.*

*Laiklik ilkesinin milli birlik ve beraberliğin, uzlaşa ve toplumsal barışın temel unsuru olduğu bilinmelidir.*

*Laikliğin koruyucusu yargıdır, Yargıtay'dır. Aklın ve bilimin ışığı altında, ülkemizi çağdaş ülkeler düzeyine çıkarmak, her bireyin hedefi ve özlemi olmalıdır.” (Konuşmanın tümü için [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr) sitesine bakınız.)*

*İkinci konuşmayı TBB Başkanı Özdemir Özok yaptı. TBB web sitesinde ([www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr)) tümü yayımlanan konuşmasında özellikle yargı ve savunmanın sorunlarına değinen TBB Başkanı yaşanan son olaylar hakkında şunları söyledi.*

*“Yaşanan bunca olumsuzluğa karşın, hayat devam ediyor, güneş her gün yeniden doğuyor, dünyamızı aydınlatıyor ve gecenin korkunç karanlığını yok ediyor. Aynı şekilde, 19 Mayıs 1919'da Samsun'dan parlayan 'Türk aydınlanma' güneşi de tüm engellemelere, tüm karşı duruşlara, haksız eleştirilere karşın ülkemiz geleceğini aydınlatmaya devam ediyor.*

*Kuşkusuz 'Türk aydınlanma' hareketinin 200 yıllık bir geçmişi ve birikimi vardır. Bu yönleriyle birilerinin söylediği gibi Türkiye Cumhuriyeti birkaç kişinin fantezisi olarak kurulan bir devlet olmayıp ulus olmak, uygar yurttaş olmak isteyen bir halkın özlemi, istenci, kararlılığı ve kanıyla kurulmuştur. Bu nedenlerle temel harcı inançla karılan Türkiye Cumhuriyeti'ni oluşturan büyük ve sessiz kesim bu temeller üzerine yükselen ve yönünü çağdaş dünyaya çevirmiş olan devletimizi sonsuza dek yaşatmak azim ve kararlılığında-  
dır. 1921 Anayasası'ndan 1982 Anayasası'na*

kadar geçen süreçte ulaşılmaması istenen tüm kurum ve kurallarıyla işleyen 'demokratik, laik, sosyal hukuk devleti'dir.

Gelinen noktada bu amaçlara ulaşılmamış olmasına karşın, genç ve dinamik bir nüfusa sahip olmamız, herkesin özenle sözünü ettiği girişimci özelliğimiz ve hepsinden önemlisi 1071 yılından bu yana bu coğrafyada tutunabilmiş ve göçebe kültüründen yerleşik kültüre geçerek artık bu toprakların asli unsuru ve sahibi olduğumuzun kanıtlanmış olması geleceğimizin güvencesidir. Tarihsel, kültürel ve sosyolojik bu gerçekler karşısında bir ulusun, 'aydınlığa' ve 'çağdaşlığa' yönelik kararlı ve inançlı yürüyüşünü, etnik mikro-milliyetçiliğin ve Anadolu insanının doğasına aykırı yobaz dinciliğin ve toplumu Araplaştırma çabalarının engellenmesine asla olanak yoktur."

## TEPKİLER

Yargıtay başkanı Osman Arslan'ın "laiklik" konusundaki sözleri, TBMM Başkanı Bülent Arınç'ın 23 Nisan'da aynı anlamdaki değerlendirmesi ile başlayan tartışmayı alevlendirdi. Yeni Genelkurmay Başkanı 2 Ekim'de yaptığı konuşmada TBMM Başkanı ile Yargıtay Başkanı'nı "devletin en yüksek mevkiinde yer alanlar" diye eleştirdi. Yayın ve bilim çevrelerinde bu konuda çeşitli yazılar çıktı.

6 Ekim 2006 tarihinde Yargıtay Başkanlar Kurulu, tartışmalı bir toplantıdan sonra aşağıdaki bildiri yayımladı.

"2006-2007 Adli Yılı açılışında Yargıtay Birinci Başkanı tarafından yapılan konuşmanın laiklik bölümünde yer verilen ifadelerle ilgili yayın ve yorumlar, Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun 06/10/2006 tarihindeki toplantısında değerlendirilerek aşağıdaki hususların

kamuoyuna açıklanması oybirliğiyle kararlaştırılmıştır.

1-Türkiye Cumhuriyeti; insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.

Büyük Önder Atatürk'ün vazgeçilmez devrimlerinden birisi de Hukuk Devrimi olup, bununla şer'i hukuktan çağdaş, laik ve modern hukuk sistemine geçilmesidir. Bu sistemde, laiklik ilkesi Cumhuriyetimizin vazgeçilmez temel unsurunu oluşturmaktadır.

2- Yargıtay; Anayasa ve yasalarla kendisine verilen görevleri yerine getirirken, Anayasada, yasalarda, gerek kendi kararlarında gerek diğer yüksek mahkeme kararlarında ifadesini bulan laiklik ilkesini sapma göstermeden uygulamış ve bundan sonra da özenle uygulamaya devam edecektir.

Kamuoyuna saygıyla duyurulur."

## ÖZOK: TÜRKİYE BUNU HAK ETMİYOR

Türkiye Barolar Birliği, irtica tartışmalarıyla ilgili olarak "kakofonik, gürültü" benzeri değerlendirmeler yapan ABD'nin Ankara Büyükelçisi Ross Wilson'a tepki gösterdi.

TBB Başkanı Özdemir Özok Ross Wilson'ın açıklamaları için "amacını aşmış beyanlar" nitelemesinde bulundu. Özok, "Sayın büyükelçinin açıklaması, artık bağımsız iki ülkenin eşit koşullarda, görüş alışverişinden öte bir hal almıştır. Ve bu zat-ı muhteremi bu kadar konuşacak kadar rahat bir ortama sokan insanlar da şimdi herhalde bundan çok da mutlu değillerdir. Özgürlük, demokrasi, bağımsızlık üzerine kurulmuş Türkiye Cumhuriyeti, kendisine bu tür muameleleri hak etmiyor. Ülkem adına üzüldüğümüz" dedi. (Cumhuriyet, 6.10.2006)

## ADALET BAKANLIĞININ MAHKEME TEBLİGATLARI KONUSUNDAKİ UYARISI

2004 yılında PTT'yle yapılan başvuru- lıkların ve mahkemelerin tebligat ücretlerinin merkezden ödenmesine ilişkin anlaşmanın ardından yargıdaki posta giderlerinde büyük bir artış meydana gelmesi üzerine, Adalet Bakanlığı bir genelge ile durumu değerlendirdi.

Davacı, davalı, tanık, bilirkişi, mağdur ve şikâyetçilere tebligat gönderilirken yanlış uygulamalar yapıldığı belirtilen genelgede, adliyede hazır bulunan kişilere elden yapılabilecek tebligatların daha sonra posta aracılığı ile yollanmasının gereksiz masrafa yol açtığı vurgulandı.

Bakanlık, tebligatların telefon, faks, elektronik posta gibi farklı iletişim araçlarıyla da yapılabileceğini hatırlatarak posta dışındaki bu usullerin de kullanılmasını istedi.

Adliyelere gönderilen genelgede, posta giderlerinde önceki yıllara göre meydana gelen aşırı artışın sebepleriyle ilgili olarak, *"Bu artış, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun resmî tebligata ilişkin emredici hükümlerinin çok geniş uygulanmasından, adliyelerde hazır bulunan kişilere elden yapılabilecek tebligatların da posta aracılığı ile gönderilmesinden, posta dışındaki tebligat usullerinin yeterince kullanılmamasından, şahsen yapılması gereken bazı tebligatların yanlışlıkla re'sen yapılmasından kaynaklanmaktadır."* açıklamasına yer verildi.

## YARGITAY GİRİŞİNDE AVUKATLAR İÇİN ÖZEL KAPI AÇILDI

Yıllardır Yargıtay'a duruşma ve dosya takibi için giden meslektaşlarımız, girişte karşılaştıkları sıkıntılardan yakınır, mesleği-



mize yakışır bir çözüm bulunmasını isterlerdi. Adli yılın açılışından bu yana TBB Başkanı ile Yargıtay Başkanı ve Yargıtay Genel Sekreteri'nin gayretleri sonucunda Yargıtay binasında avukatlar için özel bir kapı açıldı.

Kapıya konulan Hı Scan 6040-i x-ray bagaj cihazı ve lisansı ile iki adet kapı tipi dedektörü TBB aldı. Montajını yaptırdı, bakımını üstlendi. Ayrıca fotoselli kapının açılması ile ilgili bütün giderler de TBB tarafından karşılandı. Avukatlar giriş kapısının hemen yanında da yeni bir oda tahsis edildi ve bu oda da TBB tarafından hizmete hazır hale getirildi.

## TBB BAŞKANI ÖZDEMİR ÖZOK VE ÖNCEKİ BAŞKAN TEOMAN EVREN FRANSA ULUSAL BAROLAR KONSEYİ TOPLANTISINA KATILDILAR

Fransa Ulusal Barolar Konseyi'nin "Ceza Hukukunun Genel Durumu" konulu toplantısına TBB Başkanı Özdemir Özok ve önceki başkanlardan Teoman Evren konuk olarak katıldılar.



## AB VE CCBE'DEN HABERLER

Haz.: Av. D. Derya YEŞİLDALI  
TBB Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) Temsilcisi

**2006 YILI PECO SEMİNERİ:** Bilindiği gibi, CCBE-PECO KOMİTESİ Semineri 22 Haziran 2006 tarihinde Türkiye Barolar Birliği'nin ev sahipliğinde İstanbul'da gerçekleşmiş olup, "Demokrasi, Hukuk ve Terör" Seminer konusunu idi. CCBE Başkanı Manuel Caveleiro ile TBB Başkanı Sayın Özdemir Özok'un açış konuşmaları ardından konu üç değişik aşıdan tartışılmıştır. Seminerle ilgili bilgi CCBE'nin web sitesinde 15 sayılı bültende Sayın Özdemir Özok'un fotoğrafıyla birlikte yer almaktadır.

**KARA PARANIN AKLANMASI:** Bilineceği gibi Fransa Baroları, Fransa'da İkinci Kara Para Aklama Direktifi'ni uygulayan düzenlemenin bazı maddelerinin iptali ve öncelikle Avrupa Adalet Divanına görüş için gönderilmesi talebi ile Fransız Danıştay (Conceil d'Etat)'ında dava açmıştır. CCBE, söz konusu davaya ulusal düzeyde müdahale etmeyi düşünmektedir.

**BELÇİKA BAROLARI:** Belçika Baroları Temmuz 2005 tarihinde İkinci Para Aklama Direktifi'nin Belçika'da uygulanmasının iptali için Belçika Mahkemesine yaptıkları başvurunun öncelikle Avrupa Adalet Divanına gönderilmesini sağlamıştır.

**2001 TARİHLİ KARA PARA AKLANMA DİREKTİFİNE İLİŞKİN AB KOMİSYONU RAPORU:** AB Komisyonu, 2001 tarihli İkinci Kara Paranın Aklanması Direktifi'nin avukatlık mesleği üzerindeki etkisi konusunda bir Rapor hazırlamıştır. Komisyon, söz konusu Raporunu Avrupa Parlamentosu'na sunacaktır. CCBE yetkilileri de Rapor hakkında görüşlerini bildirmek üzere Komisyon yetkilileri ile bir araya gelmiştir.

**ÜÇÜNCÜ KARA PARA AKLANMA DİREKTİFİ:** AB Komisyonu Üçüncü Kara Para Aklama Direktifi'nin uygulanmasına yönelik bazı teknik tedbirler almıştır. Bilindiği gibi, Ekim 2005 tarihinde kabul edilen söz konusu direktifin 2007 Aralık ayından önce ulusal düzenlemelere uyarlanması gerekmektedir.

**HİZMETLER DİREKTİFİ:** Avrupa Konseyi, CCBE'nin avukatların Hizmetler Direktifi'nin kapsamı dışında tutulmasına ilişkin tüm itiraz ve başvurularına rağmen, avukatları Hizmetler Direktifi'nin kapsamına almıştır. CCBE ise bu konudaki ısrarını sürdürmekte olup, ikinci kez Avrupa Parlamentosu'nda görüşülecek olan metinden, avukatların çıkarılması için girişimlerini sürdürmektedir.

**MESLEK KURALLARI:** CCBE Deontoloji Çalışma Grubu'nun katkılarıyla, CCBE'nin avukatlara ilişkin meslek kuralları üçüncü kez değiştirilerek 98/5/EC sayılı direktif ile uyumlu hale getirilmiş ve yeni şekli ile yürürlüğe girmiştir.

**AB'NİN KATKILARI:** Avrupa Birliği Komisyonu ceza yargılamasının 2007-2008 yılları arasındaki finansmanı için 29 milyon EUR tahsis etmiştir. Ayırılan bu fonun:

1. AB müktesebatı konusunda eğitim,
2. Üye ülkelerin sistemlerine ilişkin eğitim,
3. Dil eğitimi,
4. Değişim programları,

Kapsamında kullanılması öngörülmektedir.

**MASUMİYET KARİNESİ:** AB Komisyonu, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde "masumiyet karinesi"nin tanımı ve nasıl yorumlandığı konulu bir Yeşil Kitap yayımlamıştır.

**KANUNLAR İHTİLAFI:** AB Komisyonu, ceza yargılamasında; ne bis idem (bir fiilden ötürü iki kere yargılama yapılmaz) ilkesi ve bu konudaki kanunlar ihtilafı konularında bir Yeşil Kitap yayımlamıştır.

**AVRUPA CEZA HUKUKUNDA OMBUDSMAN:** CCBE Aralık 2004 tarihinde; Avrupa Ceza hukukunda Ombudsman oluşturulmasına ilişkin bir görüş bildirmiştir. Bu görüşte; AB'de savunma hakkının korumaya yönelik bir kurum/kuruluşun mevcut olmaması esasına dayandırılmıştır. Diğer bir ifade ile, AB'de savcılığı destekleyen; Eurojust, Europol, Avrupa Tevkif Müzekkeresi (European Arrest Warrant), Avrupa Delil Müzekkeresi (European Evidence Warrant) gibi kurum ve araçların devamlı surette faaliyetlerini ve uygulanmalarına rağmen "suçlu, şüpheli ve savunmanın" haklarını koruyacak mekanizmaların engellenmesi sonucunda "ombudsman" kavramı ve kurumunun çok büyük bir önem arz ettiği belirtilmiştir.

**ADALETE ERİŞİM.** CCBE'nin Adalete Erişim Komitesi Çalışma Grubunun yeniden yapılandırılmasına karar verilmiştir. Bu bağlamda çalışma konuları; AB üyesi ülkelerde adli yardım sistemine ilişkin bilgi, adli yardımın niteliği, mahkeme masrafları, adalete erişim konusunda oluşturulacak Avrupa forumu, sınıf davaları ve alternatif uyuşmazlık giderme yolları olarak belirlenmiştir.

**ALTERNATİF UYUŞMAZLIK GİDERME-ARABULUCULUK:** Arabuluculuk (mediation) konusunda bir Direktif tasarısı halen Avrupa Parlamentosunda görüşülmektedir. Parlamento bu Direktif'in yerindeliği konusundaki endişelerini dile getirmiş ve böyle bir Direktife ihtiyaç olup olmadığını sorgulanması gerektiğini ifade etmişlerdir.

**AVUKATLARIN SERBEST DOLAŞIMI:** 98/5 Direktif bir AB üyesi ülkede avukatlık ruhsatı almış bulunan avukatın diğer bir üye ülkede daimi şekilde avukatlık hizmeti vermesine olanak sağlamaktadır. Direktif'in amacı avukatların AB sınırları içinde serbest dolaşımını sağlamaktır. Bu bağlamda, Lüksemburg ve Lüksemburg Barosu aleyhine Avrupa Adalet Divanı'nın da görülen bir davada, başka üye ülkede avukatlık yapan diğer ülke avukatlarının

dil sınavına tabi tutulmasının AB hukukuna aykırı olduğuna karar verilmiştir.

**BİLİŞİM HUKUKU:** Veri Saklama Direktifi 21 Şubat 2006 tarihinde kabul edilmiş olup, 3 Mayıs 2006 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Üye ülkelerin ise 15 Eylül 2007 tarihine kadar söz konusu direktifi kendi ulusal mevzuatlarına adapte etmeleri gerekmektedir.

Avrupa Parlamentosu'nun direktifin 4. maddesine ilişkin yorumunda, saklanan verileri ulaşım bağlamında mesleki sır kavramına saygı gösterilmesi açık bir şekilde ifade edilmiştir. CCBE de; meslek sırrının korunması kavramını ve verilere ulaşımında adli makamlardan izin alınması gereğini vurgulamıştır.

**AVRUPA ŞEFFAFLIK İNİSİYATİFİ:** Avrupa Komisyonu 3 Mayıs 2006 tarihinde Avrupa Şeffaflık İnisiyatifi konusunda bir *Yeşil Kitap* yayımlamıştır. Kitap, AB sınırları içinde yasa çıkarılmasının şeffaflaştırılması amacıyla Brüksel'de yapılan lobcilik faaliyetlerinin düzenlenmesini amaçlamaktadır. Bilineceği gibi lobcilik, Avrupa kuruluşlarının politika oluşturmaları ve karar oluşturma mekanizmalarını etkilemek amacıyla yapılan tüm faaliyetleri kapsamaktadır. Avrupa Komisyonu'nun lobcilik tanımında; lobciler menfaat grupları olarak tanımlanmış olup, avukatlar ve hukuk firmaları açık bir şekilde bu tanım içinde yer almaktadırlar.

**TOPLULUK MAHKEMELERİ:** CCBE Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi nezdindeki daimi delegesi anılan mahkemelerdeki usule ilişkin birkaç öneri hazırlamaktadır.

1. Mahkemede sözlü usul(duruşma)

Komiteye göre; duruşma öncesi ve duruşma esnasında taraflar arasında diyalog eksikliği mevcuttur.

2. Vekalet ücreti

CCBE Komitesi vekalet ücretinin tespiti konusunda Mahkemece göz önüne alınması gereken konulara ilişkin bir öneri hazırlamaktadır.

3. Avukatlık Faaliyetine ilişkin Rehber

İlk Derece Mahkemesi adli yardım, hızlandırılmış duruşma, temyiz başvurusu konusunda bir Rehber hazırlamaktadır. CCBE Komitesi bu konularda görüş bildirecektir.

4. Avukat Kimdir?

Mahkeme, mahkemeler önünde dava takip etmeye yetkili avukat konusuna eğilmektedir. Üye ülkelerde farklı uygulamalar olabilmektedir. Bazı hallerde bir avukat ulusal düzeyde dava takibine yetkili olmakla beraber Lüksemburg (Adalet Divanı) Mahkemeleri nezdinde dava takibine yetkili olamamaktadır.

## AB, YARGI REFORMUNU YETERSİZ BULUYOR

Yargı için Avrupa Komisyonu'nun (CEPEJ), mahkeme sayısı, yargılama süresi, yargıç ve avukat sayısı gibi konulardaki verileri değerlendiren, 2004 verileriyle hazırladığı 2006 raporuna göre Türkiye, Avrupa Konseyi (AK) üyesi 46 ülkeden, ne yazık ki Ermenistan, Azerbaycan ve Gürcistan'la aynı durumda kaydedildi.

Üstelik alınan bilgilere göre Adalet Bakanlığı istenilen birçok veriyi de zamanında göndermeyerek Türkiye'nin bazı değerlendirmelerden kapsam dışı bırakılmasına neden oldu.

Bu sonuçlar Türkiye'nin yargı alanında bir arpa boyu dahi ilerleyemediğini gözler önüne serdi.

Bu bilgilerle hazırlanan rapora göre Türkiye, yargı bütçesi alanında, kişi başına, milli gelirin binde 1'ine denk düşen dört avro ile bu alanda binde 7 ile lider olan Hırvatistan'ın

çok gerisinde kalıyor, ancak Ukrayna, Gürcistan, Azerbaycan ve Ermenistan'ı geçebiliyor.

Adli yardım için dava başına 127 avro harcayarak, her 10 bin kişiden 15'ine adli yardım sağlayan Türkiye, bu rakamla Romanya ve Macaristan'ın dava başına yaptığı adli yardımı geçiyor.

Türkiye'de 100 bin kişiye sekiz yargıç, dört savcı düşerken, 2004 yılında savcılığa 2 milyon 301 bin olay aksettirilmesine dikkat çekildi. Ayrıca yaklaşık 53 bin avukat sayısı ile bir yargıca 10 avukat düşüyor.

Türk yargıçlar, sadece Ukrayna, Rusya, Romanya, Polonya, Moldova Litvanya Gürcistan Azerbaycan, Ermenistan ve Arnavutluk gibi ülkelerin yargıçlarından çok kazanmaktadırlar.

Ceza davalarının ortalama süresi iki yılı geçen Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde 'adil yargılamanın ihlali' alanında en çok yargılanan ülkelerden.

## BARO SEÇİMLERİ YAPILIYOR

Avukatlık Kanunu'nun 82.maddesine göre 2006 yılı Ekim ayında yapılması gereken baro genel kurulları, çoğu yerde toplanarak baroların yeni yöneticilerini ve TBB Genel Kurul delegelerini seçtiler.

Bayramdan önce ve Dergimizin yayına hazırlanması aşamasında gerçekleşen sonuçlara göre 32 baro başkanı yeniden seçilerek görevlerine devam edecektir. (Adıyaman, Afyonkarahisar, Aksaray, Amasya, Ankara, Antalya, Aydın, Bursa, Çankırı, Denizli, Diyarbakır, Erzincan, Gaziantep, Iğdır, İstanbul, İzmir, Karabük, Kastamonu, Kayseri, Kütahya, Kahramanmaraş, Malatya, Manisa, Mersin, Muğla, Rize, Samsun, Siirt, Tekirdağ, Van, Yalova, Zonguldak)

Seçimler sonuçlarına göre aşağıda isimleri

yazılı yeni başkanlar da göreve başladılar. Muzafer Mavuk (Balıkesir), Şeref Yıldız (Bartın), Yusuf Çiftçi (Burdur), Tülat Ömercioğlu (Çanakkale), Coşkun Molla (Edirne), Rüstem Kadri Septioğlu (Elazığ), Naci Turan (Erzurum), Yusuf Yıldırım (Eskişehir), Sinan Akgöl (Hatay), Gamze Budak (Isparta), Bayram Ali Bulkut (Karaman), Cevdet Ucungan (Kars), Göksel Okumuş (Kırklareli), Gökhan Maraş (Kırşehir), Ersayın Işık (Kocaeli), Hasan Özen (Konya), Mustafa Nemci Öncül (Nevşehir), Erkan Şahin (Niğde), Nidai Angın (Ordu), Ali Rıza Acartürk (Sakarya), Gülay Coşar (Sinop), Melih Yardımcı (Tokat), Veysel Malkoç (Trabzon), Özgür Ulaş Kaplan (Tunceli), Kazım Kargı (Uşak), Meser Yürek (Bitlis).

Bütün başkan ve yöneticilerimize hukuk devleti, hukuk üstünlüğü ilkeleri doğrultusundaki çalışmalarında başarılar dileriz.

**AVRUPA ADALET DİVANI'NIN**  
**C-506/04 (WILSON / LÜKSEMBURG BAROLAR BİRLİĞİ)**  
**VE**  
**C-193/05 (AVRUPA KOMİSYONU / LÜKSEMBURG DEVLETİ)**  
**SAYILI KARARLARI**

**ÖZET:** Lüksemburg hukukunda yer alan ve Avrupalı bir avukatın Lüksemburg Barosu'na kayıt olabilmesi için o ülke dilini bilme zorunluluğuna ilişkin kanun hükümleri Avrupa Topluluğu hukukuna aykırı bulunmuştur.

Şöyle ki; her avukat tabi bulunduğu ülkeden aldığı avukatlık unvanı ile, dil sınavına tabi olmaksızın, her hangi bir AB üyesi ülkede daimi olarak avukatlık yapma hakkına sahip bulunmaktadır. İhtilaf konusu Lüksemburg hukuku uyarınca; bir avukatın Lüksemburg'da avukatlık yapabilmesi için o kişinin "*ülke yasaları ile idari mevzuat ve mahkeme dilini anlamasına yetecek derecede dil bilmesi gerekmektedir*". Ve bunun için bir sınav gerekmektedir. Birleşik Krallık vatandaşı ve İngiltere ve Galler Barosu'na kayıtlı avukat Graham WILSON 1994 yılından beri Lüksemburg'da avukatlık yapmaktadır.

Avukat WILSON, Lüksemburg Barosu Konseyi'nin 2003 yılında dil değerlendirmesi yapmak üzere yaptığı çağırığı reddetmiştir. Bunun sonucu olarak; Lüksemburg Barosu Konseyi, adı geçeni kendi tabi bulunduğu ülkesinden almış bulunduğu avukatlık unvanı ile Lüksemburg'da avukatlık yapan avukatlar listesine yazmayı reddetmiştir. Bunun üzerine, Avukat Wilson söz konusu kararın iptali için Yüksek İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. Mahkeme dava ile ilgili olarak; bir avukatın, 98/5/EC sayılı Avrupa Konseyi Direktifi uyarınca, tabi bulunduğu üye Devletten aldığı avukatlık ruhsatı ile bulunduğu ev sahibi ülkede daimi surette avukatlık yapabilmesi için o ülke dillerinden yeterli sınavından geçmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme olup olmadığını Avrupa Adalet Divanı'na sormuştur.

Adalet Divanı;

• Direktifin amacının avukatların serbestçe mesleki faaliyette bulunmalarını ve büro açmalarını kolaylaştırmak olduğunu ve bu bağlamda, bir avukatın öncelikle dil sınavına tabi tutulmasına gerek görülmediğini bildirmiştir. Ancak, ev sahibi üye ülke Baro'suna kayıt yaptırılabilmek için tabi olunan ülke yetkili makamından avukatlık ruhsatı alınmış olması gerekmektedir. Dil sınavına ilişkin bir zorunluluk olmamakla beraber, Avrupalı bir avukatın hem tabi bulunduğu hem de ev sahibi ülkenin avukatlara ilişkin disiplin cezalarına tabi olduğu hususunu göz önüne alması gerekmektedir. Bu yükümlülük arasında, avukatın bilmediği bir dilde davaları kabul etmeme yükümlülüğü bulunduğu,

• Diğer taraftan, söz konusu direktife göre; Avrupalı bir avukat ev sahibi üye ülkede avukatlık mesleğini icra etmek istiyorsa avukatın 3 yıl süre ile o ülkede ve ülke hukuk ile ilgili olarak faaliyette bulunduğunu kanıtlaması gerektiği,

• Bu doğrultuda, 98/5/EC sayılı direktifin; Avrupalı bir avukatın ev sahibi ülke barosuna kayıt olması için, o ülke ulusal hukuk düzenlemesinde, dil sınavına tabi tutulmasına ilişkin bir hükmün yer almasına izin vermediği, sonucuna varmıştır.

Söz konusu davada Divan, Mahkeme ve heyet tanımlarına ilişkin içtihadına da açıklık getirmiştir. Buna göre; bir baroya kayıt yapılmasının reddinin ev sahibi ülke barosu disiplin kurulu nezdinde yapılan itiraz ile giderilemeyeceğine, direktif uyarınca itirazın direktifte gönderme yapılan mahkeme veya heyete yapılmasının gerekli olduğunu belirtmiştir.

Diğer taraftan; Avrupa Komisyonu, Lüksemburg aleyhine, üç ulusal düzenlemenin direktife aykırı olduğu ve Lüksemburg'un yükümlüklerini yerine getirmediği iddiası ile dava açmıştır.

Bu dava sonucunda Adalet Divanı;

• Baro'ya kayıt için sözlü dil sınavına ilişkin olarak Lüksemburg hukukunda yer alan ve Avrupalı bir avukatın yetkili ulusal meslek örgütüne kayıt olması için öncelikle dil sınavına tabi tutulacağına ilişkin kanun hükmünün direktife aykırı olduğuna,

• Ayrıca, Avrupalı avukatların şirketler lehine avukatlık hizmeti vermesini yasaklayan hüküm Direktife aykırı bulunmuştur. Mahkeme, prensibin Avrupalı avukatların ev sahibi ülke avukatlarının yaptığı mesleki faaliyetleri, Direktifteki yasaklar saklı kalmak kaydıyla, yapabileceğine, şirket ad ve hesabına hizmet vermenin Direktifle yasaklanmadığına, bu itibarla üye ülkelerin bu prensip dışında kendi ulusal düzenlemelerine başka istisnalar getirme yetkilerinin bulunmadığına,

• Tabi olunan ülkeden her yıl belge getirme yükümlülüğüne ilişkin olarak ise; bu yükümlülüğün gereksiz ve telafi edilemez bir idari yük olduğuna ve bu hususun direktife aykırı olduğuna, zira söz konusu direktifin karşılıklı adli müzaheret prensibini getirdiğini, bu bağlamda bir avukat aleyhine, tabi olduğu ülke barosunda bir disiplin soruşturmasının başlatılmasından ev sahibi ülke barosunun haberdar edilmesi gerektiğine,

karar vermiştir.

Özet ve Çev.: Av. D. Derya YEŞİLADALI



## TBB ÖNCEKİ BAŞKANLARINDAN TEOMAN EVREN'İ KAYBETTİK

Avukat Teoman Evren, 18 Ekim günü, kısa bir süre önce yattığı Ankara Gazi Üniversitesi Hastanesi'nde vefat etti. İki gün sonra Ankara Adliyesi önünde yapılan töreni müteakip Kocatepe Camii'nde öğle namazından sonra Karşıyaka Mezarlığı'nda, Anayasa Mahkemesi Başkanı, CHP Genel Başkanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı,

Adalet Bakanlığı Müsteşarı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İkinci Başkanı, baro başkanları, TBB önceki başkanları ile çok sayıda yargıç, savcı ve meslektaş tarafından uğurlandı.

Teoman Evren, 1934 yılında Hatay'ın Dört Yol ilçesinde doğdu. 1953 yılında İstanbul Kabataş Erkek Lisesi'nden mezun oldu, İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1958 yılında bitirdi, 1961 yılında serbest avukat olarak çalışmaya başladı.

1976-1978 yılları arasında Ankara Barosu Başkanlığı görevini yürüten Teoman Evren 1984-1989 yılları arasında Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı ve 1999-2002 yıllarında da Türk Hukuk Kurumu Başkanlığı yaptı.

Teoman Evren evli ve 2 çocuk babasıydı. Merhumun ailesine ve tüm hukuk camiasına sabır ve başsağlığı diliyoruz..

## YÜREĞİMİZDEN VURULDUK

Av. Özdemir Özok

18 Ekim 2006 günü Ankara Barosu, Türkiye Barolar Birliği ve Türk Hukuk Kurumu'nun önceki başkanlarından büyük hukukçu, güzel insan, saygıdeğer, sevgili Teoman Evren ağabeyimizi kaybettik.

Tüm dostları için önemli ve vazgeçilmesi kolay olmayanş yeri doldurulması imkansız bir kişiliği olan Teoman Evren, benim için çok özel, örnek bir insandı. 1971-2006 yılları arasında yaşanan ve göz açıp kapayıncaya kadar geçen bu zaman dilimi içinde yaşadığım anıları sizlere aktarmak istesem ciltler dolusu kitaplar oluşturur. En verimli çağında kaybı ile beni yüreğimden vurdu.

Sosyal hareketliliği yanında zaman zaman gözlerden uzak, sade, sessiz, kendi dünyasında sanatla, düşünceyle, insan haklarıyla, özgürlüklerle ve hukukla iç içe yaşayan çok zengin kişiydi ağabeyim Teoman Evren.

Teoman Evren ağabeyi bu anlamda ortalıkta dolaşan aymaz entelektüeller yanında dünyayı, ülkesini ve tüm olayları bilgisi ve birikimiyle sorgulayan sürekli olarak okuyan, araştıran ve kendisini yenileyen aydın bir Cumhuriyet temsilcisi olarak unutmamız olanaksız.

Boşluğunun doldurulması mümkün olmayan bu meslek ustamıza Tanrı'dan rahmet, ailesine, dostlarına, meslektaşlarına sabırlar dilerim.

\* \* \*

---

\* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

Bilindiği gibi, Avukatlık Kanunu'nun 82. maddesinde, baroların en yetkili organı olan baro genel kurullarıyla ilgili olarak şu düzenleme getirilmiştir. *“Genel kurul iki yılda bir Ekim ayının ilk haftası içinde baro başkanlarının daveti üzerine gündemindeki maddeleri görüşmek üzere toplanır”*.

Bu hüküm doğrultusunda barolarımızda Ekim ayı içinde tatlı bir heyecan ve demokratik bir yarış başlamış bugüne kadar birçok baromuzda yeni başkan ve yönetimler seçimle göreve getirilmiştir. Araya Şeker Bayramı'nın girmiş bulunması nedeniyle bazı barolarımızda da seçimler Kasım ayına sarkmış bulunmaktadır. Kasım ayının ortalarında barolarımızda yeni seçilmiş veya güven tazelenmiş kadrolar iş başı yapmış olacaklardır.

Yapılan seçimlerde, birkaç baro dışında hemen hemen tüm barolarımızda ikinin üzerinde başkan adayları ve ekipleri yarışmıştır. Bu durum, barolarımızda yönetime daha çok meslektaşımızın ilgi duyduğunu gösteren ve barolarımızdaki demokratik yarışın daha yaygın hale geldiğini sergileyen, çok anlamlı bir gelişmedir. Çok uzun sayılamıyacak bir süre önce pek çok baromuzda başkanlık ve yönetim kurulu üyeliklerinin “ısrar” ve “ıkrım” sonucu bulunabildiğini düşündüğümüzde bu gelişme mesleğimizin dinamizmi açısından mutluluk verici bir olay olarak değerlendirilmektedir.

Barolarımızda mesleğimize ve meslektaşlarımıza yakışan olgunlukla geçen bu demokratik yarışların, meslek sorunları yanında yurt sorunlarının çözümünde büyük dinamizm sağlayacağı inancındayım.

Yenilenmiş veya yeniden seçilmiş olan başkan ve kurul üyelerinin genel kurullarından aldıkları güç ve yetkiyle işlere hızla sarılmak durumundadırlar. Çünkü mesleğimiz, meslektaşlarımız ve yargıyla ilgili bunca sorun orta yerde dururken, göreve talip olarak seçilen başkan ve yöneticileri çok karmaşık ve sıkıntılı görevler beklemektedir.

16. 10. 2006 günü itibariyle yapılan seçimler sonrasında, üç büyük ilimizdeki başkanlarımız Av. Kazım Kolcuoğlu, Av. Vedat Ah-sen Coşar ve Av. Nevzat Erdemir başta olmak üzere, Adıyaman'da



## başkanlardan

Av. Nazım Pektaş, Afyon'da Av. Celal Mümtaz Akıncı, Aksaray'da Av. Abdülkerim Elgin, Amasya'da Av. Adnan Hasip Yalçın, Antalya'da Av. Zeki Durmaz, Aydın'da Av. Sümer Germen, Bursa'da Av. Asude Şenol, Çankırı'da Av. Dilaver Erdoğan, Denizli'de Av. Adil Demir, Diyarbakır'da Av. Sezgin Tanrıku, Erzincan'da Av. Hamit Sekman, Gaziantep'te Av. Aziz Canatar, Iğdır'da Av. Mustafa Buluş, Karabük'te Av. Tanju Korkut, Kastamonu'da Av. Abdülhalik Oğuz, Kayseri'de Av. Ali Taşçı, Kütahya'da Av. Sabit Özdoğlar, Kahramanmaraş'ta Av. İsmail Kahveci, Malatya'da Av. Mehmet Görgeç, Manisa'da Av. Remzi Demirkol, Mersin'de Av. İsa Gök, Muğla'da Av. Ayla Kara, Rize'de Av. Harun Mertoğlu, Samsun'da Av. Ahmet Gürel, Şanlıurfa'da Müslim Tekirdağ'da Av. Hasan Orta, Van'da Av. Ayhan Çabuk, Yalova'da Av. Cemal İnci, Zonguldak'ta Av. Erol Mekik yeniden seçilmişlerdir.

Alınan sonuçlar ve genel kurullarında yaşanan mücadele ve tartışmalar objektif olarak değerlendirildiğinde, savunma mesleğinin temsilcileri avukatların büyük çoğunluğu tarafından, eksiksiz demokrasi başta olmak üzere, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilke ve kavramları yanında, ulusal değerler, üniter yapı, Cumhuriyet'in kazanımlarının benimsenmiş ve desteklenmekte olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bu tablo geleceğimiz açısından bize güven vermektedir.

Hiçbir inceleme ve araştırma yapılmadan sırf politik tercihlerle sayıları hızla artırılan hukuk fakültelerinden mezun olan genç meslektaşlarımızın staj başta olmak üzere, staj sonrası mesleki yaşamlarını insanca sürdürme talepleri yanında, yıllardır büyük zorluklar ve bin bir sıkıntı ve çileyle meslek yaşamlarını yürütmek durumunda olan özverili meslektaşlarımızın, gelecekle ilgili çok ciddi endişeleri vardır.

Avukatlık Yasası'nda 2001 ve 2004 yıllarında yapılan değişikliklerle oldukça önemli kazanımlar elde edilmiş olmasına karşın, yaşanan somut olaylar karşısında bunların yeterli olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu nedenle önümüzdeki dönemde, meslek ve meslektaşların sorunlarını yeniden seçilen deneyimli başkanlarla ayrıntılı bir biçimde ele alarak, birlikte çözümler üretmeye çalışacağız. Bu nedenle seçim-

lerin tamamlanmasından sonra, yeni ve yeniden seçilen baro başkanlarımızla ilk toplantımızı yaparak, geleceğe ilişkin yol haritamızı çizeceğiz.

Meslek ve meslektaşlarımızın yaşamsal sorunları yanında, kuşkusuz yurt sorunları da giderek içinden çıkılmaz, sorunlar sarmalı haline dönüşmektedir.

AB-Türkiye, ABD-Türkiye ilişkilerindeki çok kritik süreç yanında, yurt olarak üzerinde güvenle yaşadığımız vatan topraklarının bulunduğu coğrafya üzerinde ki toplumlar tarihin en sıkıntılı ve endişeli günlerini yaşamaktadırlar. Irak'ta müdahale öncesi umut veren sözler yerini, umutsuzluk ve karamsarlığa bırakmıştır. Tarih bir süre sonra, sanat, kültür ve uygarlıkların beşiği olan Mezopotamya'nın demokrasi, özgürlük ve insan hakları çılgınlıkları arasında çağcıl barbarlar tarafından nasıl harap edildiğini yazacaktır.

Pek yakında, AB üyeliği adına, yıllar içinde benimsediğimiz ve özümlediğimiz bağımsızlık, egemenlik, üniter devlet, ulusal birlik ulusal bilinç, yurttaşlık gibi kavramların içlerinin nasıl boşaltıldığını daha net bir biçimde algılayacağız.

Tamamen tarihçilerin bilgi ve birikiminde olması gereken, geçmişten günümüze Türk-Ermeni ilişkileri üzerinden oynanan politik oyunlar Türkiye Cumhuriyeti'nin geleceğini etkilemektedir. Bu konuda Fransa ve Hollanda'nın düşmanca tutum ve davranışlarını anlamak mümkün değildir. İnsan hakları, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü gibi evrensel değerlerin öncülüğü ve savunuculuğunu elden bırakmayan bu ülkelerin, kimi küçük çıkar ve politika adına ülkemize, Anadolu insanına ve ikili ilişkilerimize karşı takındıkları olumsuz tavır kabul etmeye olanak yoktur. Karşılaştığımız bu olumsuz tavır ve politikalar giderek yaygınlaşmaktadır. Bunlara karşı tarih, sanat, edebiyat, hukuk alanında üreteceklerimizle gerekli cevabı vermek aydınlarımızın onurudur. Bunun tek başına yetmeyeceği ise açıktır. Politik girişimler ve sağlanacak etkinlik de hükümetlerin, politikacıların takip edecekleri yol ile ilgilidir. Bu konuda dikkat edilecek nokta, politikacıların tarihi olayların yorum ve görüş farklılıklarını ileri sürerek Türkiye

## başkanlardan

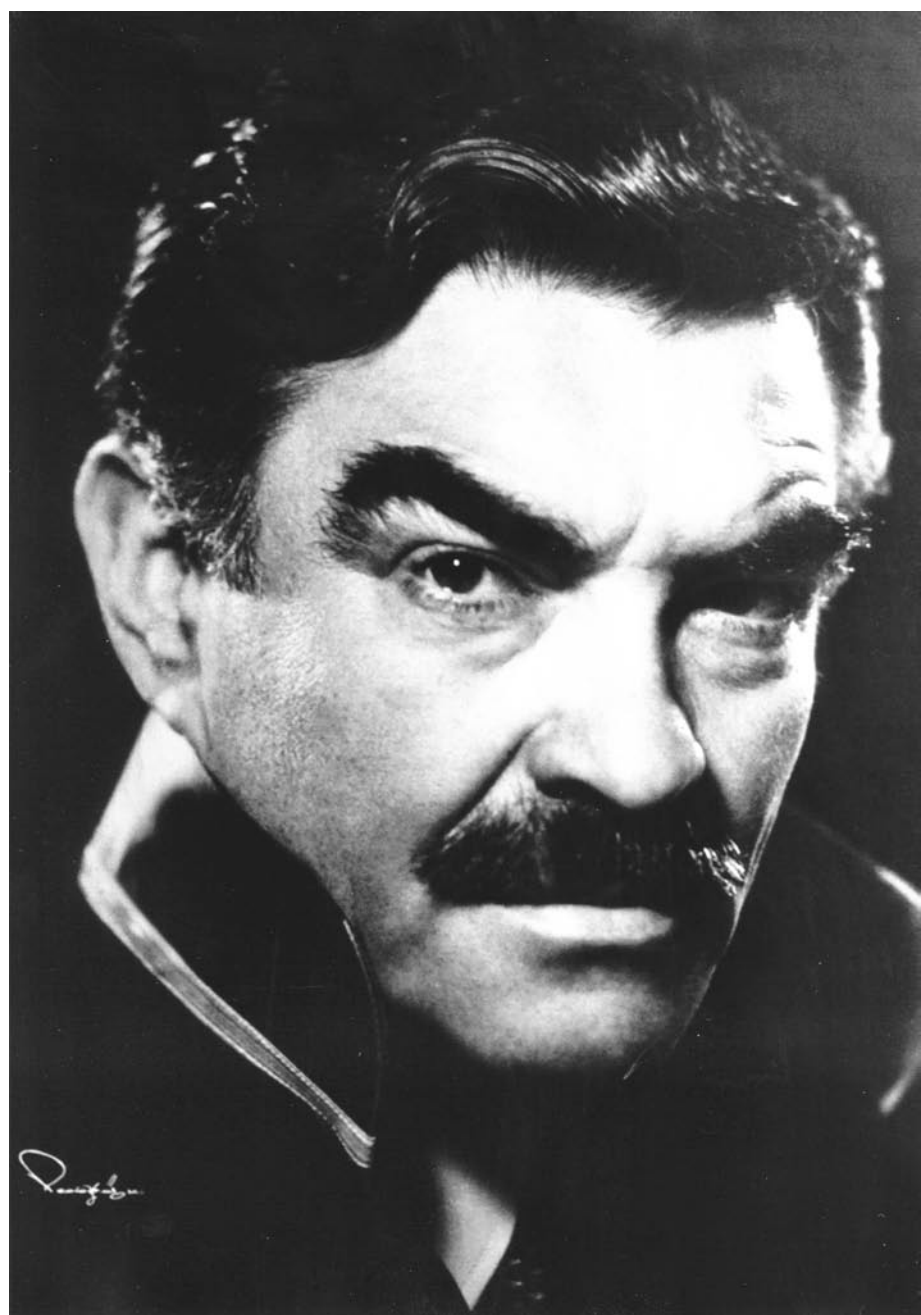
Cumhuriyeti'nin geleceği ile ilgili bu gibi hücumlara karşı bigane kalabilmeleri olasılığıdır. Kuşkusuz bu konuda işin diğer acı veren yanı, bu ülkenin olanaklarıyla, bu ülkenin hoşgörüsüyle, bu ülkenin katkı ve destekleriyle yaşama tutunan bazı işbirlikçilerin aymazlığı ve ihanetidir.

Tam bu sırada Orhan Pamuk'a "*Nobel Edebiyat Ödülü*" verilmesi toplumda ciddi kafa karışıklıklarına neden olmuştur. Oysa ilk kez bir Türk yurttaşına verilen bu ödül, son derece saygın ve anlamlıdır. Toplum olarak büyük coşku yaşamamız gerekirken çeşitli kesimlerde burukluk yaşanmaktadır.

Tarihsel süreç içinde, Cumhuriyet dönemindeki tüm iktidarların ulusal bir politika olarak algıladığı, Kıbrıs başta olmak üzere dış ilişkilerimizde çok önemli mevzii kayıpları yanında, son uygulamalarla çağdaş dünyanın bize karşı bakışında da önemli değişiklikler olmuştur. Ortadoğu ve Balkanların ilk ve tek lâiklik ilkesini birleştiren Avrupalı Türkiye artık dışardan bu özellikleriyle değil, dinsel motifleri daha net algılanan bir ön Asya ülkesi olarak görülmeğe istenmektedir. Halbuki unutulmamalıdır ki Türkiye Cumhuriyeti'nin temel harcı, tam bağımsızlık, laiklik, kayıtsız şartsız egemenlik, demokrasi, özgürlük ve insan hakları yanı sıra çağdaş değerlerle karılmış ve bu temel değerler üzerine yükselmiştir.

Ülkemizin böylesi önemli iç ve dış sorunları yanında, mesleğimiz ve meslektaşlarımızın karşı karşıya olduğu kimi sıkıntıların çözümü için el ve gönül birliğiyle çalışmak ve yeni projeler üretmek durumunda ve zorundayız.

İşte yeni dönem bu nedenlerle daha fazla çalışmayı, daha fazla üretmeyi, daha fazla özveriye gerektirmektedir. Türkiye Barolar Birliği yönetimi olarak belirtilen konularda yeni ve kalıcı çözümler üretmek adına, eskiden olduğu gibi, barolarımızın eski ve yeni yöneticileriyle sıkı işbirliği ve dayanışma içine girilecek, sorunların çözümü için kol kola, omuz omuza mücadele verilecektir.



*Önceki başkanlarımızdan rahmetli Teoman Evren'in 1988 yılında çıkmaya başlayan Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin 1. sayısında yayımlanan makalesinin tıpkı basımını sunmaktayız.*

## HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE SAVUNMA

Av. Teoman EVREN (\*)

### 1 — GENEL OLARAK HAK ARAMA

a) Hak arama özgürlüğü, bütün özgürlüklerin güvencesi ve yaptırımı olmak gibi bir özellik taşır. En demokratik olandan, en antidemokratik olana kadar hiçbir Devlet düzeni böyle bir özgürlüğü tanınamazlık edemez. Biz hukukçular hak arama özgürlüğünün içeriğini oluşturan hakların Anayasalarda yer alınmasına biraz fazla değer vermekteyiz. Oysa bu özgürlüğün temel hak olma niteliği Anayasalarda yer alınmasından öte, insanlığın tarih boyunca verdiği savaştan ve kazandığı zaferlerden kaynaklanır. Bütün demokratik anayasaları etkileyen, ulusal ve uluslararası belgelerde yer alan hak arama özgürlüğü bir uygarlık ve tarih mirasıdır.

b) Bu derece önemli bir özgürlüğün tanınmasından çok kullanılması için gereken önlemlerin alınması, düzenlemelerin yapılması, insanların ümitsizliğe kapılmadan özgürlüğün tadına varmasının sağlanması önem aşır. Hak arama, adalet duygusu ile bütünleştiği ölçüde değer kazanır, güçlenir ve güzelleşir. Adaletin gerçekleşmediği yerde, özgürlüğün gölgeleneceği, hak ve hukukun değerini yitireceği, insanların yaşama şevk ve sevincinden kopacağı, tartışmasız kabullenilen bir olgu. Bireyleri arasındaki bağlar, kopan, gevşeyen topluluklar, ayrıcalıksız yükütlü sürecine girer. İşte bunun için adalet toplumun sağlam yapısını oluşturan son derece önemli bir etkidir. İnsan yüreğinde vatan sevgisi bile adaletle güçlenir, adaletsizlikle söner. Haksızlığa isyan duygusu insan karakterinin en yüce asaletidir. Toplum yapısında adaleti yerine getirebilmeyi düşünmüş olmak insan aklının büyük zaferidir. Hak arama özgürlüğümlü halkın gönlünde mücadele azminin geliştiren ve gönül ferahlığı yaratan, bir ışık olarak daima canlı ve aydınlık buldurmak Devletin tüzeticisi düzenle eğileceği bir görevdir.

(\*) Türkiye Barolar Birliği Başkanı

## 2 — ANAYASAMIZDA HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

1982 Anayasası hak arama özgürlüğünü, «herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak sureti ile yargı mercileri önünde **davacı ve davalı** olarak **iddia ve savunma hakkına sahiptir.**» kuralı ile açıkça tanımıştır. Hak arama özgürlüğü temel haklar ve ödevler başlıklı ikinci kısma, ikinci bölümünde iddia ve savunmayı içeren bir şekilde düzenlenmiştir. Hak arama özgürlüğü salt bir muhakeme kuralı olmaktan öte, subjektif kamu haklarından bir temel haktır. Çağdaş siyasi görüşün ayrıcalıksız benimsediği, üzerine özenle titredığı, koruduğu, kolladığı ve gerçekleştirdiği bir değerdir. Ülkemizde her zaman hak arama Anayasa güvencesi altında bulunmuştur. Ancak hiçbir zaman Anayasa ile tanınan bu temel hakkın gerekleri tam ve eksiksiz yerine getirilmemiş, sürekli bir tartışma konusu olmuştur. 1876 tarihli Kanunî Esasiyenin 83., 1924 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanununun 59. maddelerinde, herkesin mahkeme önünde haklarını savunmak için gerekli meşru araçları kullanabileceği kabul edilmiştir. 1961 Anayasasının 31. maddesi de bugünkü Anayasamızdaki düzenlemeye uygun «herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak sureti ile yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir» kuralını içermektedir.

## 3 — HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

Hak arama insan tabiatının duraksamadan ve kendiliğinden her ilişkide ortaya koyduğu dinamik bir eylemdir. Uygarlığın gelişmesine paralel olarak hak arama uğraşının karşısına çıkan engeller birer birer yok olmaktadır. İnsanlık haklarını elde etmek uğrunda her gün yeni yeni başarılar kazanarak ilerlemektedir. Önce kişiler arasındaki ilişkilerde sağlam esaslar bulunmuş, giderek Devlet gibi güçlü bir varlık karşısında fert gibi güçsüz bir varlığın haklı olabileceğine inanılarak yönetimin yargı eli ile denetlenmesi şeklinde büyük ve demokratik bir aşamaya ulaşılmıştır. İnsan kafasında ve kalbinde her gün biraz daha gelişen adalet duygusu, bununla da yetinmemiş yasama kurallarının da denetlenmesi gibi gerçekten önemli ve çok anlamlı bir doruğa yükselmiştir. Kişisel ilişkilerden, Devletle fert arasındaki gelişmelere uzanan ve daha yüce bir aşama olarak yasama tasarruflarının yargı eli ile denetlenmesi noktasına varan süreç **Hukukun Üstünlüğü** ilkesini benimsemeyi ve ha-

yata geçirmeyi zorunlu kılar, Hukuk Devleti fikri hukukun üstünlüğü ilkesinin kurumlaşmış şeklidir. Hak arama özgürlüğünün önemine ve değerine yaraşır bir güzellik ve coşku içinde topluma huzur vermesi ancak demokratik Devlet yapısı içinde, hukukun üstünlüğü ilkesinin, gerçekleştirilmesi ile olasıdır.

Hak arama, her zaman, iddia ve savunma çatışmasının sonucunda beklenen adalettir.

#### 4 — YOKSULLUK NEDENİ İLE HAK ARAYAMAMAK

Hak arama özgürlüğü öncelikle insanlar arasında eşitliği gerekli hatta zorunlu kılar. Hak arama bu nedenle ön koşul olarak hem kolay hem de ucuz olmalıdır. Yoksulluk yüzünden haklarını arayamayan insanların bulunması uygarlığın ve demokrasinin ayıbıdır. Hak aramanın engellenmesi ile parasızlık yüzünden hak arayamamak arasında hiçbir fark yoktur. Hak arama özgürlüğü bu düşünce yapısında sosyal devlet anlayışı ile bütünleşmektedir. Yoksulluk yüzünden ortaya çıkan haksızlıkların topluma yaralayıcı ve yıpratıcı etkisini ortadan kaldıracak, adli yardım müesseselerinin kurulması, sosyal güvenlik önlemleri içinde etkin, sürekli, ayrıcalıksız, bir katılım ile Devletin hak arayanlara destek olması, büyük bir sorun olarak çözüm bekliyor. Yoksulluk yüzünden haksızlığa uğrayan insanların bulunduğu bir ülkede savcı olmak, yargıç olmak, avukat olmak neye yarar.

#### 5 — YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE YARGIÇ GÜVENCESİ

a) Hak arama insanın bütün ilişkilerinde görülen dinamik bir eylem olmakla kalmamakta, bütün uzlaşmazlıklar sonuçta yargı önüne götürülerek çözümlenmekte ve verilen karara uyulmaktadır. Adalet şekil olarak yargı kararlarında somutlaşmaktadır. Yargı kararlarının insanlara huzur ve güven vermesi, hak arama özgürlüğünün her türlü kuşkudan arınmış, söylentilerden uzak gerçekleşmesi, yargının bağımsızlığını gerekli kılmaktadır. Yargı bağımsızlığı yargıç güvencesi ile özdeşleşen bir nitelik taşır. Demokratik düzende erkler ayrılığı sürekli tartışma konusu olmuştur. Yasama ve yürütme erklerinin çoğu kez birbirine karıştırılan yetkileri karşısında erklerin ayrılığı ilkesini yargı erkinin diğer erkler karşısındaki bağımsızlığı temsil eder. Gerçekten insanlara huzur veren Devlet

kapısı olmak gibi önemli bir görevi yerine getiren yargı hak arama özgürlüğünün tek dayanağı ve güvencesidir.

Yargıçların son derece önemli ve ağır sorumluluk yüklü görevlerini yerine getirebilmeleri için bağımsızlık ve güvence altında bulunmaları zorunludur. Yargıç güvencesi bir imtiyaz olmayıp, görevin gereği, yargıçtan çok, kişiden ve rejimden güvencesidir. Yargıç güvencesi yasama ve yürütme erklerine karşı gerekli olduğu kadar hak ve iş sahiplerine karşı da gerekli bulunmaktadır. Yargı bağımsızlığı yargıçların iç yapılarından kaynaklanan zaaf ve zayıflıklara karşı da koruyucu bir denetim sistemi olmalıdır. Yargıcın kendisine karşı korunması önlemleri yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ile çelişmez. Ancak her türlü denetim görevinin siyasi güçle karışmayan, bu gücün tamamıyla dışında, yargının içinden seçilen her türlü etkiye kapalı bir yönetim tarafından gerçekleştirilmesi şarttır.

b) Ülkemizde son derece önemli olaylar ve demokratik mücadeleler sonucu yargının kendi içinden seçtiği bir yargı idaresince yönetilmesi 1961 Anayasası ile kabul edilmiş, özyönetim bir süre yürürlükte kalmıştır.

1950-1960 döneminde Adalet Bakanı aralarında Yargıtay Başkanı ve Cumhuriyet Başsavcısının da bulunduğu 35 Yargıtay Üyesini bir defada ve toptan emekliye sevk edebilmiştir. Böyle bir olaydan kaynaklanan mücadele 1961 Anayasasında etkisini göstermiş, bağımsız bir yargı idaresinin kurulmasının nedeni olmuştur.

Ne yazık ki Ülkemizde yürütmenin güçlenmesi gerektiğini savunanlar, yargıyı büyük bir engel olarak görmüşler, Yürütmenin güçlenmesini, yargının kontrol altına alınmasına bağlamışlardır. İleri sürdükleri düşünceler dönemin koşulları içinde gerçekten etkili olmuş, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi açısından son derece sakıncalı düzenlemeler birbiri ardına yürürlüğe girmiştir. Yasalarla getirilen bu yapılanma giderek 1982 Anayasasının yargı ile ilgili temelini oluşturmuştur. Getirilen sistem bütünüyle demokrasiye, yargı bağımsızlığına ve yargıç güvencesine aykırıdır. Sıkıntıları büyük boyutlarda yaşanmaya başlamıştır. Giderek çok daha korkunç olaylar toplumu huzursuz kılacak, yargı alanındaki yozlaşma hızlanacaktır.

Bugün, görev yapan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yargı, bağımsızlığı ve yargıç güvencesi açısından halkımıza güven vermekten uzuk, hak arama özgürlüğünü gölgeleyen yapıdadır.



c) Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi konusunda çok önemli bir uygulamaya değinmeden geçemeyeceğim. Anayasamızın 140. maddesi «Hâkim ve Savcıların özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir» şeklindedir. Anayasamızın bu buyruğu hiçe sayılarak yargıçların özlük işleri kanun gücünde kararnamelerle düzenlenmektedir. Kanun gücünde kararnamelerle, yargıçların özlük işleri ile oynamak alışkanlık haline almıştır. Anayasa Mahkemesi yukarıya aynen aldığımız açık kurula rağmen uygulamamızın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Yüce Mahkeme maalesef, bu derece önemli bir konuda çıkar ile karar birbirine karıştırmaktan uzak kalamamıştır. Üret ve üzüntü içinde izlediğimiz bu olumsuz gelişme içinde yargıçlarımız hükümet kararnameleri ile ücretlerinin arttırılmasını bekleyen kamu görevlileri haline gelmişlerdir. Yüce yargıçlarımız yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi konusunda herkesten daha dıyarlı bir davranış içinde son derece önemli bu haklarının üzerine titirmek zorundadırlar.

#### 6 — HAK ARAMADA GİZLİLİK

a) Hak arama özgürlüğüdür. Önemli kesen çok önemli bir engel de gizliliktir. Hazırlık aşamasında sanık ve vekili suç dosyasını inceleyememektedir. Hazırlık soruşturması güvenlik görevlilerince yürütülmektedir. Cumhuriyet Savcıları bu aşamada yetkilerini kolluk gücüne devretmişler, kolluk gücünün görevini bütün hazırlık soruşturması aşamasında kabullenmişlerdir. Güvenlik görevlileri kendi mutfaqlarında sanık için hiçbir hukuki ve demokratik güvence tanımadan soruşturmayı yürütmekte, yargıyı etkilemektedirler. Kolluk gücü icranı yargıya müdahalesi şekliyle görevini sürdürmektedir.

Soruşturma aşamasında sanık her türlü savunma olanağında yoksun, bir halde itham edilmekte, aleyhine deliller toplanmakta, ağır koşullar içinde bulunmaktadır. Günlerce gözetim altında tutulan, hiç kimseyle görüştürülmeyen, işkence altında bulundurulabilen, bir sanığın haklarını arama özgürlüğü, toplumun ızdırap kaynağı olmakta devam ediyor.

Devlet Güvenlik Mahkemeleri savcılıklarının 15 güne kadar çıkabilen gözaltı süresini her suç için ayrı uygulamak şeklindeki suiijenerist buluşları sayesinde bu süreyi Anayasaya aykırı olarak alabildiğine uzatmak olası.

Hak arama özgürlüğü açısından büyük önem taşıyan hazretlik soruşturmasının, Cumhuriyet Savcılarının hiyerarşik denetim altında, Ceza Hukuku açısından bilgili ve deneyimli bir kolluk gücü «adli zabıta» tarafından yürütülmesi artık kaçınılmaz olmuştur. Sanığın bu aşamada ister nezaret ister denetim altında olsun suçlandığı anda itibaren savunmasının yardımcılarından yararlanması zorunlu bulunmaktadır. **Savunma suçlama ile başlamalıdır.** Günlerce savunma olmalarından yoksun kimsesiz, korunmasız korku ve baskı altında bulunan bir kimsenin hak arama özgürlüğünü kullanabildiği söylenemez. Engizisyon döneminden kalan bu uygulama kesinlikle değiştirilmelidir.

b) Yasalarımızda yer alan son derece vahim bazı düzenlemelerle gizlilik hak arama özgürlüğünü fiilen yoketmektedir. Önce Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 54. maddesinde yer alan, sonra 1/40 sayılı Kanunla Danıştay Kanununun 82. maddesine eklenen kural «Görevli idare veya kurul veya kanun sözcükleri tarafından getirilen veya idarece gönderilen gizli her türlü belge ve dosyalar taraf ve vekillerine incellettirilemez» şeklindedir. Savunma özgürlüğü açısından çok önemli bir sakınca oluşturan düzenleme, idari yargılamaya kanununun 20. maddesine de ayrıca aktarılmıştır. İnsanlar İdari Mahkemeler önünde gizli belgeler ile suçlanabilmekte, içeriğini dahi bilmedikleri bu delillere karşı savunma ve hak arayabilme imkânından yoksun bulunmaktadır. Böyle bir kuralın ne derece hak arama özgürlüğü ile bağdaşabileceğini, idarenin takdir hakkını kullanarak, gizlilik damgası vurduğu her delilin incelenemesine olanak bulunmadığını vurgulamak istiyim.

## 7 — SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞI

Hak arama özgürlüğü savunma dokunulmazlığını zorunlu kılar. TCK, muh 486. maddesi «bir dava hakkında verilen dilekçe, layiha ve sair evrakın, yahut yaptıkları iddia ve müdafaaların itiva ettiği hakareti müzammın yazı ve sözlerden dolayı takibat yapılmaz» şeklindedir. Savunma dokunulmazlığı ve hak arama özgürlüğü açısından son derece önemli bu kurala sonradan, mehzaz kanunda da mevcut olmayan «Dava ile ilgili olmayan ve ilgili olmadığı takdirde dahi iddia ve müdafa hududunu aşan hakareti müzammın yazı ve sözler yukarıdaki fıkra hükmünden harihtir»

şeklindeki bir istisna hükmü eklenmiştir. İstisna kuralı bir ayrıcalık getirmekten çok savunma dokunulmazlığını kökten yeketmiştir. Savunma dokunulmazlığını sökmekle ilgili doğal olarak iddia ve müdafaa hududunun aşılması gerekir. Ayrıca iddia ve müdafaa hududunun aşılmasının ölçüsü de son derece sübjektif ve takdirle bağlıdır. Ölçünün aşılması halinde ise zaten dokunulmazlığa gerek yoktur. Suç ve Ceza telafiki altında savunma gerekeni söyleyemez ise hak arama özgürlüğünün işleyişinde sorunlar başlar.

Ceza Yasasının istisna kuralı ile dokunulmazlık kuralını birleştirebilmek olanaksız. Getirilen istisna ife altında savunma dokunulmazlığının ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

#### **8 — YARGIYA BAŞVURMA OLANAKLARINDAN YARARLANMA**

a) Hak arama özgürlüğü yargıya başvurma olanaklarını her olayda ve aşamada açık bulunmasını gerekli kılar. Kişinin yargıya ve kanun yollarına başvurma olanaklarını engelleyen her kural hak arama özgürlüğünün karşısında adaleti yaralayıcı bir engel oluşturur.

Yasalardan doğan adaletsizliğin önlenmesinde, büyük güvence vasfına tasarruflarının da yargısal denetime tabi tutulmasıdır. Hukukun temel ilkelerine, Anayasaya aykırı yasalara karşı hak arayabilmek, bu yasaların iptalini mümkün kılmak demokratik düzenin erdemlerinin başında gelir. Anayasa mahkemesinin denetim alanını kısıtlayan, mahkemeye başvurma olanaklarını daraltan her kural sakıncalar içerir. Anayasa mahkemesinin Yüce Divan olarak verdiği kararların kesin olmasının ne derece büyük bir boşluk olduğunu yakın geçmişte birlikte gördük.

b) İdarenin yargısal denetimi, hukukun üstünlüğü ilkesinin en canlı uygulama şeklidir. Devlet büyük güçlerini ve yetkilerini kullanırken vatandaşla eşit şartlarda yargı önüne çıkmaya hazır olmalıdır. 1961 Anayasasının «idarenin her türlü eylemi de işleminin yargı denetimi dışında kalamayacağına» dair kuralı topluma mutluluk veren önemli bir gelişme olmuştur. 1982 Anayasası ile idari yargının denetim alanının daraltılması, idarenin bazı eylem ve işlemlerinin yargı denetiminin dışına çıkarılması gerçek bir geri

adındır. Getirilen düzenlemeler hak arama özgürlüğünün önünü tıkamakta çok büyük haksızlıklara, adaletsizliklere neden olmaktadır.

c) Yargıtaya başvurma olanaklarını kısıtlayan düzenlemeleri de hak arama özgürlüğü ile bağdaştırmak olası değil.

3355 sayılı Yasa ile 647 sayılı Yasanın 4. maddesinde değişiklik yapılmış «uygulamada asıl mahkûmiyet bu madde hükmüne göre verilen para cezası veya tedbîrdir» hükmü getirilmiştir.

Değişiklik son derece önemli, hak arama özgürlüğünü engelleyici önem ve niteliktedir. CMUK. nun 305. maddesine göre 300.000.— TL. na kadar para cezasına mahkûmiyet kararları kesindir. Kısa süreli hürriyeti kısıtlayıcı bütün cezalar paraya çevrilebilir. Para cezasına çevrilebilen suçlar içinde hırsızlık dahil yüz kızartıcı suçların büyük bir bölümü yer almaktadır. Taksirli suçlarda verilen bütün cezaların paraya çevrilmesi olasıdır. 300.000.— TL. para cezası 2 yıl 6 aylık bir hapis cezasına karşılık teşkil etmekte bu kadar hapis cezası paraya çevrildiğinde verilen karar kesin olmaktadır. Ceza alan şahsın da, davaya müdahale eden tarafın da hapis cezasının paraya çevrilmesi halinde temyiz hakkı ortadan kalkmaktadır. Yargıtayın iş yükünü hafifletmek için yapılan bu değişiklik keyfi takdirlere neden olmakta, eşitsizlik yaratmakta, hak arama özgürlüğünü engellemektedir.

## 9 — SAVUNMA

Hak arama özgürlüğü açısından savunma çok büyük önem taşır. Teknik açıdan savunma sanığın suçlama karşısında kendini aklama yollarının tümünü ifade eder. Kişinin üzerine atılı suçla ilgisinin olmadığını, eyleminin suç oluşturmadığını, cezasının daha az olması gerektiğini ileri sürebilmesi için sahip olduğu olanaklar ve haklar olarak tanımlanabilir. Ceza Muhakemesi iddia, yargılama, savunma faaliyetlerinden oluşur. Yargılama sonucu verilen kararın gerçeğe uygun, verilen cezanın adaletli, olması gerekir. **Gerçeğe yabancılaşan mahkûmiyet kararı gibi beraat kararı da toplumda düzeni bozar ve Devlete güveni sarsar. Suçsuzun aklanması, bir adli hatanın kurbanı olmaması herşeyden önemlidir. Suçsuz bir insanın cezalandırıldığı yerde herkes suçludur. Haksızlık kadar kişiyi bunaltan, yaşama şevk ve sevincinden uzaklaştıran,**

toplumu rahatsız eden bir başka etken düşünülemez. İşte bu nedenle **YARGI SAVUNMA ÜZERİNE KURULUR**. Savunmaya önemine uygun yer verilmeyen bir yargılamamız, çağdaş, adaletli ve gerçeğe uygun olduğu söylenemez. Toplum adaletsizlikle, adaletten daha fazla ilgilenmektedir. Zira bir kişiye yapılan haksızlık bütün topluma yönelen bir tehdittir.

Cezalandırma işlevinde toplum ve bireyin çıkarları arasında bir çatışma söz konusudur. Bu çıkar çatışmasında yargının toplum düzenini koruyucu duyarlı bir denge oluşturması gerekir. Dengenin Devlet yararına bozulması otoriter Devlet şekline yol açarken, fert yararına bozulması anarşiye neden olur.

**Ceza Muhakemeleri usulü hukuku** her ülkede Anayasalarda yer alan demokrasi ve özgürlük anlayışının büyük çapta etkisi altındadır. Savunma hakkı uygarlığın bugün ulaştığı düzeyde, kişinin vazgeçilmez temel haklarının başında gelmekte, kutsal nitelik taşımaktadır. Demokrasi ve uygarlık ile savunma hakkının gelişmesi arasında yakın ilişki vardır. Ülkenin demokrasi yaşamındaki dalgalanmalar öncelikle savunma hakkını etkilemekte, ileriye ve geriye dönük değişikliğe uğramaktadır. **Savunma hakkının yasalarda yer alması yetmez, düşünce, vicdan, söz özgürlüğü ile iç içe giren bu hakkın amacına ulaşması bütün özgürlüklerin en geniş anlamda kullanılabilir olmasına bağlıdır.** Özgürlüklerin kısıtlanmaya başlandığı her yer ve zamanda savunma hakkının yapısında rahatsızlık başlar.

Savunma hakkının son derece önemli yapısı, hakkın hukuk ve yargı alanında deneyimli meslek mensupları aracılığı ile kullanılmasını gerektirmiştir. Birçok ülkede sanığın bir müdafî tarafından savunulması zorunlu kılınmıştır. Ülkemizde müdafî tarafından savunma isteğe bağlıdır. Sanık bizzat kendisini savunabileceği gibi, bir müdafîin yardımından yararlanmak hakkına da sahiptir. **İnsanların kutsal, vazgeçilmez, uğrunda her türlü özveriye değer savunma hakkının kullanılmasını avukatların görevini oluşturur.** Böyle bir hakkın kullanılmasını üstlenmiş savunma mesleği mensuplarının görevlerini yerine getirirken, bazı ayrıcalıklara, haklara ve dokunulmazlıklara sahip bulunmaları gerekli ve zorunludur. **Suçlama devletin bütün olanakları ile işlevini yürütürken savunmanın da bazı olanakları hakları ve yetkileri bulunmalıdır.** Böylesine yetkilerle donatılmış savunma gerçek anlamda görevini sür-

dürebilir. Savunmaya tanınması gerekli hak ve yetkiler bir meslek mensubuna sağlanacak imtiyazlar olarak düşünülmemeli, hak arama özgürlüğünün işlerliği, adaletin gerçekleşmesi, insan onurunun korunması için gerekli görülmelidir.

**Her haksızın haklı, her suçlunun suçsuz bir yanı mutlaka vardır. İnsanların suç işlemek ellerindedir ama herhangi bir nedenle suçlanmamaları ellerinde değildir. Savunma Hakkı bir gün herkese lâzım olur.** Savunma hakkına karşı olanlar bile bir gün bu hakkın korunmasına sığınmak durumunda kalabilmekte, savunmanın gereğini ve yüküçüğünü en somut biçimde kabullenmektedirler. Suçluyu savunmak ithamı gelişmemiş bir kültür düzeyinin ve hukuk anlayışının yüzeysel tepkisidir.

Ülkemizde savunma mesleğinin, savunma makamı olarak düzenlenmesine, güvence altına alınmasına, zorunluluk bulunmaktadır. CMUK. nun gerekçesinde yer alan çok önemli bir görüşü burada saygı ile anımsamak istiyorum. Gereğinin Onbirinci fasıl başlığı altında müdafaa bölümü yazan Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar «Esasen müdafaa makamı da iddia makamı gibi ilimle mücehhez ve yalnız hak ve hakikat, adaleti içtimalye namına maznuna müzahir ve sırf kendi kanaati ilmiyesi ile müteharrik bir makam olmalıdır» şeklinde görüşünü belirtmiştir. Bu görüş Ülkemizdeki bugünkü uygulamanın çok ilerisinde bir düşünceyi simgelemektedir.

Savunmanın karşısında yasa ile getirilmiş pek çok engel bulunduğunu bilmekteyiz. Yasa dışı fiili engeller daha da önemli sorunlar yaratmaktadır. Özellikle adalet görevinin değişik birimlerinde görev alanların kültür düzeyine, fikir yapısına, kıymet hükümlerine göre şekillenen davranışları soyut ve çeşitli ayrıcalıklar sergilemekte, savunmayı engellemekte, hak arama özgürlüğünü yaramaktadır. Devlete karşı işlenen suçlarda Devletin bütün gücü ile hasmane davranışlar içine girmesi, kraldan çok kral yanlısı kamu görevlilerini olumsuz yönde etkilemekte, Devletin yüceltiği ve adaleti ile bağdaşmamaktadır. Savunmanın her türlü yasal ve yasadışı engellerden arınmış olarak işlevini yerine getirmesinde sayılamayacak kadar yarar var. Devletin savunmanın karşısındaki bütün engelleri ortadan kaldırması adaletin gerçekleşmesine çok büyük katkılar sağlayacaktır.

Bağımsız yargı bağımsız savunmayı gerekli kılar. Avukatlığın serbest meslek olması her zaman hizmete amade olmasının ve bağımsızlığının sonucudur. Avukatlık özgür ve serbest düşüncenin, bilginin, cesaretin mesleğidir. Savunma mesleği mensupları yük-  
lendikleri görev gereği insanların en çok özgürlük, bağımsızlık, do-  
kunulmazlığa sahip olması gerekenidir. Hak arama özgürlüğü ve  
savunma ancak böyle bir ortamda gerçek yerine oturur.

**YARGI SAVUNMA ÜZERİNE KURULUR,  
ADALET MÜLKÜN  
SAVUNMA ADALETİN TEMELİDİR.**



**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ**

**TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI**  
**ile**  
**YÜRÜRLÜK VE UYGULAMA**  
**KANUNU TASARISI**  
**TASLAĞI**

**Değerlendirme ve Öneriler**

**Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU**  
İ.Ü. Hukuk Fakóltesi Emekli Öğretim Üyesi

**4. BASI**

**ANKARA 2006**



# KOLLUK TARAFINDAN SUÇUN ÖNLENMESİNE YÖNELİK YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Handan YOKUŞ SEVÜK\*

## 1. Genel Olarak

Demokratik toplumlarda, temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin başlangıcında da belirtildiği gibi temel özgürlükler, bir yandan etkin bir siyasal demokrasi ve diğer yandan bunların dayandığı insan haklarının yerine getirilmesi ile korunabilir. Bu bakımdan kişinin temel hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi, demokratik toplumun da korunmasını zorunlu kılar. Demokrasiyi ve hukuk düzenini korumak için, bazen bireyin hak ve özgürlüğüne müdahale edilebilir. Ancak bu müdahalenin, demokratik toplumun gerektirdiği ölçüde ve hukukun üstünlüğü göz önünde tutularak yapılması gerekir.

Bu bağlamda kişinin temel hak ve özgürlüklerinden olan haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahale, belli sebeplerle, ancak kanuni dayanağı olduğu sürece ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uyularak söz konusu olabilir (AY m. 22, AY m. 13, AİHS m. 8). AY m. 22/2<sup>1</sup> ve AİHS m. 8/2,<sup>2</sup> haberleşme özgürlüğünü sınırlama

\* Yrd. Doç. Dr., Dicle Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> AY m. 22'ye göre; "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır."

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde karar kendiliğinden kalkar.

"İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."

<sup>2</sup> AİHS m. 8: 1. "Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı

sebeplerini tahdidi olarak saymış, sınırlama sebepleri arasında milli güvenlik, kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesini de öngörmüştür. Bu sebeplerle haberleşme özgürlüğüne kamu makamlarınca yapılacak müdahale, bir başka deyişle haberleşmenin denetimi mümkündür.

AIHM, demokratik toplumların son zamanlarda, örgütlü suçlar, casusluk ve terörizmin tehdidi ile karşı karşıya kaldığını ve bunları önlemek için iletişimin denetlenebileceğini kabul etmektedir.<sup>3</sup>

AIHM, Almanya'ya karşı Klass ve diğerleri kararında<sup>4</sup> devletin bu tür tehditlerle etkin bir biçimde mücadele edebilmesi için, kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli gözetime alması gerektiğini; bu nedenle istisnai koşullar çerçevesinde mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli gözetim yetkisi veren bir kanunun, demokratik bir toplumda ulusal güvenlik nedeniyle ve/veya suç ve düzensizliği önlemek için gerekli olduğunu belirtmektedir.

Ancak devletlere tanınan bu olanağın sınırsız olmadığını, demokrasiyi savunma gerekçesiyle çıkarılan ve haberleşme özgürlüğünü sınırlandıran böyle bir kanunun, demokrasiyi zayıflatabilecek hatta yıkılması tehlikesini de beraberinde getirdiği için, devletlerin bu suçlarla mücadele adına kendilerince uygun görülen her önlemi alamayacaklarını da vurgulamaktadır.<sup>5</sup>

Haberleşme özgürlüğüne bir müdahale oluşturan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin kolluk tarafından önleme amaçlı denetimi, 3.7.2005 tarih 5397 sayılı kanun ile düzenlenmiştir. 5397 sayılı kanun, telekomünikasyon yoluyla yapılan önleme amaçlı iletişimin denetiminin usul ve esaslarını, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesine fıkralar (5397 sayılı kanun m. 1), 2803 sayılı Jandarma

---

gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.”

2. “Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahalelerin dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamaz.”

<sup>3</sup> Bu konuda kararlar için bkz., Alderson J., *İnsan Hakları ve Polis*, Çev. İhsan Kuntbay, *Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları*, No. 232, 1989, s. 62-64.

<sup>4</sup> Bu kararın tam metni için bkz., Doğru Osman, *İnsan Hakları Avrupa İçtihatları*, İstanbul 1997, s. 142-161.

<sup>5</sup> AIHM'in 1978 tarihli Almanya'ya karşı Klass ve diğerleri kararı parg. 48-49. Benzer yönde 1984 tarihli Malone kararı için bkz., Alderson, s. 63-64.

Teşkilatı, Görev ve Yetkileri Kanunu'na ise ek 5. madde (5397 sayılı kanun m. 2) eklemek suretiyle belirlemiştir.<sup>6</sup>

5397 sayılı kanun ile kolluğa bu yetki verilmeden önce de kolluk görevi gereği bilgi toplayabilmekte ve gerekli tedbirleri alabilmekte idi.<sup>7</sup> PYSK ek m. 7/1 ve JTYK m. 7-a'da yer alan düzenlemeler, kolluğa hem yetki hem görev vermekte idi.<sup>8</sup>

Bir suç işlendiği duyumu ve şüphesi ile hareket eden kolluğun farklı derecedeki birimleri, kamu hukuku ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerden bilgi toplayabilme yetkisine sahip olup, bu çerçevede telekomünikasyon kuruluşlarından da bilgi almakta idi.<sup>9</sup> Ancak bu durum Anayasa'ya ve AİHS'ne<sup>10</sup> aykırılık teşkil etmekteydi.<sup>11</sup>

Anayasa'nın 22. maddesi, kişinin temel hak ve özgürlüklerinden

<sup>6</sup> 3.7.2005 tarihli 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 23.7.2005 tarihli 25884 sayılı *Resmî Gazete'de* yayımlanmıştır. 5397 sayılı kanunla aynı yetki 2397 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilat Kanunu 6. maddesi uyarınca, Millî İstihbarat Teşkilatı'na da tanınmıştır.

<sup>7</sup> "Bu tür bilgi toplama polisin etrafı kollaması konusundaki görevinden kaynaklanır. Bu göreve "istihbarat" adı verilir". Cihan Erol/Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1997, s. 207.

<sup>8</sup> Ersoy Yüksel, "Özel Telefon İşletmelerinin Dinleme ve Bilgi Verme Sorunları", *Prof Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul 2004, s. 341; Cihan/Yenisey, s. 211; Sokullu/Akıncı, kolluğun suçun önlenmesi amacıyla iletişimin denetlemesini, kanuni dayanağı olmadığı dolayısıyla bunu "cevaz vermeme" şeklinde yorumladığını belirterek, kabul etmemektedir. Sokullu/Akıncı Füsun, *Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları*, İstanbul 1990, s. 127.

<sup>9</sup> Ersoy, uygulamada polis karakollarının dahi doğrudan ilgili kuruluştan bilgi istediğini, hatta kural olarak istemin resmi bir yazı ile olması gerekli iken, polisin bu resmi yazıyı aciliyetine binaen faksla ilettiğini de belirtmektedir. bkz., Ersoy, s. 341.

<sup>10</sup> AİHS m. 8/2'deki "kanuna uygunluk" ifadesi, kullanılan tedbirin hukukta bir temelinin olmasını gerektirir. Bu ifade ayrıca ilgili kanunun niteliğini de ilgilendirmekte olup, bu kanunun ilgili kişi tarafından ulaşılabilir olmasını ve bu kimsenin kanunun sonuçlarını önceden öngörebilmesinin mümkün olmasını ve ayrıca kanunun hukuk devletinin temel unsurlarına uygun olmasını gerektirmektedir. AİHM İsviçre'ye karşı Kopp Kararı par. 55 için bkz., Kühn/Hans/Heiner, "Avukat Telefonlarının Dinlenmesi" (AİHM Kararı Değerlendirmesi), *Çev. Hakan Hakeri, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3*; Ankara 2004, s. 100.

<sup>11</sup> Cihan/Yenisey, kolluğun önleme amacıyla haberleşmeyi denetlemesinin pozitif hukuka aykırı olduğunu, ancak şartları gerçekleştiğinde kullanılması gereken bir yetki olduğunu belirterek, şartların ortaya çıktığı durumun kanun tarafından gösterilmesi gerektiği, ancak bu konuda hakim kararı alınarak da bilgi toplanmasının mümkün olduğu kanaatinde. Cihan/Yenisey, s. 210-211.

olan haberleşme özgürlüğüne hangi amaçlarla ve hangi koşullarda müdahale edilebileceğini,<sup>12</sup> Anayasa'nın 13. maddesi ise temel hak ve özgürlüklerin "ancak kanunla sınırlanabileceği"ni hükme bağlayarak haberleşmenin denetimi bakımından anayasal güvence getirmiştir. AY ve AİHS gereğince, kolluğun önleme amaçlı iletişimin denetiminin usul ve esaslarının, açıkça kanunla düzenlenmiş bulunması zorunlu olmasına rağmen,<sup>13</sup> bu hususa ilişkin açık bir düzenleme söz konusu değildi. 5397 sayılı kanun ile PVSK ve JGTYK'da iletişimin önleme amaçlı denetimi düzenlenerek, kolluğun haberleşme özgürlüğüne müdahalesinin kanuni dayanağı oluşturulmuştur.

## II. Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesinin Usul Ve Esasları

PVSK ve JGTYK, kolluğa suçu önleme görev ve yetkisi vermiştir.<sup>14</sup> Kolluğun önleme yetkisinin amacı ileriye yönelik olup, suç işlenmesi tehlikesini önlemek ve gelecekte doğabilecek tehlikeleri yaratan sebepleri ortadan kaldırmaktır. Önleme görevi, suç işleninceye kadar olan safhadan oluşur.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Öztürk, AY m. 22/2 deki "İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir." Hükümünü, bir istihbarat kanunu yapılmasının yolunu açtığını belirtmektedir. Öztürk Bahri, "Avrupa Birliğine Uyum Yasarının Ceza Muhakemesine Etkileri", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 731.

<sup>13</sup> Öğretide de Sözüer tarafından, kanun koyucunun haberleşme özgürlüğünü, suçların önlenmesi ve kamu düzeni gerekçeleriyle sınırlandırırken haberleşme özgürlüğüne yönelik tedbirlere başvurmak için gerekli koşulları ayrıntılı olarak düzenlemesi ve kötüye kullanmalara karşı etkili tedbirler alması gerektiği belirtilmektedir. Sözüer, Adem, "Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi", İHFM 1997, Türkan Rado'ya Armağan, C. LV, S. 3, s. 76.

<sup>14</sup> Almanya'da suç gerçekleşmeden önce, "önleme dinlemesi" şeklinde yapılmak üzere, Alman Polis Kanunları'nın polise yetki verdiği görülmektedir. Çerçeve Polis Kanunu'nun 8c maddesi doğrultusunda Schlezwig/Holstein/Saarland gibi eyaletlerin polis kanunları; kişinin hayatı tehlikede ise bu tehlikeyi önlemek ve ortadan kaldırmak için kaçınılmaz olduğu hallerde; Baden/Württemberg Polis Kanunu ise, devletin güvenliği açısından ortaya çıkan ve halen mevcut olan bir tehlike vukuunda, evin içindeki bütün konuşmalar da dahil, tüm konuşmaların önlenmesi konusunda polise yetki vermiştir. Yenisey, Feridun, "Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yöntemleri", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak, C. 2, s. 118.

<sup>15</sup> Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Kitap, 12. baskı, İstanbul 2002, no. 26. 11 dn. 36.

Kolluk kuvvetlerinden polisin görevi,<sup>16</sup> devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğe ilişkin önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, güveni ve düzeni sağlamak üzere, ülke düzeyinde haber alma faaliyetlerinde bulunmak, topladığı bilgileri değerlendirmek, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırmaktır. Polis, devletin diğer haber alma kuruluşlarıyla işbirliği yapar (PVSK ek m. 7). Kolluk kuvvetlerinden Jandarma'nın sorumluluk alanı, görev sahası dışında, il ve ilçe belediye hudutları haricinde kalan veya polis teşkilatı bulunmayan yerlerdir (JTGYK m. 10).

Jandarma, sorumluluk alanlarında emniyet ve asayiş, kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak ile görevlidir (JTGYK m. 7-a). Kolluk, bu görevlerinin gereği olarak, önleme amaçlı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirini uygulayabilir. Kolluk tarafından yapılan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri, idari niteliktedir.<sup>17</sup>

Suçun önlenmesi amacıyla iletişimin denetlenmesi, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik de belirlenen usul ve esaslara göre yerine getirilir.<sup>18</sup> Haberleşmenin gizliliği esas olup, bu yönetmelikte belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini denetleyemez (Yönetmelik m. 4).

Telekomünikasyon, her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilir her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi

<sup>16</sup> Sokullu/Akıncı, polisin temel görevinin kamu düzeninin bozulmamasını sağlamak olduğunu belirtmektedir. Sokullu/Akıncı, 97; Bu bağlamda Kunter/Yenisey ise, polisin önleme görevinin bir kısmının doğrudan doğruya konusu suç teşkil eden fiil ve hareketlere karşı tedbirlerden oluştuğunu, bir kısmının da konusu suç teşkil etmediği halde kamu düzenini ve asayişini temine yönelik olduğunu tespit etmektedir. Kunter/Yenisey, No. 26. 11, dn. 37.

<sup>17</sup> Suçun aydınlatılması amacıyla yapılan 5271 sayılı CMK m. 135 ve devamındaki maddelerde iletişimin denetlenmesi ise adli iletişim denetlemesidir. Centel Nur/Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 2005, s. 315, 320.

<sup>18</sup> Bu yönetmelik 10. 11. 2005 Tarih ve 25989 sayılı *Resmî Gazetede* yayımlanmıştır.

ve alınmasını ifade eder (Yönetmelik m. 3-l). Bu bakımdan elektronik ortamdaki haberleşme de kolluk tarafından denetlenebilir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, iletişimin tespit edilmesi, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması şeklinde olabilir.

İletişimin tespitinde, içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespiti söz konusudur (Yönetmelik, m. 3-f).

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması ise, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri ifade eder (Yönetmelik m. 3-e). İletişime müdahale yollarından biri olan sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü verinin (Yönetmelik m. 3-k) değerlendirilmesidir.

### 1. Tedbirin Uygulanabileceği Suçlar

İletişimin önleme amaçlı denetlenmesi, sadece belirli suçlar için öngörülmüştür. Kolluk, bu tedbire 5271 sayılı CMK m. 250' de belirtilen suçlarda başvurulabilir (PVSK ek m. 7/2, JTGYK ek m. 5).<sup>19</sup> Bu suçlar; Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; 1) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu, 2) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar, 3) TCK m. 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 yer alan suçlar ve casusluk suçları hariç, devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, milli savunmaya ve devlet sırlarına karşı suçlardır.

<sup>19</sup> Milli İstihbarat Teşkilatı ise Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak iletişimi denetleyebilir (5397 sayılı kanun ile değişik 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilat Kanunu m. 6/1).

## 2. Tedbire Karar Verecek Mercii

Suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla yapılacak iletişimin denetlenmesine kural olarak hakim karar verir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde; Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanı'nın ve Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Başkanı'nın yazılı emri ile iletişim denetlenebilir.<sup>20</sup> Yazılı emir, saat içinde yetkili ve görevli hakim onayına sunulur.<sup>21</sup> Yetkili ve görevli hakim, ilgili kurumların talepte bulunan biriminin bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı CMK m. 250/1'e göre kurulan özel yetkili ağır ceza mahkemesinin üyesidir (Yönetmelik m. 26). Hakim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir.<sup>22</sup>

AİHM, 8. madde de garanti edilen haberleşme hakkının birey tarafından kullanılması ile demokratik bir toplumun korunması için gizli denetime ihtiyaç arasında bir denge bulunmasının gerekliliğine işaret etmektedir.<sup>23</sup> Anayasa ise 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülük ilkesine aykırı olamayacağını belirterek, bu hususu güvence altına almaktadır. Bu nedenle kanımca hakim, iletişimin denetlenmesi kararını verirken veya yazılı emri onaylarken, milli güvenlik ve suçun önlenmesi nedenlerinin varlığını, bu sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekliliğini değerlendirmelidir. Ayrıca, hakim, bu tedbir ile ulaşılmak istenen milli güvenliğin veya suçun önlenmesinin sağlanması amacı ile bireyin haberleşme özgürlüğünün kısıtlanması arasındaki orantılılığı gözetmek zorundadır.

<sup>20</sup> Yönetmelik m. 8'e göre; "Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde; Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı veya yardımcısı, Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanı ve Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Başkanı tarafından telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması için verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde 26. maddenin birinci fıkrasında belirtilen yetkili ve görevli hakim onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. "

<sup>21</sup> Cihan/Yenisey, hakim kararının yokluğunun özel hayatın gizliliğine ilişkin İHEB 12, AİHS 8, AY 22'deki hükümlerin ihlal edilmiş olacağı belirtilmektedir. Cihan/Yenisey, s. 212.

<sup>22</sup> Anayasa m. 22/2'de hakim kararını vereceği süre 48 saat olarak belirtilmiş olup, bu süre azami süredir.

<sup>23</sup> Bkz., Klass ve diğerleri Kararı parg. 59.

### 3. Tedbir Kararı ve Tedbirin Süresi

İletişimin denetlenmesine ilişkin hakim kararında ve yetkili merciler tarafından verilen yazılı emirlerde;

a. Hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodundan belirlenebilenler,

b. Tedbirin türü, kapsamı ve süresi,

c. Tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir (Yönetmelik m. 9)

Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Bu durumda iletişimin önleme amaçlı olarak denetim süresi, 12 ayı geçemez. Ancak, terör örgütlerinin faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hakim tarafından üç aydan fazla olmamak üzere sürenin birçok kez uzatılmasına karar verilebilir (PVSK ek m. 7/4, JGTY ek m. 5/3, Yön. m. 9). Bir başka deyişle bu halde iletişimin denetlenmesi süresiz olarak uygulanabilecek, ancak en çok her üç ayda bir hakim tarafından uzatma kararı verilecektir. Tedbir süresini uzatma kararının “aynı usulle” verileceği öngörüldüğünden, tedbirin uygulanması için gerekli olan koşulların varlığı her uzatma kararında tekrar değerlendirilecektir.

### 4. Tedbirin Yerine Getirilmesi

Suçun önlenmesine yönelik veya istihbari amaçlı iletişimin dinlenmesi, tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına dair karar veya yazılı emirler, en son 23.7.2006 tarihine kadar, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşlar tarafından yerine getirilmekte ve ilgili kurumların mevcut sistemlerinin kullanılmasına devam edilmekteydi (Yönetmelik geçici m. 2).<sup>24</sup> Artık, önleme amaçlı

<sup>24</sup> 24.2.2006 tarih 26090 sayılı *Resmi Gazete'de* yayımlanan Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, 1. maddesi ile eklenen yönetmeliğin geçici 2. maddesinde, suçun önlenmesine yönelik veya istihbari amaçlı tedbirlere dair usul ve esaslarını düzenleyen hükümlerden; hakim kararları ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emirlerin, gereğinin icrası için teknik uzmana havale edileceğini ve bu Yö-



iletişimin denetlenmesi, Telekomünikasyon kurumu bünyesinde kurum başkanına doğrudan bağlı “Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı” adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülmektedir.<sup>25</sup>

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, Telekomünikasyon İletişim Başkanı ile teknik uzman, hukukçu uzman ve idari uzmandan oluşur. Başkanlıkta, Milli İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nın ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur (PVSK ek m. 7/10). Bu temsilciler, başkanlıktaki görevleri esnasında başkanın talimatlarına ve başkanlık tarafından belirlenen kurum içi düzenlemelere riayet eder. İlgili kurum temsilcilerinin görevleri; kendi kurumlarından gelen ve yerine getirilmesi başkanlıkça uygun görülen önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararlarının, teknik uzman nezaretinde başkanlık personeliyle birlikte yürütülmesini sağlamak ve başkan tarafından verilecek diğer görevleri yerine getirmektir (Yönetmelik m. 23).

İlgili kurum, hakim kararlarını ve yazılı emirler hakkındaki gelişmeleri derhal Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na bildirir (Yönetmelik m. 11).

Hakim kararları ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emirler, gereğinin icrası için başkanlık bünyesindeki teknik uzmana havale edilir (Yönetmelik m. 5-6-7). Yönetmeliğe aykırılığı tespit edilen talepler, eksikliklerin giderilmesi için talepte bulunan kuruma iade edilir.<sup>26</sup> Başkanlık talepleri, yönetmelik m. 9'da öngörülen hususlar

---

netmeliğe aykırılığı tespit edilen taleplerin, noksanlıkların giderilmesi için talepte bulunan kuruma iade edileceğini öngören 5, 6 ve 7. maddelerindeki hükümlerinin uygulanması, karar ve yazılı emrin uygulanmasına ilişkin 10. ve kayıtların yok edilmesine ilişkin 11. maddelerindeki hükümlerin, personel ve sistemler yönünden noksanlıklarının giderilerek başkanlığın faaliyete geçtiği ve bu durumun başkanlık tarafından ilgili kurumlara bildirildiği tarihe kadar, en son 23.7.2006 tarihine kadar uygulanmayacağı öngörülmüştür.

<sup>25</sup> Yönetmelik m. 17'e göre; “Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde doğrudan Kurum Başkanı'na bağlı olarak faaliyet gösterir. Başkanlık, Telekomünikasyon İletişim Başkanı ile teknik uzman, hukukçu uzman ve idari uzmandan oluşur. Başkanlıkta, Başkanın görüşü doğrultusunda Kurum Başkanı tarafından kurum içinden veya kurum dışından yeteri kadar teknik, hukukçu ve idari personel görevlendirilir. Başkanlıkta, Milli İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nın ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Bu temsilciler başkanlıktaki görevleri esnasında başkanın talimatlarına ve başkanlık tarafından belirlenen kurum içi düzenlemelere riayet eder.”

<sup>26</sup> Bkz., Yönetmelik m. 5,6,7.

bakımından inceler, bir başka deyişle başkanlık kararı yerine getirmeden önce, şekil açısından incelemekle yükümlüdür.

Hakim kararları ve yazılı emirler işletmecilere gönderilmez. Kararlar ile yapılan inceleme sonucunda bu yönetmeliğe uygun olduğu tespit edilen yazılı emirler, ilgili kurum görevlileri ve başkanlık çalışanları aracılığıyla teknik uzmanın nezaretinde yerine getirilir. İşlemin başlatıldığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır (Yönetmelik m. 10).

Yazılı emir hakkında hakim aksine karar verirse veya yirmi dört saat içinde hakim onayının alınamaması hallerinde, kararın veya yazılı emrin uygulanmasına başkanlık tarafından derhal son verilir (Yönetmelik m. 11/2). Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına ilişkin yazılı emirlerin, hakim onayı beklenmeden derhal uygulanması söz konusudur. Zaten gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığı söz konusu olduğu için de yazılı emir başkanlık tarafından derhal yerine getirilir.

Elde edilen kayıtlar ve bilgiler, Yönetmelikte ve PYSK ek 7. maddesi, JTGYSK ek 5. maddesi ve 2937 sayılı kanunun 6. maddesinde belirtilen amaçlar ve usul dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi, belge ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik esastır (Yönetmelik m. 4). Gerçekleştirilen işlemler sonucunda elde edilen veriler ve bilgiler ilgisine göre Emniyet Genel Müdürlüğü'ne ve Jandarma Genel Komutanlığı'na, talep etmeleri halinde mahkemeye ve Cumhuriyet Başsavcılıkları'na Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından iletilir (Yönetmelik, m. 17).

## 5. Tedbirin Sona Ermesi

Uygulanan tedbirin sona ermesi, sürenin dolması, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir hakkında hakim tarafından aksine karar verilmesi ya da yazılı emir hakkında yirmi dört saat içinde hakim onayının alınamaması hallerinde söz konusudur. Bu hallerde kararın veya yazılı emrin uygulanmasına başkanlık tarafından derhal son verilir. Tedbirin sona ermesi hususu, PYSK m. 7/2'de ve JTGYSK ek m. 5/1 de; "Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir kararı kalkar." Şeklinde belirtilmiş iken, Yönetmelik m. 11/2'de "Uygulanan tedbirin sona ermesi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir hakkında hakim tarafından aksine karar verilmesi

*ya da yazılı emir hakkında yirmi dört saat içinde hakim onayının alınamaması hallerinde, kararın veya yazılı emrin uygulanmasına başkanlık tarafından derhal son verilir.” Şeklinde belirtilmiştir.*

Görüldüğü üzere yönetmelikte, tedbirin uygulanmasını sona erdiren haller arasında hakim onayının alınamaması hali ayrıca belirtilmiştir.

Yönetmelikte belirtilen tedbirin uygulanmasının sona ermesi bakımından öngörülen “yirmi dört saat içinde hakim onayının alınamaması hali” ni, en geç yirmi dört saat içinde yazılı emir hakkında karar vermek zorunda olan hakimin bu zorunluluğu yerine getirmemesi olarak anlamalıdır. Yoksa, yirmi dört saat içinde hakim onayının alınamaması hakime ulaşılamaması anlamında değildir.

Yetkili ve görevli hakimin, talepte bulunan kurumun bulunduğu yer itibarıyla özel yetkili ağır ceza mahkemesinin bir üyesi olduğu ve bu mahkemelerin toplu mahkemeler olduğu göz önüne alınırsa, bir üyeye ulaşılamazsa diğer üyeye ulaşma olanağı söz konusudur.

Teknolojinin bu kadar ilerlediği bir zamanda, mesafe de hakime ulaşılamama nedeni olamaz. Kaldı ki yazılı emir, yirmi dört saat içinde hakime onaylanmak üzere sunulmak zorunda, hakim de bu yazılı emir hakkında yirmi dört saat içinde karar vermek zorundadır. Bu nedenle hakim onayı alınamaması hali, hakimin aksine karar verilmesi maddede ayrıca belirtildiği için, sadece hakimin yirmi dört saat içinde hakimin yazılı emri onaylamama durumundan ibarettir.

Kanımca, bu düzenleme, idarenin kararının bağımsız ve tarafsız bir organ tarafından denetimi olmadan bir başka deyişle hakim tarafından incelenmeden, yirmi dört saat yazılı emrin sunulması süresi ve yirmi dört saat de hakimin onaylaması süresi olmak üzere toplam kırk sekiz saat içinde olsa kişinin haberleşme özgürlüğüne ve özel yaşamın gizliliğine müdahaleyi mümkün kılmaktadır.

Gerek yazılı emrin hakimin onayına sunulmuş süresi olarak gerek ise hakimin onaylaması için belirlenen yirmi dört saatlik süreler azami sürelerdir. Bu nedenle yazılı emri vermeye yetkili makam, yazılı emri hakim onayına ne zaman sunduğunu ve hakim de ne kadar süre içinde karar verdiğini belirtmelidir.

Ayrıca kullanılan bu sürenin hangi sebeple uzadığının da belirtmesi gerekir. Bu husus, hakimin onaylamaya ilişkin kararında ve yetkili merciler tarafından verilen yazılı emrin sunulmasında belirtilmesi

gereken hususlar arasında yer almalıdır. AİHM'nin de belirttiği üzere, haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren bir sistem, bunların kötüye kullanılmasına karşı da yeterli ve etkili güvenceleri getirmelidir.<sup>27</sup> Böylece keyfi uygulamanın önüne geçilebilir.

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar, başkanın ve ilgili kurumların en üst amirinin denetimi altında en geç on gün içinde yok edilir. Bu durum tutanakla tespit edilir ve bu tutanak denetimde gösterilmek üzere saklanır. Kanımca, kayıtların yok edilmesi süresinin on gün gibi uzun bir sürenin öngörülmesi anlaşılır değildir. Hakim, iletişimin denetlenmesine gerek olmadığı kanısında ise veya yirmi dört saat içinde hakim onayı alınmadığı halde tedbirin derhal sona ermesinin öngörülmesi gibi, kayıtların yok edilmesi de derhal olmalıdır.

## 6. İletişimin Denetlenmesinin Denetimi

İletişimin denetlenmesine başka bir deyişle sınırlandırılmasına ilişkin denetim üç aşamada söz konusu olabilir.

Denetleme kararının veya yazılı emrin verildiği aşamada, sürdürülürken ve sona erdikten sonra. İlk iki aşamada gizli denetimin açık niteliği ve mantığı, sadece iletişimin dinlenmesi, tespiti, kayda alınması sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin gizli yapılmasını değil, bu işlemlerin denetiminin dahi bireyin bilgisi dışında yapılmasını gerektirir.

Sonuç olarak bireyin doğrudan bu denetim işleminde yer alması mümkün değildir. Ancak getirilmiş olan usullerin, bireyin haklarının korunmasında yeterli ve eşdeğer güvenceleri sağlaması esastır. Demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri, hukukun üstünlüğüdür. Hukukun üstünlüğü, idare makamlarının bireyin haklarına yaptığı bir müdahalenin normal olarak yargılama makamının etkili denetimine, en azından son çare olarak bağımsızlık, tarafsızlık ve uygun usul güvencelerine sahip yargısal kontrole sahip olmasıdır.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Klas ve diğeri Kararı, parag. 50. AİHM, İngiltere'ye karşı Malone ve Fransa'ya karşı Kruslin/Huwig kararlarında AİHS m. 8/2 anlamında bireye yeterli güvence sağlanmadığı gerekçesiyle, her iki davada da AİHS m. 8/1'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bkz., Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002, s. 294.

<sup>28</sup> Bkz., *Klas ve diğeri Kararı*, parag. 55.

Bunun içinde bireyin iletişimin kolluk tarafından dinlendiğine ilişkin sonradan bilgilendirilmesi gerekir.<sup>29</sup> Bu hususun düzenlenmemesi, AY m. 40' da yer alan temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından getirilen güvenceden bireyin yararlanamaması sonucunu doğurur.

Yönetmeliğin 24. m. göre, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın yönetmelikte yer alan faaliyetlerle ilgili denetimi, Başbakan'ın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır.

Emniyet Genel Müdürlüğü'nün yönetmelikte yer alan faaliyetlerle alakalı kendi birimlerindeki işlemlerine ilişkin denetimi ise sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve İçişleri Bakanlığı'nın teftiş elemanları ile Başbakan'ın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır (PVSK ek m. 7).

Jandarma Genel Komutanlığı'nın yönetmelikte yer alan faaliyetlerle alakalı kendi birimlerindeki işlemlerine ilişkin denetimi; sıralı kurum amirleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve İçişleri Bakanlığı'nın teftiş elemanları ile Başbakan'ın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır (PVSK ek m. 5).<sup>30</sup>

Elde edilen bilgi, belge ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesine riayet edilir. PVSK ek 7. maddenin 1. fıkrasında belirtilen amaçlar dışında kullananlar veya elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizliliği ihlal edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa dahi Cumhuriyet Savcıları tarafından doğrudan soruşturma yapılır (PVSK ek m. 7/7).<sup>31</sup> PVSK ek m. 7'de ve JTGYK ek m. 5'te belirtilen esas ve usullere aykırı iletişimin denetimi hukuka aykırıdır. Belirtilen esas ve usullere aykırı hareket edenler hakkında 5237 sayılı TCK hükümleri uygulanır.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> En azından CMK m. 135/4'de öngörüldüğü gibi, burada da tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde ilgisine bilgi verileceği düzenlenmeliydi.

<sup>30</sup> Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı'nın yönetmelikte yer alan faaliyetlerle alakalı kendi birimlerindeki işlemlerine ilişkin denetimi; sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları ve Başbakan'ın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır. ( 2397 sayılı DİHMİT K. m. 6; Yön. m. 24)

<sup>31</sup> JTGYK ek m. 5/9'a göre, ek m. 5'de belirlenen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukukten geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 5237 sayılı TCK hükümleri uygulanır.

<sup>32</sup> Bu durumda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun (TCK m. 132) işlenmesi ve TCK m. 137 gereğince haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde verilecek cezanın

PVSK ek m. 7/11, JTGYK ek m. 5/9'a göre; bu kanunlarda belirlenen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz. Her iki kanunda da sadece "dinlemeler" in hukuka aykırılığından söz edilmektedir. Oysa madde de iletişimin denetlenmesi şekilleri arasında iletişimin tespiti, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin denetlenmesi de söz konusudur.

Bu denetleme şekillerinin de belirlenen usul ve esaslara aykırılığı halinde işlemler hukuken geçerli değildir.

### III. Sonuç

– Demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi için haberleşmenin denetlenmesine olanak veren kanuni düzenleme bir zorunluluktur. Ancak bu düzenleme denetlemenin kötüye kullanılmasını önlemek için belirgin ve açık olmalı, bireye hukuki güvenceler sağlamalıdır.

– Suçların önlenmesi amacıyla yapılan iletişimin denetlenmesi ile sadece haberleşme özgürlüğüne değil özel hayatın gizliliğine de müdahale söz konusudur.

Kişinin temel haklarından olan haberleşme özgürlüğüne müdahalenin, bir başka deyişle bu özgürlüğü sınırlama nedenlerinin kanunda açıkça düzenlenmesi gereklidir. Haberleşme özgürlüğünün sınırlanabileceği hallerin sadece kanun ile belirlenmesi tek başına haberleşmeye müdahale için yeterli değildir.

Ayrıca bu müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekliliği ve bu kapsamda müdahale ile elde edilecek amaç ile müdahale arasındaki orantılılığa da dikkat etmek gerekir. Bu husus AY m. 13'de güvence altına alınmıştır. Ancak bu halde keyfilik önlenemez ve etkili bir korumadan söz edilebilir.

– 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 135'te, iletişimin denetlenmesine, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada ve suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde edilememesi durumunda başvurulabilmesi öngörülmüşken, 5397 sayılı kanunla öngörülen önleme amaçlı iletişimin

---

arttırılması da söz konusu olacaktır. Ünver Yener/Hakeri Hakan, *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s. 197.

denetlenmesine hangi ölçütlere göre başvurulabileceği konusunda bir düzenleme yoktur.

– Henüz bir suçun işlenmesi dahi söz konusu değilken, haberleşme özgürlüğüne iletişimin denetlenmesi doğrultusunda yapılacak müdahale niteliğinde olan bu tedbirin sıkı şartlara bağlanması gerekirdi. Suçun önlenmesi için başvurulacak bu tedbir, CMK m. 135’te öngörülen adli nitelikteki iletişimin denetlenmesine nazaran öğretide de haklı olarak eleştirildiği gibi daha basit ve kolay kılınmıştır.<sup>33</sup>

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde, henüz bir suç işlenmemişken, basit bir şüphe üzerine bile iletişimin denetlenmesi mümkün olabilecektir.<sup>34</sup> Suç işlendikten sonra yapılacak iletişimin denetlenmesinde, başta şüphenin yoğunluğu olmak üzere sıkı bir takım şartlar aramak, buna nazaran önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde basit bir şüphe ile hareket etmek çelişki arz etmektedir.<sup>35</sup>

Kanımca, bir temel hak ve özgürlüğe müdahale olan bu tedbirde basit bir şüphenin varlığı, kişinin iletişiminin denetlenmesi için yeterli olmamalıdır.<sup>36</sup> Hakim, tedbire başvurmanın nedenlerini, bu müdahaleyi zorunlu kılmaya yetecek kadar olup olmadığı bakımından denetlemelidir.

– Haberleşme özgürlüğüne önleme amaçlı müdahalede, kural olarak hakim kararı ve gecikmesinde sakınca olan hallerde hakim onayı aranmakta ise de, hakim hangi ölçütlere göre bu denetim kararını vereceği de kanunda öngörülmemiştir.

AIHS m. 8 ve AY m. 13 doğrultusunda iletişimin denetlenmesi kararını verirken veya yazılı emri onaylarken hakim, milli güvenlik ve suçun önlenmesi nedenlerinin varlığını değerlendirmek ve bu tedbir ile ulaşılmak istenen milli güvenliğin veya suçun önlenmesinin sağlanması amacı ile yapılacak denetimin demokratik toplum düzeni için gerek-

<sup>33</sup> Ünver/Hakeri; 188; Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005, s. 379.

<sup>34</sup> Cihan/Yenisey, ileride suç işlenmesini önlemek amacıyla polisin bilgi toplamak yetkisinin doğması için belli olayların ortaya çıkmış olması ve bu olaylara dayanan şüphenin belli kişiler üzerinde yoğunlaşmış olmasının şart olduğu görüşündedir. Cihan/Yenisey, s. 208.

<sup>35</sup> Şahin, s. 379.

<sup>36</sup> Bu hususta bkz., Yarsuvat Duygun, “Çıkar Amaçlı Örgütlü Suçların Koğuşturulması”; *Ceza Hukuku Reformu*, İstanbul 2001, s. 338

liliği ile bireyin haberleşme hakkını kullanması arasındaki orantılılığı gözetmek zorundadır.

– Önleme görevi, suç işleninceye kadar olan safhadan oluşur.<sup>37</sup> Suçu kovuşturma ile önleme görevi arasındaki sınırı belirlemek kolay değildir.<sup>38</sup> Öğretide haklı olarak bu husus, iletişimin denetlenmesi devam ederken önleme denetlemesinin ne zaman biteceğinin, adli denetlemeye ne zaman geçileceğinin, soruşturma makamlarının devreye gireceği anın nasıl belirleneceğinin ve bu hususta bu yetkinin kimde olduğunun belli olmadığı ve AİHM kararlarına uygun görünmediği belirtilerek eleştirilmiştir.<sup>39</sup>

– Yönetmelik m. 11/2'deki yazılı emir hakkında yirmi dört saat içinde hakim onayının alınamaması halinde, kararın veya yazılı emrin uygulanmasına başkanlık tarafından derhal son verileceği hükmü karşısında, yazılı emirlerin hakim onayı beklenmeden derhal uygulanacağı anlaşılmaktadır. Yirmi dört saat içinde “*hakim onayının alınamaması*” hali, yazılı emir hakkında yirmi dört saat içinde karar vermek zorunda olan hakimin, bu süre içinde kararı onaylamamasını ifade eder.

– İletişimin denetlenmesine ilişkin tedbir süresini uzatma kararının “*aynı usulle*” verilmesi öngörüldüğünden, tedbirin uygulanması için gerekli olan koşulların varlığı ve dolayısıyla tedbire başvurmayı gerektiren nedenler her uzatma kararında tekrar değerlendirilmelidir.

– İlgiliye, iletişiminin kolluk tarafından denetlendiğine ilişkin sonradan bilgi verilmesi hususunun kanunda düzenlenmesi gerekir. Bu hususun düzenlenmemesi AY m. 40'ta yer alan temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından getirilen güvenceden bireyin yararlanamaması sonucunu doğurur. Özellikle iletişimin denetlenmesine ilişkin yazılı emir hakkında, hakimin aksine karar vermesi söz konusu olduğunda ilgiliye bilgi verilmesi öngörülmeliydi.

<sup>37</sup> Kunter/Yenisey, no. 26. 11-I.

<sup>38</sup> Cihan/Yenisey, s. 207.

<sup>39</sup> Şahin, 379; Özbek, Veli Özer, CMK İzmir Şerhi, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)*, Ankara 2005, s. 563; Centel/Zafer de suçlardan adli kolluğun ve Cumhuriyet Savcılığı'nın haberdar olduğu hallerde, önleme ve adli amaçlı tedbirlerin hangisine başvurulacağına yetki çatışmalarına yol açacağını belirtmektedir. Centel/Zafer, s. 320.



# MUKAYESELİ HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA İNSAN TİCARETİ SUÇU

Olgun DEĞİRMENCİ\*

## I. Genel Açıklamalar

İnsan ticareti, küresel ölçekte insanlığa karşı işlenen hukuka aykırı bir eylem olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>1</sup> Bu fiil, yasa dışı uyuşturucu madde ve silah ticaretinden sonra organize suç örgütleri için yıllık olarak yarattığı 5 ile 7 milyar dolar arasındaki getirisi ile en karlı üçüncü illegal faaliyettir.<sup>2</sup> İnsan ticareti suçu<sup>3</sup> için “modern kölelik” benzetme-

---

\* Kamu hukuku doktoru.

<sup>1</sup> Esohe Aghatise, “Trafficking for Prostitution in Italy, Possible Effects of Government Proposals for Legalization of Brothels”, *Violence Against Women*, Vol. 10, No. 10, October 2004, s. 1126; Micah N. Bump and Julianne Duncan, “Conference on Identifying and Serving Child Victims of Trafficking”, *International Migration*, Vol. 41 (5), 2003, s. 201; John Gittelsohn, “US Sends Strong Message to Those Who Traffic in Human Lives”, *An Electronic Journal of the US Department of State*, Vol. 8, No. 2, June 2003, s. 14.

<sup>2</sup> Bump/Duncan, s. 202; Sherilyn Ann Klueber, *Trafficking in Human Beings: Law Enforcement Response*, The Degree of Master of Science of University of Louisville (Yayınlanmamıştır), Kentucky 2003, s. 5; Keith J. Allred, “Human Trafficking: Breaking the Military Link”, [www.cfc.forces.gc.ca/Profreading/allred.pdf](http://www.cfc.forces.gc.ca/Profreading/allred.pdf), s. 1. (Erişim: 10 Temmuz 2006); Catherine Ferguson, “Women and Children for Sale Identifying the Causes of Human Trafficking”, *A Matter of Spirit Inter Community Peace & Justice Center*, No. 60, Fall 2003, s. 2; Gunilla Ekberg, “The Swedish Law That Prohibits the Purchase of Sexual Services Best Practices for Prevention of Prostitution and Trafficking in Human Beings”, *Violence Against Women*, Vol. 10, No. 10, Ekim 2004, s. 1187; aynı yönde bkz., Hasan Sınar, “İnsan Ticareti Suçu”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2, Sonbahar 2004, s. 184.

<sup>3</sup> Doktrinde Koca, çalışma konumuz olan suç için insan yağması veya sömürüsü kavramının kullanılmasının yerinde olacağını belirtmektedir. Yazara göre söz konusu suçta eylemin maddi menfaat sağlamak amacıyla icrasına bir unsur olarak yer verilmemesi ve eylemin cezalandırılmasının asıl nedeninin insanın alçaltılması,

sinin kullanılması, insan ticaretine yönelen hukuka aykırı eylemlerin suç haline getirilmesinin önemini de vurgulamaktadır.<sup>4</sup> İnsan ticareti suçunun failini suça iten birçok neden bulunmaktadır. Özellikle kadınlar ve kızların fuhuş için, çocukların dilencilik, hırsızlık, hukuka aykırı olarak uluslar arası evlat edinme, pornografik etkinlikler ve yasadışı organ ticareti için kullanılması suretiyle ekonomik getiri sağlanması söz konusu saiklerden en önemlileridir.<sup>5</sup> Ayrıca yasal statülerinin düzenlenmesi amacıyla kandırılarak işçilerin insan onuruna yakışmayan koşullarda çalıştırılması veya suç işlemekte kullanılması da fail veya faillere getiriler sağlamaktadır.<sup>6</sup> Çeşitli amaçlarla kişilerin istismarı olan insan ticaretinin; insan hakları, istihdam politikası, kamu sağlığı, göçmen politikaları ile de yakından ilişkisi bulunmaktadır.

İnsan ticareti suçu sadece ülkelerin sınır güvenliklerini tehdit etmemekte aynı zamanda insanların doğuştan gelen her türlü tehlike ve kontrolden uzak, özgürce yaşama haklarının elinden alınmasına,

---

kişiliğinin yok sayılması ve onun bir eşya gibi yağma konusu haline getirilmesi, bu adlandırmanın sebebidir (Mahmut Koca, "İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 2, 2003, s. 142). Belirtmeliyiz ki, çalışma konumuz olan suç için kullanılan "insan ticareti" isimlendirmesi, kişinin bir mal gibi ticari işleme konu olduğunu belirtmesi açısından yeterli değildir. Nitekim insan ticareti suçunda mağdur, maddi menfaat karşılığı başka kişilere devredilebilirse de, suçun oluşumu için bu gerekli değildir. Ancak uluslararası sözleşmelerde suçu tanımlamak için kullanılan "the crime of trafficking in human beings" kavramının karşılığı olan "insan ticareti" kavramını Türk kanun koyucusunun tercihi doğrultusunda çalışmamızda kullanacağız.

<sup>4</sup> Thanh/Dam Truong ve Maria Belen Angeles, *Searching for Best Practices to Counter Human Trafficking in Africa: A Focus on Women and Children*, Report Commissioned by United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Paris 2005, s. 1.

<sup>5</sup> Aghatise, s. 1127; insan ticaretine maruz kalan çocuklar farklı şekillerde istismar edilmektedirler. Bunlar; a. yasadışı eylemler ve hafif suçların işlenmesinde kullanmak (yankesicilik, hırsızlık, uyuşturucu kaçakçılığında kullanmak, dilencilik), b. ekonomik olarak veya işgücü açısından istismarı (iç hizmetlerde kullanmak, restaurantlar da çalıştırmak, tekstil sektöründe çalıştırmak, çiçek veya aksesuar satımında kullanmak), c. cinsel amaçlı istismarıdır (fuhuş veya porno sektöründe çalıştırmak). Ayrıca yapılan çalışmalarda Almanya ve Büyük Britanya'da çocukların satanist ritüellerde, Almanya ve İtalya'da mağdurların filmde gerçekten öldürüldüğü sinema filmlerinin (snuff movie) yapımında, İtalya ve Yunanistan'da organlarının alınması amacıyla kullanıldığı belirtilmiştir (ayrıntılı bilgi için bkz., Georgina Vaz Cabral, *Trafficking in Unaccompanied Minors in the European Union, A Comparative Approach*, International Organization for Migration (IOM) European Commission/Programme Stop II, September 2003, s. 19, 20).

<sup>6</sup> Aghatise, s. 1127.

özellikle kadın ve çocuk nüfuslarının baskı altında tutulmasına sebep olmaktadır.<sup>7</sup> Dünyada hemen hemen tüm ülkelerin kaynak, hedef veya transit ülke olarak insan ticaretinde kullanıldığı Birleşmiş Milletler raporlarında ifade edilmektedir.<sup>8</sup>

İnsan ticareti suçunun mağdurları genellikle kadınlar ve çocuklardır.<sup>9</sup> İnsan ticareti çoğunlukla az gelişmiş ülkelerden, gelişmiş ülkelere doğru veya göreceli olarak daha yüksek yaşam standartları olan komşu ülkelere doğru olmaktadır. Örneğin Meksika'dan komşusu olan Amerika Birleşik Devletleri'ne doğru insan ticareti yapılmaktadır.<sup>10</sup> Güney Doğu Avrupa'da insan ticaretine maruz kalan kişiler Moldova, Romanya, Arnavutluk ve Bulgaristan gibi bölgenin genellikle yaşam standartları düşük ülkelerindedir.<sup>11</sup> Çin Halk Cumhuriyeti'nde kırsal alandaki yoksulluk, ülke içindeki insan ticaretine sebep olmaktadır.<sup>12</sup> Batı ve Orta Afrika'da yoksulluk, iyi bir geleceğe sahip olmasını sağlamak için ailelerin çocuklarını insan tacirlerine satmalarına neden olmaktadır.<sup>13</sup>

Aralarında birçok benzer noktalar bulunsa da insan ticareti suçu ile göçmen kaçakçılığı suçu birbirinden farklı iki kavramdır ve sıklıkla karıştırılmaktadır. İki suç arasındaki farkları şöyle özetleyebiliriz; her iki suç da uluslararası suçlar bölümünde düzenlenmesine rağmen göçmen kaçakçılığı suçu, devletin göç, istihdam ve sınır güvenliği politikalarına karşı işlenirken, insan kaçakçılığı suçu kişi özgürlüğünü hedef alır. Göçmen kaçakçılığında suçun konusu olan kişinin rızası mevcuttur ve bir suçlu gibi davranır.<sup>14</sup> Tehdit, baskı, şiddet ve cebir unsurlarının

<sup>7</sup> Klueber, s. 5; John R. Miller, "Slave Trade, Combating Human Trafficking", *Harvard International Review*, Winter 2006, s. 71.

<sup>8</sup> 127 ülke insan ticareti için kaynak ülke, 98 ülke transit geçilen ülke ve 137 ülke de hedef ülke olarak belirlenmiştir (Julia Winding ve Dijana Dmitruk, "US and E.U. Responses to Human Trafficking", [www.humanityinaction.org/docs/US\\_and\\_EU\\_responses\\_to\\_Human\\_Trafficking.pdf](http://www.humanityinaction.org/docs/US_and_EU_responses_to_Human_Trafficking.pdf), s. 1. (Erişim: 14 Temmuz 2006).

<sup>9</sup> Bump/Duncan, s. 201; Angelika Kartusch, *Reference Guide for Anti-Trafficking Legislative Review With Particular Emphasis on South Eastern Europe*, Vienna 2001, s. 7; David Macsi, "Human Trafficking and Slavery", *The CQ Researcher*, Vol. 14, No. 12, 26 March 2004, s. 275.

<sup>10</sup> Bump/Duncan, s. 203.

<sup>11</sup> Irena Omelaniuk, *Trafficking in Human Beings*, United Nations Expert Group Meeting on International Migration and Development, New York 6-8 July 2005, s. 2.

<sup>12</sup> Omelaniuk, s. 2.

<sup>13</sup> Omelaniuk, s. 2.

<sup>14</sup> Klueber, s. 4; "Human Trafficking: Recognizing the Victims", *Critical Response Assisting*

varlığı suçu göçmen kaçakçılığından, insan ticaretine dönüştürmektedir.<sup>15</sup> İnsan ticareti suçunda suçun maddi konusu aynı zamanda suçun mağdurudur.<sup>16</sup> İnsan ticareti suçu ülke içinde veya ülkeler arası söz konusu olabilir. İnsan ticaretinde kişilerin fiziksel hareketine gerek yoktur ancak cinsel amaçlı veya işgücünün kötüye kullanılması gereklidir. Bu kapsamda insan ticareti suçunda ülke sınırının geçilmesi mecburiyeti yoktur.

Suç ülke sınırları içerisinde de gerçekleşebilir. Buna karşılık göçmen kaçakçılığı suçu, yapısı gereği bir ülke sınırının geçilmesini gerektirmektedir.<sup>17</sup> Göçmen kaçakçılığı suçu, mağdurun hedef ülkeye ulaşması

---

*Law Enforcement to Meet the Needs of Crime Victims*, Vol. 2, Issue: 3, Winter 2004, s. 4 (Critical Response olarak anılacaktır); Janice G. Raymond, "Intersections Between Migration and Trafficking", *A Comparative Study of Women Trafficked in the Migration Process, Patterns, Profiles and Health Consequences of Sexual Exploitation in Five Countries (Indonesia, the Philippines, Thailand, Venezuela and the United States)*, s. 8; European Network Against Child Trafficking, *A Report on Child Trafficking, Bulgaria, Denmark, Italy, Romania, Spain, United Kingdom*, March 2004 Italia, s. 24 (ENACT olarak anılacaktır).

- <sup>15</sup> Klueber, s. 4; Vaz Cabral, s. 17; ENACT, s. 24; Graeme R. Newman, *The Exploitation of Trafficked Women*, US Department of Justice Office of Community Oriented Policing Services, Problem/Specific Guides Series No. 38, USA 2006, s. 11; David Shirk ve Alexandra Webber, "Slavery Without Borders: Human Trafficking in the US/Mexican Context", *Hemisphere Focus*, Vol. XII, Issue 5, 23 January 2004, s. 1; benzer şekilde bkz., Çetin Arslan, "İnsan Ticareti Kavramı ve bu konudaki Ulusal Mevzuata Genel Bir Bakış", *Türk İdare Dergisi*, S. 444, Eylül 2004, s. 44 (Arslan, İnsan Ticareti Kavramı olarak anılacaktır); Ümit Kocasakal, "İnsan Ticareti Suçu (TCK 201/b)", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, Ocak 2003, s. 40.
- <sup>16</sup> Janice G. Raymond ve Dona M. Hughes, *Sex Trafficking of Women in the United States International and Domestic Trends*, March 2001, s.25; Newman, s. 11; Brian Iselin and Melanie Adams, *Distinguishing Between Human Trafficking and People Smuggling*, *UN Office on Drugs and Crime*, 10 Nisan 2003, [www.unodc.un.or.th/material/document/Distinguishing.pdf](http://www.unodc.un.or.th/material/document/Distinguishing.pdf), s. 4 (Erişim: 1 Temmuz 2006).
- <sup>17</sup> The Protection Project, "Trafficking in Persons or Alien Smuggling?", John Hopkins University School of Advanced International Studies, *An Electronic Journal of the US Department of State*, Vol. 8, No. 2, June 2003, s. 37, 38; Omelaniuk, s. 7; Critical Response, s. 4; Raymond, s. 8; Graycar'a göre insan ticareti suçu ile göçmen kaçakçılığı suçu arasında gri bir alan mevcuttur. Buna göre; kendisine çalışma koşulları ve iş usulleri hakkında yanıltıcı ve açık olmayan bilgiler verilen göçmenlerin istismarı bu gri alanda değerlendirilmektedir (Adam Graycar, "Trafficking in Human Beings", *International Conference on Migration, Culture & Crime*, Israel 7 July 1999, s. 1); Newman, s. 11; Vincenzo Musacchio, "Migration, Prostitution and Trafficking in Women: An Overview", *German Law Journal*, Vol. 05, No. 09, s. 1016; R. Murat Önok, "5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçlar", *Hukuk ve Adalet*, Y. 2, S. 5, Nisan 2005, s. 206, 209.

ile tamamlanırken, insan ticareti suçu hedef ülke veya bölgede istismar sürdüğü müddetçe devam etmektedir.<sup>18</sup>

## II. İnsan Ticareti Suçunun Tanımı

İnsan ticareti suçu, uluslararası metinlerde ve mukayeseli hukukta ülke yasalarında seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Bunun sonucu olarak suçu oluşturan hareketlerden herhangi birinin fail tarafından icrası ile suç oluşacaktır. Ancak insan ticareti tek bir suçtan ziyade bir süreci de ifade etmektedir.<sup>19</sup> Temel olarak insan ticaretinin üç aşamada oluştuğu kabul edilmektedir. Birinci aşama, suça konu olan kişilerin tedariki aşamasıdır. İkinci aşama, tedarik edilen kişilerin hedef ülke veya yere nakledilmesidir. Herhangi bir ülkeye yasadışı giriş yapmak da bu aşamada mütalaa edilmektedir. Son aşama ise istismar aşamasıdır ve mağdura çoğunlukla şiddetin uygulandığı aşama, bu aşamadır.<sup>20</sup>

Ekim 2000’de Amerikan Kongresi tarafından kabul edilen İnsan Ticareti Mağdurları’nın Korunması Kanunu (Trafficking Victims Protection Act of 2000) insan ticaretini genel olarak “*şiddet, baskı, sahtekarlık ve hile ile kişileri, esaret veya benzeri koşullara tabi kılmak, fuhuşa veya cinsel hizmetlere zorlamak, iç hizmetlerde kullanmak şeklinde zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, kötü çalışma koşullarına veya köleliğe varan iş mükellefiyetine tabi kılmak amacıyla kişilerin tedarik edilmesi, kaçırılması, bir yerden bir yere taşınması, barındırılması, sevk edilmesi, satılması veya alınmasını içeren her türlü eylem*” olarak tarif etmiştir.<sup>21</sup>

Daha dar olan tanımlarda insan ticareti sadece cinsel amaçlı istismar için ulusal sınırlar içinde veya sınırı aşacak şekilde insanların hareketini

<sup>18</sup> Önok, s. 209; Kocasakal, s. 41.

<sup>19</sup> Kevin Bales and Steven Lize, Trafficking in Persons in the United States-A Report to the National Institute of Justice- Final Report, Croft Institute for International Studies, University of Mississippi, USA. March 2005, s. 10; United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Trafficking in Persons: Global Patterns*, April 2006, s. 57 (UNODC olarak anılacaktır).

<sup>20</sup> UNODC, s. 57; Newman’a göre insan ticareti suçu dört aşamada gerçekleştirilmektedir. Bu aşamalar; tedarik aşaması, nakil ve giriş aşaması, teslim ve pazarlama aşaması, istismar aşamasıdır (Newman, s. 8, 9).

<sup>21</sup> Bump/Duncan, s. 205; Klueber, s. 4.

içeren uygulamalar olarak tarif edilmiştir.<sup>22</sup>

Başka bir tanımda insan ticareti “şiddet veya şiddet tehdidi ile ekonomik amaçlı istismarı için kişinin kontrolü”nün elde tutulması olarak belirtilmiştir.<sup>23</sup>

Dar ve geniş birçok tanımı bulunmasına rağmen insan ticareti suçunun üç temel unsuru vardır. Bunlar suçu oluşturan hareket, bu hareketleri icrada kullanılan araçlar ve saiktir.<sup>24</sup> Suçu oluşturan hareketler, 2000 tarihli protokole uygun olarak, kişilerin tedarik edilmesi, nakledilmesi, sevk edilmesi, barındırılması ve kabul edilmesidir. Suçu icrada kullanılan araçlar ise; tehdit, kuvvet kullanımı, baskı, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzun kötüye kullanılması, aczinden istifade, mağdur üzerinde kontrol yetkisi olan kişiye bir takım çıkarlar sağlamaktır. Saik ise kişinin istismarıdır. Bu istismar farklı şekillerde olmaktadır. Kişilerin fuhsa yöneltilmesi, cinsel amaçlı istismarı, zorla çalıştırma, köleliğe veya kölelik benzeri koşullara tabi tutma ve organların alınması bu saiklerin içinde anılmaktadır.<sup>25</sup>

### III. Tarihsel Gelişim

İnsan ticareti suçunun tarihte ilk görülüş şekillerinden biri köleliktir. Kölelik, insan medeniyeti kadar eski bir olgudur. Tarihte Mezopotamya, Çin, Mısır ve Hint medeniyetleri gibi büyük medeniyetlerin hemen hemen hepsi köleliği bir yaşam gerçeği olarak kabul etmişlerdir.<sup>26</sup>

İncil ve Büyük Roma ve Yunan düşünürleri, kölelik olgusu karşısında katı bir tutum almadıkları gibi, Aristo gibi bazı Yunan düşünürleri köleliği şiddetle savunmuşlardır.<sup>27</sup> Kölelik Roma ve Yunan İmparatorluk’ları döneminde altın çağını yaşamış ve insan ticareti büyük ve karlı bir endüstri halini almıştır. Atina ve Sparta gibi birçok Yunan şehrinde yaşayan insanların yarısı köle idi. Roma’da kölelik o

<sup>22</sup> Dona M. Hughes and Tatyana Denisova, Trafficking in Women from Ukraine, *University of Rhode Island and Zaporizhia State University Final Report*, 2002, s. 10.

<sup>23</sup> Bales/Lize, s. 10.

<sup>24</sup> Bales/Lize, s. 10.

<sup>25</sup> Ayrıca bkz., Bales/Lize, s. 10.

<sup>26</sup> Masci, s. 282.

<sup>27</sup> Masci, s. 282; aynı yönde bkz., Ahmet Özel, “Tarih Boyunca Savaş Esirleri ve Hukuk”, *İnsan Hakları Araştırmaları*, Y. 2, S. 3, Ağustos/Aralık 2004, s. 82.

kadar yaygındı ki sıradan bir insan bir veya iki köleyi idare edecek mali güce sahipti.<sup>28</sup>

Locke ve Voltaire'e kadar, 17 ve 18. yüzyıllarda insan özgürlüğü ve onurunun tanımları yapılmamış ve bir kimseyi esaret altında tutmanın ahlakiliği sorgulanmamıştır.<sup>29</sup>

15. yüzyılda Avrupalı kaşif ve maceracıların, Asya, Afrika ve Amerika'da yeni bölgelere deniz seyahatleri yapması, kölelik tarihinde yeni bir dönemi başlatmıştır. 1650 yılına kadar, Hollanda, İspanya, Portekiz, Fransa ve İngiltere yeni koloniler kurmuş ve insanları esarete tabi tutmuştur. 1500'lü yılların ortalarından 1800'lü yılların ortalarına kadar yaklaşık 9 milyon Afrikalı, Brezilya ve Küba gibi Latin Amerika ülkelerine, insanlık dışı koşullarda gönderilmiştir.<sup>30</sup>

19. yüzyılın başlarından itibaren köleliğin hukuka aykırılığı tartışılmaya başlanmıştır. 1833 yılında İngiltere, İmparatorluk sınırları içinde köleliği hukuka aykırı hale getirmiştir. 15 yıl sonra, 1848'de Fransa, İngiltere'yi takip ederek kendi kolonilerinde köleliği kaldırmıştır. Amerika Birleşik Devletleri'nde, 1863 yılında Abraham Lincoln'ün, Özgürlük (Azat) Bildirgesi'ni (Emancipation Proclamation) yayınlamasından 2 yıl sonra kölelik kaldırılmıştır. İspanya'da 1873 yılında, Küba'da 1886'da, Brezilya'da ise 1888 yılında kölelik kaldırılmıştır. Uluslararası kuruluşlardan Milletler Cemiyeti 1926'da, Birleşmiş Milletler ise 1948'de İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile köleliği yasaklamıştır.<sup>31</sup> Günümüzde kölelik tüm ülkelerde yasadışıdır ve uluslar arası hukukta emredici nitelikte bir kural (jus cogens)<sup>32</sup> haline gelmiştir.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Masci, s. 282.

<sup>29</sup> Masci, s. 285.

<sup>30</sup> Masci, s. 285.

<sup>31</sup> Masci, s. 283.

<sup>32</sup> Jus Cogens ilkesi ilk kez Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesinde yer almıştır. Sözleşme jus cogens ilkesini; uluslar arası toplum tarafından tanınan ve herhangi bir çekinceye bağlı kalmaksızın kabul edilen ancak uluslar arası hukukun aynı karaktere sahip bir normu tarafından değiştirilebilen bir norm olarak tanımlamıştır. İlke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Jan Wouters ve Sten Verhoeven, The Prohibition of Genocide as a Norm of Ius Cogens and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide, *The Institute for International Law of Faculty of Law of the University of Leuven*, Working Paper No. 69-January 2005.

<sup>33</sup> Masci, s. 287; uygulamada köleliğin halen sürdüğü görülmektedir. Moritanya'da 1980 yılında kölelik yasadışı ilan edildiği halde, uygulamada kalkmamıştır. Mısır ve Benin'de köleler hala pamuk toplamakta, Fildişi Sahillerinde kakao ekmekte, Sierra

İslam hukukunda da kölelik tek yanlı ve kesin bir kararla kaldırılmamıştır. Ancak köleliğin kaynağı yalnız savaş haline bağlanmıştır. Ayrıca İslam hukukunda köle, annenin statüsüne tabidir. Yani köle anneden doğan kişi köle olarak yaşamına devam edecektir. Bu kuralın istisnası hür bir baba ile onun cariyesinden doğan çocuğun hür sayılmasıdır.<sup>34</sup> Ayrıca esirlere karşı baskı ve işkence yaşağı da İslam hukukunda mevcuttur.<sup>35</sup>

Osmanlı topraklarında köle ve cariye ticareti yapan kişiler özellikle I. Murad döneminden itibaren görülmeye başlanmıştır. Savaşların ardından devletin beşte birlik payının dağıtılmasını müteakip kalan kişiler savaş meydanında tacirlere satılmaktaydı. Savaş esirlerinin yanı sıra kaçırılan kişiler de şehir merkezlerinde esir tacirlerince satılmaktaydı. Kölelik 1847 yılında yayınlanan bir fermanla Osmanlı topraklarında son bulmuştur.<sup>36</sup>

#### IV. İnsan Ticareti Suçu İle İlgili Uluslararası Düzenlemeler

İnsan ticareti sorunu, sınır aşan özelliği nedeniyle birçok uluslar arası sözleşmede düzenlenmiştir. İnsan ticaretine karşı polisiye tedbirleri düzenleyen ilk sözleşme 18 Mayıs 1904 tarihli Beyaz Kadın Ticareti'nin Kaldırılması için Uluslararası Anlaşma (International Aggrement for the Suppression of the "White Slave Traffic")'dır.<sup>37</sup> Sözleşme taraflara ahlak dışı nedenlerle yurt dışından kadın veya kız tedarik edilmesi ile ilgili bilgilerin koordinesinden sorumlu bir makam kurma zorunluluğu getirmektedir.

---

Leone'de elmas madenlerinde çalışmakta, Uganda ve Kongo'da isyancılar için asker olmaya zorlanmaktadır (Masci, s. 290); savaş esirleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Özel, s. 94 vd.

<sup>34</sup> Hamdi Yusufoglu, "Köle, kölelik", [www.sevde.de/islam\\_Ans/k/k2/kole.htm](http://www.sevde.de/islam_Ans/k/k2/kole.htm), (Erişim: 28 Haziran 2006).

<sup>35</sup> Özel, s. 88, 89.

<sup>36</sup> [www.tr.wikipedia.org/wiki/Osmanl%C4%B1'da\\_k%C3%B6lelik.htm](http://www.tr.wikipedia.org/wiki/Osmanl%C4%B1'da_k%C3%B6lelik.htm), (Erişim: 21 Haziran 2006).

<sup>37</sup> Ivana Trávníčková/Marina Luptáková/Václav Nečada/Hana Přesličková/Karla Trdicová, Trafficking in Women: The Czech Republic Perspective, *Institute for Criminology and Social Prevention*, Prague April 2004, s. 36; Phyllis Coontz ve Catherine Griebel, "International Approaches to Human Trafficking: The Call for a Gender/Sensitive Perspective in International Law", *Women's Health Journal*, 4/2004, s. 49.



Ayrıca sözleşme ile yakınlarının talebi halinde söz konusu kadınların ülkelerine gönderilmesini sağlamak taraf devletler için zorunlu kılınmıştır.<sup>38</sup>

Yaklaşık 6 yıl sonra 4 Mayıs 1910 tarihinde “beyaz kadın ticaretini” düzenleyen ikinci uluslararası sözleşme (International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic) akdedilmiştir. Bu sözleşmede dikkat çekici özellik, 18 Mayıs 1904 tarihli sözleşmenin aynı ad ile bu sözleşmeye ek olarak yayınlanmasıdır. Sözleşmenin amacı giriş bölümünde; “beyaz kadın ticareti”<sup>39</sup> olarak bilinen “insan ticaretinin kaldırılması için en etkili adımları atmak” olarak belirtilmiştir. Sözleşmede rızaları olsa bile yaşı küçük kadın ve kızların başkalarının cinsel arzularının tatmini için ahlak dışı amaçlarla kandırılması veya tedarik edilmesi suç olarak düzenlenmiş ve cezalandırılması taraf devletlerden istenmiştir. Yaşı küçük olmayan kadın ve kızların ise hile veya şiddet veya tehdit veya yetkinin kötüye kullanılması veya herhangi surette bir cebir ile fuhuş amacıyla kullanılması veya tedarik edilmesi cezalandırılacak bir eylem olarak düzenlenmiştir. Ayrıca cezalandırılacak eylemlerin bazılarının farklı ülke sınırları içerisinde gerçekleştirilmesinin bir önemi bulunmadığı belirtilmiştir.<sup>40</sup>

Birinci Dünya Savaşı’nın sona ermesinden sonra Milletler Cemiyeti bünyesinde 30 Eylül 1921 tarihinde Kadın ve Çocuk Ticareti’nin Engellenmesi Uluslararası Sözleşmesi (International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children) imzalanmıştır. Sözleşmeye göre taraflar kadın ticaretine maruz kalan kişileri tespit etmek için uygun tedbirleri almakla yükümlü kılınmışlardır. Sözleşmede 1910 tarihli sözleşmenin 1 ve 2. maddesine uygun olarak, insan ticareti suçunun kavramsal unsurları tanımlanmıştır. Sözleşmenin, 1910 tarihli

<sup>38</sup> Trávníčková/Luptáková/Nečada/Présličková/Trdlicová, s. 36; aynı şekilde bkz., Fafo Institute for Applied International Studies, *Trafficking in Children for Labour and Sexual Exploitation in the Balkans and Ukraine*, Geneva 2004, s. 6 (Fafo olarak anılacaktır); Global Alliance Against Traffic in Women, *Human Rights and Trafficking in Persons: A Handbook*, Bangkok 2000, s. 20; Annuska Derks, *Combating Trafficking in South-East Asia, A Review of Policy and Programme Responses*, *International Organization for Migration*, Switzerland 2000, s. 8; Coontz/Griebel, s. 49.

<sup>39</sup> “Beyaz Kadın Ticareti” (White Slave Trade) ilk kez 19. yüzyılın sonunda Josephine Butler gibi feminist eylemciler tarafından rıza hilafına yapılan fuhuşu ifade etmek için kullanılmıştır (Derks, s. 8).

<sup>40</sup> Trávníčková/Luptáková/Nečada/Présličková/Trdlicová, s. 35; Coontz/Griebel, s. 49.

sözleşmeden farkı, suçun konusundadır. 1921 sözleşmesinde düzenlenen suçun konusu sadece kadınlar değil, çocuklar ve erkeklerdir. 1921 sözleşmesinde göze çarpan diğer bir fark ise, teşebbüsün ve iştirakin de cezalandırılacak olduğunun ifade edilmesidir.<sup>41</sup>

11 Ekim 1933 tarihinde kadın ve çocuk ticaretini engellemek için yeni bir uluslararası sözleşme (International Convention for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age) akdedilmiştir. Sözleşmenin 1. maddesinde, başkasının arzularını tatmin etmek için rüştüne ermiş kız ya da kadını, rızası olsa dahi, ahlak dışı amaçlar için tedarik eden, kandıran veya buna izin veren kişinin, suçu oluşturan eylemler farklı ülkelerde işlense dahi cezalandırılacağı belirtilmiştir. Sözleşmenin 2. maddesinde ise, halihazırdaki hukuk sistemleri 1. maddede yer alan eylemleri cezalandırmak için yeterli olmayan tarafların, söz konusu eylemleri cezalandırmaları için gerekli adımları atması istenmiştir.<sup>42</sup>

Milletler Cemiyeti tarafından 1937 yılında hazırlanan öneriyi temel alan 2 Aralık 1949 tarihli "*İnsan Ticaretinin ve Fuhuş Amacıyla İstismarın Önlenmesi Sözleşmesi*" (Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others), kendisinden önceki sözleşmelerin önemli hükümlerini birleştiren bir sözleşmedir. Sözleşme, taraflarına fuhuş amaçlı insan ticareti ile uğraşan ve destekleyenlerin kovuşturulması ve cezalandırılması yükümlülüğünü getirmektedir. Sözleşmenin 1. maddesinde; başkalarının arzularını tatmin etmek için a. mağdurun rızası ile olsa bile, fuhuş amaçlı kişi tedariki, kandırılması veya müsaade edilmesi, b. rızası olsa bile kişinin fuhuş amaçlı istismarının cezalandırılması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca sözleşmenin 3. maddesine göre, ulusal hukukun müsaade ettiği ölçüde 1 ve 2. maddede yer alan eylemlere teşebbüs veya iştirakin de cezalandırılması gerekmektedir.<sup>43</sup>

20 Kasım 1989 tarihinde New York'ta kabul edilen ve 2 Eylül 1990'da yürürlüğe giren Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin<sup>44</sup> 35. maddesinde, çocuğa

<sup>41</sup> Trávníčková/Luptáková/Nečada/Přesličková/Trdlicová, s. 37; Coontz/Griebel, s. 49.

<sup>42</sup> Trávníčková/Luptáková/Nečada/Přesličková/Trdlicová, s. 38; Coontz/Griebel, s. 49.

<sup>43</sup> Trávníčková/Luptáková/Nečada/Přesličková/Trdlicová, s. 39.

<sup>44</sup> Türkiye Cumhuriyeti tarafından 9 Aralık 1994 tarih ve 4058 sayılı kanunla onaylanmıştır. Kanun 27 Ocak 1995 tarih ve 22184 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır.

yönelik insan ticareti niteliğindeki eylemler düzenlenmiştir.<sup>45</sup> 35. maddeye göre; “*Taraf devletler, herhangi bir amaçla veya herhangi bir biçimde, çocukların kaçırılmaları, satılmaları veya fuhuşa konu olmalarını önlemek için ulusal düzeyde ve ikili ve çok taraflı ilişkilerde gereken her türlü önlemleri al(mak)*” zorundadır.

Palermo Protokolü olarak da bilinen “*İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol*”, Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan “*Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*”ne ek olarak oluşturulmuştur ve protokolün 1. maddesi sözleşmenin uygulama alanını insan ticareti suçlarını da kapsayacak şekilde genişletmektedir.<sup>46</sup> Sözleşmenin uygulama alanının protokolü de kapsayacak şekilde genişletilmesinin en önemli sonuçlarından birisi, sözleşmede yer alan delillerin elde edilmesi, suçluların iadesi ve suç gelirlerinin müsadereesi gibi düzenlemelerin protokol açısından da geçerli olmasıdır.

Protokol insan ticareti suçunu tanımlamış ve buna benzer davranışların taraf devletler tarafından suç halinde düzenlenmesi yükümlülüğünü getirmiştir (m. 3, 5).

Protokol insan ticaretini; “*kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması anlamına gelir*” olarak tanımlamaktadır. İnsan ticareti başka bir anlatımla, “*farklı araçlarla, kişileri istismar etmek için yerlerinin değiştirilmesi*”<sup>47</sup> olarak tanımlanmaktadır. Tanım kişilerin tedarik edilmesinden, istismarına kadar

---

Türkiye Cumhuriyeti, sözleşmenin 17, 29 ve 30. maddeleri hükümlerini Anayasa’ya ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama hakkını saklı tutmuştur.

<sup>45</sup> Trávníčková/Luptáková/Nečada/Présličková/Trdlicová, s. 40.

<sup>46</sup> Aynı şekilde bkz., Gerald Staberock, “The Palermo Protokol: Protokol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and Other Relevant Instruments”, *Criminal Law Reform to Combat and Prevent Trafficking in Human Beings in South-Eastern Europe, Lara Regional Seminar, Zagreb, 2-4 April 2003 Proceedings*, s. 15.

<sup>47</sup> Staberock, s. 15.

birbirine bağılı birçok hareketten oluşmakta olup zincir içindeki tüm kişiler suçun şeriki değil, failidirler.<sup>48</sup>

İnsan ticareti suçunun çok boyutlu yapısının sonucu olarak, suç ile doğrudan veya dolaylı olarak ilgili sözleşmeler sadece yukarıda yer alanlar ile sınırlı değildir. Örneğin zorla çalıştırmaya ilişkin Uluslararası Göç Örgütü'nün 29 ve 105 numaralı sözleşmeleri; göçmen işçilerle ilgili Göçmen İşçiler ve Ailelerinin Haklarının Korunması Uluslararası Sözleşmesi; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi; Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi; çocuk işçilere yönelik Uluslararası Göç Örgütü'nün 182 numaralı sözleşmesinde yer alan bazı hükümler de insan ticareti suçu ile ilgilidir.<sup>49</sup>

## V. Mukayeseli Hukukta İnsan Ticareti Suçunun Düzenlenişi

2002 yılında Avrupa Birliği'nin, insan ticareti ile ilgili cezai hükümlerde minimum standartları düzenleyen Çerçeve Kararı'nın kabul edilmesinden sonra birçok üye ülke mevzuatlarını söz konusu karara uygun olarak düzenlemiştir. Çerçeve Karar, insan ticaretinin, suistimal, nakletme ve tedarik etme gibi değişik görünüşlerini cezalandırmıştır. Bunun üzerine bazı ülkeler bu kararda yer alan yöntemi takip ederek insan ticaretini tüm araç ve amaçları kapsayacak şekilde tek madde halinde düzenlemişlerdir. Bazı ülkeler ise kanunlaştırma faaliyetlerinde değişik yöntemler izlemişlerdir. Avrupa Birliği ülkelerinde insan ticareti suçunu düzenleme yönünde ortaya çıkan eğilimler şunlardır. Birinci grup ülkeler, yukarıda da bahsettiğimiz üzere Çerçeve Karar'ın yöntemini takip etmişler ve insan ticareti suçunun tüm görünüşlerini tek bir maddede düzenlemişlerdir. Bunlara örnek olarak Hollanda, Slovenya, Çek Cumhuriyeti, Macaristan gösterilebilir. Ancak birinci gruba dahil ülkelerden bazılarında esaret ile ilgili hükümlerin ayrı maddelerde düzenlendiği görülmektedir. Örneğin Avusturya (CK m. 104), İspanya (CK m. 607bis), Portekiz (CK m. 159), Slovenya (CK m. 387) ve Hollanda (CK m. 274)'da esaret ile ilgili özel hükümler bulunmaktadır. İkinci grupta bulunan ülkeler insan ticareti suçunun değişik görünüşlerini farklı maddelerde düzenlemişlerdir. Örneğin Litvanya, CK'nın 147. maddesinde kişinin transferini düzenlerken, 292. maddesinde sınır

<sup>48</sup> Staberock, s. 15.

<sup>49</sup> Truong/Angeles, s. 19.

ötesine yasa dışı naklini, 307. maddesinde cinsel amaçlı istismarını cezalandırmaktadır. Üçüncü grupta bulunan ülkeler, insan ticaretini amacına göre farklılaştırmaktadır. Organ ticareti söz konusu ise bu farklı bir suç olarak düzenlenmiştir. Örneğin Almanya’da iş gücünün istismarı veya cinsel amaçlı istismar iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Organ ticareti Almanya’da Organ Ticareti Kanunu’nda düzenlenmektedir (m. 17-18). İtalya ve Birleşik Krallıkta, cinsel istismar amacıyla insan ticareti, cinsel amaçlı suçlar arasında ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Son grupta bulunan ülkelerde çocuk ticareti ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Örneğin İrlanda (1998 tarihli Çocuk Ticareti Kanunu m. 3), Estonya (CK m. 173) ve Slovakya (CK m. 216b).<sup>50</sup>

Kanada, 15 Aralık 2000’de Palermo Sözleşmesi’ni imzaladıktan sonra ceza kanununda birçok değişiklik yapmıştır. Bu değişiklik özellikle organize suç örgütlerinin çökertilmesini amaçlayan suç kaynaklı gelirlerin aklanması (Kanada Ceza Kanunu (KCK) m. 462. 31), suç gelirlerinin ele geçirilmesi (KCK m. 462. 37) gibi hükümleri kapsamaktadır. KCK’da ne insan kaçakçılığını ne de insan ticaretini müeyyidelendiren bir hüküm bulunmamaktadır. İnsan ticareti suçu Kanada’da 28 Haziran 2002 tarihinde yürürlüğe giren Göçmen ve Mülteci Korunması Kanunu (Immigration and Refugee Protection Act)’nda düzenlenmiştir.<sup>51</sup>

Amerika Birleşik Devletleri, insan ticareti suçunu ayrı bir kanunda düzenleyen ülkeler arasındadır. İnsan Ticareti Mağdurları’ nın Korunması Kanunu, insan ticaretini bir suç olarak düzenlemesinin yanı sıra, insan ticareti suçunun faillerinin kovuşturulması ve cezalandırılması ile bu tür eylemlerin önlenmesi için mağdurların korunması ve rehabilitasyonunu da düzenlemektedir.<sup>52</sup>

Bulgaristan 1968 tarihli Ceza Kanunu’na 2000-2002 yılları arasında yapmış olduğu eklemeler ile insan ticareti suçunu düzenlemiştir. “İnsan Ticareti” başlıklı 9. Kısım, “Kişiliğe Karşı Suçlar” başlıklı 2. Bölümde 159a maddesi ülke içinde işlenen insan ticareti suçlarını, 159b maddesi sınır aşan nitelikli insan ticareti suçlarını, 159c maddesi ise tekerrür halinde

<sup>50</sup> Boudewijn de Jonge, Eurojust and Human Trafficking-The State of Affairs, University of Amsterdam, Amsterdam 2005, s. 20, 21.

<sup>51</sup> Christine Bruckert ve Colette Parent, *Organized Crime and Human Trafficking in Canada: Tracing Perceptions and Discourses*, Ottawa 2004, s. 12.

<sup>52</sup> John R. Miller, “The United States’ Effort to Combat Trafficking in Persons”, *An Electronic Journal of the US Department of State*, Vol. 8, No. 2, June 2003, s. 6.

işlenen veya bir organize suç örgütü tarafından işlenen insan ticareti suçlarını yaptırım altına almaktadır.<sup>53</sup>

Arnavutluk hukukunda insan ticareti suçunu düzenleyen üç ayrı hüküm bulunmaktadır. Bunlar genel olarak insan ticaretini düzenleyen CK m. 110,<sup>54</sup> fuhuş amaçlı kadın ticaretini düzenleyen CK m. 114b<sup>55</sup> ve çocuk ticaretini düzenleyen CK m. 128b'dir.<sup>56</sup> Arnavut CK'nın 110a maddesi insan ticaretini "maddi çıkar veya diğer herhangi bir çıkar amacıyla insanın ticareti" olarak tanımlamaktadır. Ceza kanununda yer alan tanım çok muğlak ve geniş olduğu yönünde doktrinde eleştirilmiştir. Bu haliyle insan ticareti ile göçmen kaçaklığı arasındaki farkın maddeden çıkarılmasının imkansız olduğu belirtilmiştir.<sup>57</sup>

Hırvat Ceza Kanunu'nda insan ticareti suçu ile bağlantılı üç suç düzenlenmiştir. Bunlar; 177. maddede düzenlenen kişilerin ülke sınırlarından yasadışı sevki, 178. maddede düzenlenen uluslar arası fuhuş ve son olarak 175. maddede düzenlenen köleliğe tabi kılma ve kölelerin nakli. Ancak söz konusu suçlardan hiç birisi Palermo Protokolü'nde yer alan insan ticareti suçu tanımını karşılamamaktadır.<sup>58</sup>

İnsan ticareti ile ilgili detaylı hükümleri yeni ceza kanununa dahil eden Moldova'da, genel olarak insan ticaretini düzenleyen bir hükmün yanı sıra (CK m. 165), çocuk ticareti (CK m. 206), fuhuş için aracılık etmek

<sup>53</sup> ENACT, s. 30; Bulgar hukuku için ayrıca bkz., Georgina Vaz Cabral Jaritz, "International and National Expert Opinions and Comments on Criminal Law Reform in South-Eastern Europe-Bulgaria", *Criminal Law Reform to Combat and Prevent Trafficking in Human Beings in South-Eastern Europe, Lara Regional Seminar, Zagreb, 2-4 April 2003 Proceedings*, s. 28.

<sup>54</sup> 7 Ocak 1995 tarih ve 7895 sayılı Ceza Kanunu'na, 24 Ocak 2001 tarih ve 8733 sayılı Kanun'un 28. maddesi ile ilave edilmiştir.

<sup>55</sup> 7 Ocak 1995 tarih ve 7895 sayılı Ceza Kanunu'na, 24 Ocak 2001 tarih ve 8733 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile ilave edilmiştir.

<sup>56</sup> 7 Ocak 1995 tarih ve 7895 sayılı Ceza Kanunu'na, 24 Ocak 2001 tarih ve 8733 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile ilave edilmiştir.

<sup>57</sup> Maria Grazia Giammarinaro, "International and National Expert Opinions and Comments on Criminal Law Reform in South-Eastern Europe-Albania", *Criminal Law Reform to Combat and Prevent Trafficking in Human Beings in South-Eastern Europe, Lara Regional Seminar, Zagreb, 2-4 April 2003 Proceedings*, s. 18.

<sup>58</sup> Gerald Staberock, "International and National Expert Opinions and Comments on Criminal Law Reform in South-Eastern Europe-Croatia", *Criminal Law Reform to Combat and Prevent Trafficking in Human Beings in South-Eastern Europe, Lara Regional Seminar, Zagreb, 2-4 April 2003 Proceedings*, s. 34 (Staberock, Croatia olarak anılacaktır).

(CK m. 220), çocuğun yurtdışına yasadışı nakli (CK m. 207), adam kaçırmaya (CK m. 164), zorla çalıştırma (CK m. 168) da düzenlenmiştir.<sup>59</sup>

## VI. İnsan Ticaretinin Tahmini Boyutları

İnsan ticareti suçu çoğunlukla ve zorunlu olarak organize suç örgütleri tarafından işlendiğinden dolayı, dünya genelinde yasa dışı insan ticaretinin boyutları konusunda kesin istatistikler mevcut değildir.<sup>60</sup> Ayrıca insan ticareti suçunun doğası gereği gizli olması, olayların tespitinde ve kayıtlara girilmesindeki sorunlar, insan ticareti suçuna ilişkin güvenilir istatistiklerin tutulmasını güçleştirmektedir.<sup>61</sup> Toplanan bazı istatistiklerin ülkeler arası hareketi içermesi ve ülke içindeki insan ticaretini göz ardı etmesi, bazılarının ise belli bir andaki rakamları içermesinden ve yıl geneline yayılmamasından dolayı hatalar içerdiği belirtilmektedir.<sup>62</sup> Problemin boyutlarını tespit etmek için değişik yöntem-bilimler kullanılmaktadır. 2000 yılında yapılan bir çalışmada dünya çapında her yıl 700.000 ile 4 milyon arasında kadın ve çocuğun yasa dışı insan ticaretine maruz kaldığı ifade edilmiştir.<sup>63</sup> Amerikan Adalet Bakanlığı'nın 1998 yılı tahminlerine göre ise dünya çapında yıllık 700.000 ile 1 milyon arasında kadın ve çocuk, insan ticaretine maruz kalmaktadır. Amerika'da eyaletler arasında ve Amerika'ya yapılan kadın ve çocuk ticaretinin miktarı ise yıllık 50.000 olarak tahmin edilmektedir.<sup>64</sup>

<sup>59</sup> Maria Grazia Giammarinaro, "International and National Expert Opinions and Comments on Criminal Law Reform in South-Eastern Europe-Moldova", *Criminal Law Reform to Combat and Prevent Trafficking in Human Beings in South-Eastern Europe, Lara Regional Seminar, Zagreb, 2-4 April 2003 Proceedings*, s. 45 (Giammarinaro, Moldova olarak anılacaktır).

<sup>60</sup> Bump/Duncan, s. 203; Omelaniuk, s. 1.

<sup>61</sup> Mike Kaye, *The Migration/Trafficking Nexus, Combating Trafficking Through the Protection of Migrants' Human Rights*, United Kingdom 2003, s. 4.

<sup>62</sup> Kaye, s. 4.

<sup>63</sup> Bump/Duncan, s. 203; Omelaniuk, s. 1; Janice G. Raymont, "Introduction", *A Comparative Study of Women Trafficked in the Migration Process, Patterns, Profiles and Health Consequences of Sexual Exploitation in Five Countries (Indonesia, the Philippines, Thailand, Venezuela and the United States)*, s. 1; Jennifer Margaret Cameron, *Reframing Development? Human Trafficking Prevention in Thailand and Cambodia*, The Norman Paterson School of International Affairs, A Thesis of Master of Arts (Yayınlanmamıştır), Ottawa 2004, s. 18.

<sup>64</sup> Klueber, s. 1; *Assessment of US Activities to Combat Trafficking in Persons, USA*. August 2003, s. 3; Omelaniuk, s. 1.

2003 Mayıs ayında Amerikan Hükümeti tarafından yapılan başka bir tahminde Amerika Birleşik Devletleri'ne yıllık olarak 18.000 ila 20.000 arasında kişinin insan ticareti yolu ile sokulduğu ifade edilmektedir.<sup>65</sup> Uluslararası Göç Örgütü ve bazı hükümet dışı kuruluşlar, 2001 yılında insan ticaretine maruz kalan kadın ve çocuk sayısının 2 milyon olduğunu belirterek, insan ticaretine maruz kalan kişi sayısının Amerikan Adalet Bakanlığı tahminlerinden daha fazla olduğunu ifade etmiştir.<sup>66</sup>

## VII. Suç İle Korunan Hukuki Menfaat

İnsan ticareti suçunda korunan hukuki yarar birden fazladır. İnsanın doğuştan gelen ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile garanti altına alınan hakları ve onuru öncelikle korunan hukuki menfaatlerdendir.<sup>67</sup> İnsan ticareti suçu ile kişinin iradesi ifsada uğratılmakta, rızası elde edilmekte ve bu suretle bir takım özgürlükleri kısıtlanmaktadır. Dolayısıyla suç ile korunan hukuki menfaat; kişinin irade özgürlüğü (iç özgürlüğü) ve serbestçe hareket edebilme hürriyetidir (dış özgürlüğü).<sup>68</sup> Ayrıca cinsel amaçlı istismarda kamu sağlığı ve kamu ahlakı da korunan menfaatlerdendir.<sup>69</sup> Geniş anlamda ise, insan ticareti suçu ile kamu düzeni korunmaktadır.<sup>70</sup>

## VIII. İnsan Ticareti Suçunun Unsurları

### A. Genel Olarak

İnsan ticareti ile mücadelede en etkin yollardan birisi insan ticareti eylemlerinin ülke mevzuatlarında suç olarak düzenlenmesidir. Ancak

<sup>65</sup> *Assessment of US Activities to Combat Trafficking in Persons*, s. 3; Amerikan Hükümeti tarafından yapılan iki tahmin arasındaki göze çarpan farklılık insan ticareti suçundaki yeni eğilimlerden ziyade verilerin toplanması ve değerlendirilmesindeki gelişmelerden kaynaklanmaktadır (*Assessment of US Activities to Combat Trafficking in Persons*, s. 4).

<sup>66</sup> Klueber, s. 1; İnsan ticareti suçunun mağdur ve failleri konusunda bölgelere göre yapılan çalışmalar için bkz., Frank Laczko ve Elzbieta Gozdziaik (Editors), *Data and Research on Human Trafficking: A Global Survey*, Special Issue of International Migration, Vol. 43 (1/2), Switzerland 2005, s. 1 vd. farklı rakamlar için bkz., Graycar, s. 1.

<sup>67</sup> Önok, s. 207; benzer şekilde bkz., Arslan, s. 156; Koca, s. 146.

<sup>68</sup> Koca, s. 146; Kocasakal, s. 60.

<sup>69</sup> Önok, s. 207.

<sup>70</sup> Çetin Arslan, "İnsan Ticareti Suçu (TCK m.201/b)", *Türk İdare Dergisi*, S. 446, Mart 2005, s. 156.



bu durum insan ticareti ile mücadelede ilk adımlardan birisidir ve tek başına yeterli değildir. Mücadele için kurulmuş etkin bir idari yapı, güçlü bir hukuk sistemi ve güvenilir soruşturma ve kovuşturma birimleri de mücadele için olmazsa olmaz unsurlar arasındadır. Bu konudaki araştırmalar göstermektedir ki, adli ve idari kollukların insan ticareti failleri ile ortak çalıştığı olay sayısı çok fazladır. 2003 yılında Rusya’da insan ticareti ile uğraşan her bir suç örgütünün ayda yaklaşık 100.000 dolar kazandığı ve bu oranın % 50 ile 70’ini rüşvet olarak Rus kamu görevlilerine verdiği ifade edilmektedir. Ayrıca delil bulmanın zorluğu, suç mağdurlarının çoğunlukla sessiz kalmayı tercih etmesi, ülkelerin ekonomik yapıları, ailenin kişi üzerindeki yetkisini kötüye kullanması gibi nedenler de, insan ticareti suçu ile mücadeledeki zorluklardan-  
dır.<sup>71</sup>

Palermo Protokolü, ülkemiz tarafından 13 Aralık 2000 tarihinde imzalanmış ve 30 Ocak 2003 tarih ve 4804 sayılı kanun<sup>72</sup> ile onaylanarak iç hukuka aktarılmıştır. Protokolün 3. maddesinde yer alan “*insan ticareti*” tanımı ilk kez 2001 TCK tasarısına göçmen kaçakçılığı suçu ile birlikte eklenmiştir. İnsan ticareti suçu hukukumuzda ilk kez 3 Ağustos 2002 tarih ve 4771 sayılı kanunun<sup>73</sup> 2. maddesi gereğince 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’na 201b maddesinin eklenmesi ile düzenlenme imkanına kavuşmuştur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan düzenlemeyi unsurları açısından korumuştur.<sup>74</sup> “*İnsan Ticareti*” suçu, Türk Ceza Kanunu’nun ikinci kitabının, “*Uluslararası Suçlar*” başlıklı birinci kısmının “*Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*” başlıklı ikinci

<sup>71</sup> Emily E. Schuckman, “Antitrafficking Policies in Asia and the Russian Far East : A Comparative Perspective”, *Demokratizatsiya*, Vol. 13, s. 87; benzer şekilde bölgesel çatışmaların olduğu bölgelerde konuşlandırılan Birleşmiş Milletler Barışı Koruma Gücü ve uluslararası polisin insan ticareti faaliyetlerini teşvik ettiği ifade edilmiştir. Özellikle Bosna-Hersek’te savaş sonrası (1995’den sonra) 8 yıl boyunca cinsel amaçlı kadın ve kız ticaretinin arttığı belirtilmiştir. Uluslararası polis, insan tacirlerinden rüşvet kabul ederek, kadın alım-satımına iştirak ederek, mağdur kadınların hizmet verdiği yerlerden hizmet satın alarak insan tacirlerinin işlerini kolaylaştırmaktadır (H. Patricia Hynes, “On the Battlefield of Women’s Bodies: An Overview of the Harm of War to Women”, *Women’s Studies International Forum* 27, 2004, s. 440; United States of America, Department of State, *Trafficking in Persons Report*, June 2005, s. 11).

<sup>72</sup> 4 Şubat 2003 tarih ve 25015 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanmıştır.

<sup>73</sup> 9 Ağustos 2002 tarih ve 24841 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanmıştır.

<sup>74</sup> Sınar, s. 185.

bölümünde, 80. maddede düzenlenmiştir.<sup>75</sup> Madde metninde suç; “(1) Zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmak, vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla, tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzunu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri tedarik eden, barındıran kimseye sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası verilir. (2) Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir. (3) On sekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir. (4) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile 765 sayılı TCK’nın 201b maddesinden, kanun koyucu iki yönden ayrılmıştır. Birincisi suçun yaptırımını yönündendir. 765 sayılı TCK’da suçun yaptırımı “beş yıldan on yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası” iken, 5237 sayılı TCK’da suçun basit şeklinin yaptırımını artırılarak hapis cezası sekiz yıldan on iki yıla çıkarılmış ve on bin güne kadar adli para cezası verilmesi hükme bağlanmıştır. İkinci olarak; 201b maddesinin son fıkrasında bulunan ve suçun örgütlü olarak işlenmesi halinde cezanın artırılacağını düzenleyen hüküm çıkarılmış ve yeni düzenlemede son fıkrada suçtan dolayı tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanacağına ilişkin hükme yer verilmiştir.<sup>76</sup>

## B. Fail

İnsan ticareti suçu fail bakımından bir özellik göstermemektedir.<sup>77</sup> Söz konusu suçun faili herkes olabilir.

İnsan ticareti suçunu oluşturan maddi hareketlere göre failleri

<sup>75</sup> 765 sayılı TCK’nda insan ticareti suçu “Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar” arasında düzenlenmekte iken 5237 sayılı TCK’nda “Uluslararası Suçlar” başlığı altına alınmıştır.

<sup>76</sup> Bkz., Sınar, s. 185, 186; Önok, s. 206, 207.

<sup>77</sup> Bkz., Önok, s. 207; Arslan, s. 157; Koca, s. 147; Kocasakal, s. 61; Hakan Hakeri, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a ve 201/b)”, *Kamu Hukuku Arşivi*, C. VII, S. 1, Mart 2004, www.akader.org/khuka, (par. 83) (Erişim: 15 Ağustos 2006).

şu şekilde tespit edebiliriz; “Tedarik eden” olası mağdurları bulan ve kaynak ülkede çalışan kişidir. Araştırmalar tedarik edenin, mağdur ile genellikle aynı bölgeden gelen, aynı kültürün üyesi ve yerel toplumda saygı duyulan bir kişi olduğunu göstermiştir.<sup>78</sup> Ayrıca tedarik edenin, mağdur ile yakın ilişkide bulunduğu ve yabancı biri olmadığı da bilinmektedir.<sup>79</sup> Tedarik edenin insan ticareti suçunda rolü iki şekilde ortaya çıkar. Öncelikle tedarik eden, mağdura iş teklifini yapmakta ve mağduru başka bir kişiye devretmektedir. İkinci olarak mağdurun diğer kişiler ile irtibatını sağlamaktadır.<sup>80</sup>

“Kaçırın”, mağdurun veya mağdur üzerinde hukuki yetkiye sahip olan kişilerin rızası hilafına, mağduru hukuki alanından çıkarıp kendi hukuki alanına sokan kişidir. Kaçırma fiili de sonuç olarak mağdurun tedarikine yönelik olmasına rağmen, mağdurun rızasının olmamasından dolayı gerek Palermo Protokolü’nde gerekse de madde metninde ayrıca zikredilmiştir.

“Bir yerden başka bir yere götüren (nakleden)”, mağdurların kaynak ülkeden ayrılarak, hedef ülkeye hava yolu, deniz yolu veya kara yolu ile sevkini sağlayan kişidir. Genellikle organize suç örgütünün yapısı hakkında bilgi sahibi olmayan bir kişidir. Suç örgütünün kendisi ile irtibat kuran kişileri ile faaliyetlerini yürütür.<sup>81</sup>

“Sevk eden”, mağdurun bir yerden başka bir yere götürülmesini sağlayan kişidir.

“Barındıran”, kendi egemenlik alanına girmiş olan mağduru bir yere yerleştiren ve orada yaşamasını sağlayan kişidir.<sup>82</sup>

İnsan ticareti suçunun faili bir özellik göstermemekle birlikte failer çoğunlukla organize suç örgütü üyesidir.<sup>83</sup> Bu suç örgütlerinin üyele-

<sup>78</sup> Graycar, s. 13.

<sup>79</sup> Anette Brunovskis ve Grui Tyldum, *Crossing Borders An Empirical Study of Transnational Prostitution and Trafficking in Human Beings*, Fafo-report 426, Norway 2004, s. 57.

<sup>80</sup> Brunovskis/Tyldum, s. 63.

<sup>81</sup> Graycar, s. 13.

<sup>82</sup> Bkz., Önok, s. 208.

<sup>83</sup> Klueber, s. 2; Feingold insan ticareti suçunun çoğunlukla organize suç örgütleri tarafından işlendiği fikrine katılmamaktadır. Yazar, Güneydoğu Asya gibi birçok bölgede insan ticaretinin çoğunlukla organize olmayan bir suç olduğunu, failerin genellikle kişiler veya özel oluşturulmuş küçük gruplar olduğunu belirtmektedir.

rinin çoğu ise erkektir.<sup>84</sup> Eskort servisleri, barlar, genelevler, kulüpler, sokak çeteleri ve mafya gibi organize işler ve suç örgütleri insan ticareti için eleman teminini yapmaktadırlar. Özellikle Amerikan askerlerinin, Kore, Vietnam ve Japonya gibi ülkelerden, Amerikan seks endüstrisi için kadın teminine yardımcı olduğu bazı yazarlarca ifade edilmektedir.<sup>85</sup>

İnsan ticareti suçu faillerinin bağlı olduğu suç örgütlerinin büyüklüğü ülkelere göre değişmektedir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan araştırmalara göre; insan tacirleri genellikle ulusal veya uluslararası organize suç örgütlerine mensup değildirlir. Söz konusu tacirler küçük organize suç örgütlerinin birer üyesi olarak veya bireysel olarak faaliyet göstermektedir.<sup>86</sup> Ancak Ukrayna söz konusu olduğunda, insan ticareti suçu çoğunlukla yapılaşmış organize suç örgütleri tarafından işlenmektedir.<sup>87</sup> Rusya ve Hırvatistan'da, bu noktada Ukrayna'ya benzer özellikler göstermektedir.<sup>88</sup>

2002 yılında Birleşmiş Milletler Uyuşturucu Madde ve Suç Ofisi tarafından 16 ülke ve bir bölgede yapılan çalışmada 40 organize suç örgütü ele alınmış ve incelenmiştir. 40 organize suç örgütünden 8 adedinin insan ticareti suçu ile uğraşmakta olduğu tespit edilmiştir. 8 adet suç örgütünün, 6 adedi diğer suçların yanı sıra insan ticareti suçu ile uğraşırken, 2 adedi sadece insan ticareti suçunu işlemek için oluşturulmuştur. Diğer suçların yanı sıra insan ticaretini suçunu da işleyen 6 adet organize suç örgütü, hiyerarşik yapıya sahip, güçlü disiplin ve kontrolü bulunan gruptur. Söz konusu gruplar tek bir lider tarafından yönetilmekte, güçlü sosyal ve etnik bağlara sahip, suçun icrası için yerine getirilmesi gereken şiddet ve tehdit gibi araçları uygulayacak gerekli donanımına sahiptir. Ana faaliyet alanı insan ticareti olan iki organize suç örgütü ise sınırlı sayıda bireylerden oluşmuş, birbirlerine akrabalık

---

İnsan tacirlerinin standart bir profilinin bulunmadığını da ifade etmektedir (David A. Feingold, "Human Trafficking", *Foreign Policy*, September-October 2005, s. 26); failerin çoğunlukla organize suç örgütü üyesi oldukları hakkında bkz., Richard L. Hoffman, "The Present Situation of the United States Relating to Trafficking in Human Beings and Smuggling of Migrants", *UNAFEI Resource Material Series No. 62*, Tokyo 2004, s. 70; Hakeri, (par. 83).

<sup>84</sup> Klueber, s. 8.

<sup>85</sup> Raymond/Hughes, s. 9.

<sup>86</sup> Klueber, s. 16.

<sup>87</sup> Klueber, s. 8.

<sup>88</sup> Klueber, s. 9.

bağları olan gruptur. Bunlar nadiren sosyal veya etnik kimliğe sahiptir, çıkar amaçlı ve faydacı yapıya sahiptir.<sup>89</sup>

### C. Mağdur

İnsan ticareti suçunun mağduru, suça maruz kalan kişidir. Mağdurun tanımlanması, mağdura yapılacak yardım ve koruma için önem taşımaktadır. Ayrıca söz konusu suçta mağdurun şahitliği, yargı organlarının elindeki en büyük delillerden birisidir.<sup>90</sup> İnsan ticareti suçunun mağduru özellik taşımamaktadır, erkek veya kadın herkes bu suçun mağduru olabilir.

Söz konusu suçun mağduru, zorla çalıştırılmak veya hizmet ettirilmek, esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılınmak veya vücut organlarının verilmesini sağlamak amacıyla, kendilerine karşı tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulanmak, üzerindeki nüfuz veya denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanmak veya kandırılmak suretiyle rızaları fesada uğratan ve bu suretle tedarik edilen, kaçırılan, bir yerden başka bir yere götürülen, sevk edilen veya barındırılan herhangi bir kimsedir.<sup>91</sup>

Özellikle ekonomik açıdan yetersiz bölgelerde bulunan kadınlarından birçoğu insan ticareti suçunun mağduru olabilmektedir.<sup>92</sup> Çok yaygın olarak yurtdışında çalışma (genellikle fotomodel, garson, hizmetçi, dadı ve hatta öğrenci olarak) vaatleri içeren reklamlara kanan kadınlar insan tacirlerinin ağına düşmektedir.<sup>93</sup> Bazen insan taciri, insan ticareti eylemlerini maskeleyerek için yasal işleri paravan olarak kullanmaktadır. Bu paravan iş; sahte evlilik, model veya iş bulma acenteleri, gece külü-

<sup>89</sup> UNODC, s. 68, 69.

<sup>90</sup> UNODC, s. 75.

<sup>91</sup> Bkz., Arslan, s. 158.

<sup>92</sup> Raymond/Hughes, s. 10; Klueber, s. 9; Musacchio, s. 1015.

<sup>93</sup> İnsan tacirlerinin mağdurları kandırmak için kullandığı esas yol iş vaadidir. Uluslararası Göç Örgütü'nün verilerine göre mağdurların %56'sına iş teklifi yapılmaktadır (Omelandiuk, s. 5); United States v. Satia davasında kız çocuğu olan mağdur Amerika'da eğitim alma vaadiyle kandırılmıştır. Aynı şekilde United States v. Cadena davasında Meksikalı kadın ve kızlar iş vaadiyle kandırılmış ancak tacirler tarafından fuhuş yaptırılmıştır (USDepartment of Justice Civil Rights Division, *Report on Activities to Combat Human Trafficking Fiscal Years 2001-2005*, Washington DC 2006, s. 2); Hughes/Denisova, s. 14; Musacchio, s. 1016.

bü işletmeciliği gibi değişik görünümelerde karşımıza çıkabilmektedir.<sup>94</sup> Ülkemizde işlenen insan ticareti suçlarında da mağdurlar ekonomik açıdan yetersiz kişilerden oluşmaktadır. 2005 yılında Türkiye’de insan ticareti suçunun mağduru olup, Uluslararası Göç Örgütü tarafından kendilerine yardım yapılan 77 kişinin %80’i ülkelerinde günde 2 dolardan daha az kazanmaktadır ve Dünya Bankası standartlarına göre yoksul statüsündedir.<sup>95</sup>

Yaşamlarını kazanmak amacıyla iş bulmak zorunda olan kadınlar yabancı ülkelere seyahat etmek için göçmen tacirleri ile irtibata geçmektedirler. Göçmen taciri ile mağdur arasında, hedef ülkede varış anında ödenecek ücreti de içeren bir sözleşme imzalanmaktadır. Bu sözleşmede kadınlar 5.000 ile 50.000 Amerikan Doları arasında bir miktarı borçlandırılmaktadırlar. Hedef ülkede mağdur kadınlar borçlarını ödemek için fuhuşa zorlanmaktadırlar.<sup>96</sup> Çoğunlukla mağdur kadınların, tehdit veya hedef ülke kolluk kuvvetlerine teslim edileceği korkusu ile iradeleri ifsat edilmekte olduğundan fuhuştan başka alternatifleri kalmamaktadır. Hedef ülkede borçlarını ödeme imkanı bulan az sayıda kadın göz ardı edilirse, kalan mağdurların çoğu başka tacirlere veya genelevlere satılmaktadır. Bu durum yeni borçların ortaya çıkması ile sonuçlanmakta, mağdurlar mevcut borçlarını tamamen ödeme imkanı bulamamaktadır.<sup>97</sup>

İnsan ticareti mağdurlarının hepsinin yoksul, eğitimsiz insanlar olduğu yönünde yaygın bir inanış bulunmaktadır. Bununla birlikte araştırmalar göstermektedir ki, insan ticareti mağdurlarının çoğu lise ve yüksek okul mezunlardır ve bu eğitimlerini, kendilerinin ve ailelerinin yaşam düzeylerini yükseltmek için kullanma yönünde isteklidirler.<sup>98</sup>

Örneğin Çek Cumhuriyeti’nde insan ticareti suçunun mağdurları genel olarak işsizliğin çok yüksek olduğu bölgeler ile cinsel amaçlı kullanım için talebin yüksek olduğu turistik bölgelerden gelmektedir

<sup>94</sup> Klueber, s. 7; Trávníčková/Luptáková/Nečada/Přesličková/Trdlíková, s. 2; Hughes/Denisova, s. 14.

<sup>95</sup> *Türkiye, İnsan Ticareti & Eğilimler 2005*, Uluslararası Göç Örgütü, Ankara Ocak 2006, [www.countertrafficking.org/tr/pdf/2005\\_turkiye\\_insan\\_ticareti\\_ve\\_e\\_gilimler.pdf](http://www.countertrafficking.org/tr/pdf/2005_turkiye_insan_ticareti_ve_e_gilimler.pdf), s. 6 (Erişim: 29 Haziran 2006) (Türkiye, İnsan Ticareti olarak anılacaktır).

<sup>96</sup> Klueber, s. 7; Omelaniuk, s. 5; Raymond/Hughes, s. 11.

<sup>97</sup> Klueber, s. 7, 8.

<sup>98</sup> Klueber, s. 7.

(Kuzey Bohemia, Batı Bohemia, Kuzey Moravia, Güney Moravia, Prag ve Brno). Potansiyel mağdurlar genellikle zorlu yaşam koşullarında bulunan ve kazançlarından memnun olmayan kadınlar ile halihazırda fuhuş sektöründe çalışanlardır.<sup>99</sup>

Romanya’da insan ticareti suçuna maruz kalanların büyük çoğunluğu çocuklardır. Bunlar genelde 14 ile 17 yaş arasında, sosyo-ekonomik problemi olan ailelerden gelen, nispeten düşük eğitim seviyesine sahip, eğitim seviyesinin düşüklüğü ve yaşadıkları bölgelerdeki ekonomik yetersizliklerden dolayı ülkelerinde bir şeyler edinebilmek için şanslarının olmadığını düşünen, yurt dışındaki hayat hakkında yanlış izlenimleri olan kişilerdir.<sup>100</sup>

İnsan ticareti suçunda mukayeseli hukuk ve uluslararası metinler çocukların korunmasına, henüz fiziksel ve zihinsel gelişimlerini tamamlayamaması ve özel bakıma ihtiyaç göstermesinden dolayı özel önem vermektedir. 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 1. maddesi 18 yaşına kadar her insanı çocuk olarak kabul etmektedir. Palermo Protokolü de benzer bir yaklaşımla 3. maddesinde 18 yaşın altındaki herkesin çocuk kabul edileceğini belirtmektedir. Mukayeseli hukukta Alman Ceza Kanunu’na göre çocuk 14 yaşına henüz ulaşamayan kişi olarak kabul edilmektedir ve 14-17 yaş arasındaki çocuklar ile ilgili eylemler kadın ticareti suçu kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>101</sup> Portekiz hukukunda 16 yaşın altındakiler insan ticareti suçu bakımından çocuk sayılmaktadır (CK 176-2 ve 3). 16 ve 17 yaşındaki çocuklar insan ticareti suçunda yetişkin kabul edilmektedir.<sup>102</sup> İrlanda, çocuğun cinsel amaçlı istismarı suçunun oluşumu için mağdurun 15 yaşın altında olmasını aramaktadır.<sup>103</sup>

Türk hukukunda insan ticaretine maruz kalan mağdurun 18 yaşından küçük olması durumunda, suça ait araç fiillerden birisine başvurulmamış dahi olsa, suç tipinde yer alan eylemin icrası ile suç tamamlanmış olacaktır (TCK m. 80/3). Ancak mağdurun 18 yaşından büyük olması

<sup>99</sup> Trávníčková/Luptáková/Nečada/Présličková/Trdlicová, s. 2.

<sup>100</sup> The Research Institute for the Quality of Life and Save the Children Romania, *Rapid Assesment of Trafficking in Children for Labour and Sexual Exploitation in Romania*, Bucharest 2003, s. 19.

<sup>101</sup> Vaz Cabral, s. 22.

<sup>102</sup> Vaz Cabral, s. 22.

<sup>103</sup> Vaz Cabral, s. 22.

durumunda suçun oluşabilmesi için suç tipinde yer alan eylemlerin araç fiillerden birine başvurulması gerekmektedir.<sup>104</sup>

Türkiye’de, 2005 yılında yapılan çalışmalara göre, 469 insan ticareti mağduru tespit edilmiştir. Bu sayının belirlenen tüm mağdurların % 10’una eşit olduğu ve Türkiye’de insan ticareti mağduru 4690 kişinin bulunduğu belirtilmiştir. İnsan ticareti mağdurlarının % 60’ı Moldova ve Ukrayna’dan gelmektedir. Mağdurların ülkeye girişinde İstanbul % 59 ile en çok tercih edilen kapıdır.<sup>105</sup>

Türkiye’deki insan ticareti mağdurlarının büyük çoğunluğu orta-okul mezunudur ve lise mezunlarının sayısı üçte birden daha azdır. Mağdurlar genellikle arkadaş olarak yaklaşan kişiler veya akrabaları tarafından (% 86)<sup>106</sup> insan ticaretine maruz bırakılmaktadır. Mağdurlara karşı araç olarak çocuklarına veya ailelerine yönelen öldürme tehditleri kullanılmaktadır. Mağdurlar çoğunlukla 18-24 yaş arası kişilerdir (% 58) ancak 18 yaşın altında (% 3) veya 30 yaşın üstünde (% 11) mağdurlar da bulunmaktadır. Mağdurlar büyük oranda cinsel sömürü (% 94) amacıyla kullanılmaktadır.<sup>107</sup>

#### D. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu hareketin yöneldiği kişi ya da şeydir.<sup>108</sup> İnsan ticareti suçunun maddi unsurunu oluşturan eylemler (tedarik etmek, kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek, sevk etmek ve barındırmak) ile araç fiillerin (tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim

<sup>104</sup> Bu durum doktrinde eleştirilmiş ve 18 yaşını doldurmamış olanlar arasında da ayırım yapılması, 12 yaşından küçük olanlar için cebir, şiddet, tehdit gibi araç hareketlere başvurulmaksızın eylemin gerçekleştirilmesi suçun ağırlatıcı nedeni olarak düzenlenmesi, 12-18 yaş arasındakiler için kanundaki düzenlemenin devam etmesi gerektiği belirtilmiştir (Koca, s. 148).

<sup>105</sup> Türkiye, İnsan Ticareti, s. 6

<sup>106</sup> Diğer yöntemler kaçırma (% 7), gazete/iş bulma ajansı (% 2) ve bilinmeyen (% 5)’tir (Türkiye, İnsan Ticareti, s. 11)

<sup>107</sup> Türkiye, İnsan Ticareti, s. 8 vd.

<sup>108</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, 5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 2006, s. 469; Yüksel Ersoy, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 71; Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s. 236 vd.



olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek) yöneldiği kişi/kişiler aynı zamanda çalışma konumuz olan suçun maddi konusunu oluşturmaktadır.<sup>109</sup> İnsan ticareti suçunun maddi konusu aynı zamanda suçun mağdurudur.<sup>110</sup>

### E. Maddi Unsur

İnsan ticareti suçunun oluşması için birden fazla hareket gereklidir. Fail önce mağdurun iradesini etkileyecek, özgür karar verme hürriyetini elinden alacak “*tehdit, baskı, cebir ve şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek*” şeklindeki araç fiillere başvuracak, daha sonra kanun metninde düzenlenen ikinci tür hareketleri (tedarik etme, kaçırma, bir yerden başka bir yere götürme, sevk etme veya barındırma) gerçekleştirecektir.<sup>111</sup>

İnsan ticareti suçu *icrai* hareketle işlenebilen bir suçtur.<sup>112</sup> Ancak suçun ihmali hareketle işlenebilmesi de mümkündür. Nitekim garantörün mağdurun kaçırılmasını engellemek suretiyle suçun işlenmesine seyirci kalması<sup>113</sup> ihtimalinde suç ihmali suretiyle işlenmiş olmaktadır. Kanun metninde gerek araç fiiller gerekse de suçu oluşturan hareketler tahdidi biçimde sayıldığından dolayı, çalışma konumuz olan suç, hareketin önemine göre *bağlı hareketli* bir suçtur.<sup>114</sup> İnsan ticareti suçu ayrıca hareketin sayısına göre *seçimlik hareketli* bir suçtur.<sup>115</sup> Madde metninde yer alan hareketlerden herhangi birinin, maddede yer alan araç fiillerle beraber yerine getirilmesi durumunda suç oluşacaktır.

Kanun metninde yer alan, suçun unsurları arasında bulunan araç fiillerin ortak noktası, mağdurun iradesini ifsâda uğratması, irade üzerinde hukuka aykırı bir etki yaratmalarıdır.<sup>116</sup> Tehdit, baskı, cebir veya şiddette mağdurun iradesi maddi veya manevi zor vasıtasıyla

<sup>109</sup> Benzer şekilde bkz., Koca, s. 145.

<sup>110</sup> Bkz., Önok, s. 207; Arslan, s. 156; Kocasakal, s. 61.

<sup>111</sup> Koca, s. 149.

<sup>112</sup> Koca, s. 149; Hakeri, (par. 81).

<sup>113</sup> Hakeri, (par. 81)

<sup>114</sup> Bkz., Önok, s. 208; Koca, s. 149; Hakeri, (par. 71).

<sup>115</sup> Bkz., Önok, s. 208; Koca, s. 149; Hakeri, (par.71).

<sup>116</sup> Önok, s. 208; Koca, s. 151.

bertaraf edilmekte; kandırma veya nüfuzu kötüye kullanmada irade ifsâda uğratılmakta; kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanmada, irade hukuka veya ahlaka aykırı elde edilmektedir.<sup>117</sup>

Suçu oluşturan araç fiillerden “*tehdit*”, kişinin huzurunu bozmaya, endişelendirmeye, kendisinde güvensizlik duygusunun meydana gelmesine yönelik bir fiildir ve mağdura veya ona ait değerlere ağır ve haksız bir zarar verileceği bildirilmektedir.<sup>118</sup> İnsan tacirlerinin özellikle kullandığı yöntemlerden biri olan tehditte, mağdura, kendisinin ve ailesinin öldürüleceği veya zarara uğratılacağı ifade edilmektedir. “*Baskı*”, mağdur üzerinde kurulan maddi veya manevi zorlamadır.<sup>119</sup> Mağdur, kendisine yöneltilen yıldırma, sindirme veya şiddet eylemleri sonucunda, özgür iradesini kaybetmektedir.<sup>120</sup> Cebir veya tehdit niteliğine ulaşmamış ancak mağdurun iradesi üzerinde etkiye sahip olan her türlü zorlayıcı davranışlar baskı kavramı içinde değerlendirilebilir.<sup>121</sup> “*Cebir*”, geniş anlamda hem maddi (cebir ve şiddet) hem de manevi (tehdit) zorlamayı kapsar.<sup>122</sup> Maddi güç kullanılması dolayısıyla kişinin arzu ve rızasına aykırı olarak bir hareketi yapmaya veya yapmamaya zorlanması olarak tanımlanmaktadır.<sup>123</sup> Madde metninde cebirin mutlaka kişilere karşı yöneltilmesi gerektiğine ilişkin bir açıklık bulunmadığından, hem eşyaya hem de kişiye karşı yöneltiler. <sup>124</sup> Ancak eşyaya karşı yöneltilen cebir, mağdur üzerinde korku yaratacak, iradesini dolaylı yoldan etkileyecek nitelikte olmalıdır.<sup>125</sup> “*Şiddet*”, cebir kavramıyla eş

<sup>117</sup> Önok, s. 208.

<sup>118</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 655; benzer yönde bkz., Koca, s. 151.

<sup>119</sup> Önok, s. 208.

<sup>120</sup> Arslan, s. 162.

<sup>121</sup> Koca, s. 152; Kocasakal, s. 63.

<sup>122</sup> Koca, s. 151; şiddet, cinsel amaçlı hizmete veya fuhuşa zorlanan kadınların kontrol ve baskı altında tutulması için insan tacirleri tarafından kullanılan unsurlardan birisidir. ABD’de insan ticaretine maruz kalan kadınların % 86’sı, küresel olarak % 53’ü insan tacirleri tarafından fiziksel istismara maruz kalmışlardır. Aynı şekilde ABD’de kadınların % 50’si, küresel anlamda ise üçte biri sık sık, bazen de günlük olarak tacize maruz kalmışlardır. Ölüm tehdidi alan kadınların oranı ise ABD’de % 90’ı, küresel anlamda ise % 47’i bulmaktadır. (Raymond/Hughes, s. 11).

<sup>123</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 654.

<sup>124</sup> Koca, s. 152.

<sup>125</sup> Koca, s. 152.

anlamlıdır<sup>126</sup> ve metinde kanaatimizce anlamı kuvvetlendirmek için kullanılmıştır. “Nüfuzu kötüye kullanma”, mağdur ile ailevi, kanuni, akdi veya diğer farklı bir şekilde ilişki içinde bulunan ve etkiye sahip olan kimselerce, bu etkinin mağdurun hukuka aykırı fiile rıza göstermesini sağlamak yönünde kullanılmasıdır.<sup>127</sup> “Kandırma”, söz, hareket veya diğer her türlü araçlarla bir kimsenin yanıltılması, aldatılmasıdır. Mağdurun özgür iradesi üzerine etki eden, yaptığı hareketin niteliği hakkında hataya sevk eden her türlü hileli ve gerçek olmayan vasıtaları kullanmak kandırmadır.<sup>128</sup> Örneğin mağdurun iş vaadi ile başka bir yere götürülmesi kandırma kavramı içinde mütalaa edilecektir. “Kişiler üzerindeki denetim olanaklarından yararlanma”, failin statüsü gereği mağdur üzerinde sahip olduğu kontrol hak ve yetkisini, söz konusu hak ve yetkinin sağladığı imkanlardan yararlanmak suretiyle mağduru hukuka aykırı fiillere rıza göstermesi yönünde kullanılmasıdır.<sup>129</sup> “Çaresizlikten yararlanma”, mağdurun içinde bulunduğu ve failin sebebiyet vermediği maddi ve manevi elverişsizlikleri kullanarak mağdurun hukuka aykırı fiillere rıza göstermesini sağlamaktır.<sup>130</sup> Tacirler kontrolü altında bulunan kadın ve çocukları korkutmak ve gözdağı vermek için çeşitli yöntemler kullanmaktadırlar. Bunlar arasında ölüm tehditleri, fiziksel veya cinsel kötüye kullanma, sınır dışı etme tehdidi, ailesinin diğer üyelerine zarar verme tehditleri sayılabilir.<sup>131</sup>

İnsan ticareti suçunun maddi unsuru olarak madde metninde beş adet hareket düzenlenmiştir. Bu hareketler; tedarik etmek, kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek, sevk etmek ve barındırmaktır.

“Tedarik etme”, mağdurların araştırılması, tespit edilmesi, elde edilmesidir.<sup>132</sup> Tedarik etme hareketi genellikle cebir içermez ve tedarik edene mağdurun güvenini de içerir.<sup>133</sup>

<sup>126</sup> İzzet Özgenc, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, Üçüncü Bası, Ocak 2006, s. 404.

<sup>127</sup> Önok, s. 208; benzer şekilde bkz., Arslan, s. 162; Koca, s. 153.

<sup>128</sup> Koca, s. 153.

<sup>129</sup> Örnekler için bkz., Önok, s. 209.

<sup>130</sup> Önok, s. 209.

<sup>131</sup> Klueber, s. 8.

<sup>132</sup> Bkz., Önok, s. 208; Arslan, s. 159; Kocasakal, s. 67.

<sup>133</sup> Brunovskis/Tyldum, s. 57; Arslan, s. 159.

“Kaçırma”, “mağdurun kendi hakimiyet alanından, failin nüfuz ve hakimiyet alanına herhangi bir vasıta ile nakledilmesi, sokulmasıdır”.<sup>134</sup> Kaçırma hareketinde mağdurun kendi varlığı üzerindeki egemenliği sona ermekte, mağdur zorunlu olarak yer değiştirmeye tabi tutulmaktadır.<sup>135</sup>

“Bir yerden başka bir yere götürme”, “mağdurun, fail ile veya onun adına hareket eden bir kimse ile” bir yerden başka bir yere nakledilmesidir.<sup>136</sup> “Sevketme”, mağdurun tek başına<sup>137</sup> bir yerden başka bir yere götürülmesi için gerekli koordineyi yapma, mağdura eşlik etmeden nakil için gerekli faaliyetleri icra etmektir.

“Barındırma”, nüfuz alanına giren mağdurun yaşaması için gerekli koşulları sağlamaktır.<sup>138</sup> Barındırma hareketinde mağduru failin nüfuz alanına sokan başka bir kişidir. Barındırılan yerin açık veya kapalı olması suçun oluşumu açısından önemli değildir.<sup>139</sup> Barındırma hareketinin belirli bir müddet sürmesi de gereklidir.<sup>140</sup>

Mukayeseli hukukta Rus Ceza Kanunu 127. maddesinde Palermo Protokolü’nde yer alan hareketleri, insan ticareti suçunu oluşturan hareketler arasında saydıktan sonra “*alma ve satma*” hareketlerini de belirtmiştir. Daha çok özel hukuk terimleri olan “*alma ve satma*” hareketlerinin metinde yer alması ve suç tanımının çok karışık olmasından dolayı mevcut düzenleme doktrinde eleştirilmiştir.<sup>141</sup>

Bulgaristan’da insan ticareti suçunun oluşması için bireyin veya bir grup insanın seçilerek ayrılması, nakledilmesi, gizlenmesi veya kabul edilmesi gereklidir.<sup>142</sup> Bu bakımdan; seçerek ayırma, nakletme, gizleme ve kabul etme suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Temel suçta Bulgar kanun koyucu kuvvet kullanma, tehdit, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma gibi araçların kullanılmasını önemsememiştir. Aynı şekilde kanun koyucu rızanın geçerli olmadığını kanun metninde açıkça

<sup>134</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 160; Önok, s. 208; Koca, s. 155.

<sup>135</sup> Arslan, s. 159.

<sup>136</sup> Önok, s. 208; Arslan, s. 159.

<sup>137</sup> Arslan, s. 160.

<sup>138</sup> Önok, s. 208; Arslan, s. 160.

<sup>139</sup> Arslan, s. 160.

<sup>140</sup> Koca, s. 157.

<sup>141</sup> Elena V. Tiurukanova (Reporter), *Human Trafficking in the Russian Federation Inventory and Analysis of the Current Situation and Responses*, Moscow 2006, s. 16.

<sup>142</sup> Bulgar Ceza Kanunu’nun ilgili maddeleri için bkz., ENACT, s. 30, 31.

belirtmiştir. Suçta bir takım araçların kullanılması ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir (m. 159a/2). Bu araçlar; kuvvet kullanmak, kişinin yanılması, zorla kaçırılması, hukuka aykırı olarak özgürlüğünün elinden alınması, çaresizliğinden yararlanılması, nüfuzun kötüye kullanılması, söz verilmesi, bir çıkarın verilmesi veya alınmasıdır.

Hırvat Ceza Kanunu'nun 175. maddesinde düzenlenen suçun maddi unsuru, uluslararası hukuk kurallarını ihlal ederek, bir kişiyi köleliğe tabi kılmak veya o şekilde muhafaza etmek, almak, satmak, teslim etmek veya alımına, satımına, teslim edilmesine aracılık etmek, başka birini özgürlüğünü veya bakmakla yükümlü olduğu bir başkasının özgürlüğünü satması için kandırmak, kişinin böyle bir statüye tabi kılınması için nakletmektir.<sup>143</sup>

Moldova'nın 13 Ekim 2002'de yürürlüğe giren ceza kanununun 165. maddesinde insan ticareti suçunun maddi unsuru "*tedarik etme, nakletme, sevk etme, barındırma ve kişinin kabul edilmesi*" olarak belirlemiştir. Suçun oluşması için; kişinin kaçırılması, köleliğe tabi kılmak için gerekli belgelerinin zorla alınması, makul yönde sınırları belirlenmeyen bir borcu ödemesi tehdidi dahil olmak üzere kişinin sağlığını veya hayatını tehlikeye atmayacak düzeyde fiziksel veya psikolojik şiddet kullanımı veya tehdidi, hile, bir kişi üzerinde kontrol yetkisine sahip olan kişinin rızasını elde etmek için bazı ödemelerin veya çıkarların kabul edilmesi, verilmesi, nüfuzun veya çaresizliğin kötüye kullanılmasının araç fiil olarak işlenmesi gereklidir.

Mevcut hali ile Moldova kanun koyucusu insan ticareti suçunda yoğun olarak kullanılan ve protokolde yer almayan "*kişinin aşırı borçlandırılması*", "*gerekli belgelerinin zorla elinden alınması*" gibi araçlara da kanun metninde yer vermiştir. Ayrıca belirtelim ki, Moldova hukukunda çocuk ticaretinde, hiçbir araç kullanılsa bile suçun oluştuğu kabul edilmektedir (CK m. 206).<sup>144</sup>

Macar hukukunda suçun maddi unsuru; alma, satma, devretme, kabul etme, başka bir kişi ile takas etme veya kendine mal etmek olarak düzenlenmiştir (CK m. 175/B).<sup>145</sup>

<sup>143</sup> Kanun maddesinin İngilizce metni için bkz., [www.legislationline.org](http://www.legislationline.org), (Erişim: 1 Ağustos 2006).

<sup>144</sup> Giammarinaro, Moldova, s. 44.

<sup>145</sup> Kanun maddesinin İngilizce metni için bkz., Legislation on Trafficking in Human

Danimarka hukukunda insan ticareti suçunun maddi unsuru, protokole uygun olarak tedarik etme, nakletme, sevk etme, barındırma veya kabul etme olarak düzenlenmiştir (CK m. 262a/1).<sup>146</sup>

Finlandiya hukukunda, insan ticareti suçu ceza kanununun “Özgürlüğe Karşı Suçlar” başlıklı 25. başlıkta, “İnsan Ticareti” başlıklı 3. Kısmında düzenlenmiştir. Suçun maddi unsuru olarak bir başkasını kendi hakimiyetine alma, tedarik etme, başkasına devretme, nakletme, kabul etme veya bir yere yerleştirme düzenlenmiştir.<sup>147</sup>

Yunan Ceza Kanunu’na eklenen ve insan ticareti suçunu düzenleyen 323a maddesi suçun maddi unsurunu; istihdam etme, sevk etme, destekleme, alıkoyma, barındırma, gönderme veya bir şahsı başka birisinden alma olarak düzenlemiştir.<sup>148</sup>

## F. Manevi Unsur

İnsan ticareti suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun oluşumu için fail bilerek ve isteyerek madde metninde belirtilen hareketleri gerçekleştirmelidir. Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.<sup>149</sup>

Madde metninde doğrudan kastın arandığı yönünde bir açıklık mevcut değildir. Nitekim TCK’nın 21. maddesinin gerekçesine göre kasten işlenebilen suçlar hem doğrudan kast ile hem de olası kast ile işlenebilmektedir. Kanuni tanımda “bilerek” ifadesine yer verildiği durumlarda suç sadece doğrudan kast ile işlenebilecektir.<sup>150</sup>

İnceleme konumuz olan suç açısından madde metninde “bildiği halde”, “bilerek”, “bilmesine rağmen” gibi doğrudan kasta işaret eden herhangi bir ibare mevcut değildir. Bundan dolayı insan ticareti suçu hem doğrudan kast ile hem de olası kast ile işlenebilir.

İnsan ticareti suçunun oluşumu için genel kast yeterli değildir. Fa-

---

Beings, *Europol Public Information Annex III*, *Europol* 2005, s. 75 (Europol olarak anılacaktır).

<sup>146</sup> Kanun maddesinin İngilizce metni için bkz., *Europol*, s. 33.

<sup>147</sup> Kanun maddesinin İngilizce metni için bkz., *Europol*, s. 40.

<sup>148</sup> Kanun maddesinin İngilizce metni için bkz., *Europol*, s. 68.

<sup>149</sup> Arslan, s. 163; Koca, s. 157; Hakeri suçun kasten işlenebileceğini belirttiikten sonra, taksirle işlenmesini zor bir ihtimal olarak görmektedir (Hakeri, par. 88).

<sup>150</sup> Özgenç, s. 281.

ilin belli bir saik ile hareket etmesi aranmaktadır. Bu saik; kişileri zorla çalıştırmak, zorla hizmet ettirmek, esaret veya benzeri uygulamalara tabi kılmak, vücut organlarını almak saikidir. Madde metninde ifade edilmese de, faili bu saiklerle suçu işlemeye yönelten güdü kendisine veya başkalarına maddi veya manevi kazanç sağlamak yani mağduru istismar etmektir.<sup>151</sup>

Mukayeseli hukukta ise Rus hukukunda insan ticareti suçu kasten işlenebilen suçlardandır ve suçun oluşumu için özel kast gereklidir.<sup>152</sup>

Bulgar hukukunda insan ticareti suçunun oluşması için failin belli bir saikle hareket etmesi gereklidir. Bu saikler; mağduru kötü yola sevk etme, zorla çalıştırma, mağdurun organlarının alınması veya kuvvetli bir hiyerarşi içinde sürekli tutulmasıdır (m. 159a).

Hırvat hukukunda yetişkinlerin köleliğe tabi kılınması veya nakli suçu için herhangi bir saik düzenlenmezken, çocuklara karşı işlenen suçun evlat edinme, organlarının alınması, zorla çalıştırma, küçüklerin istismarı veya yasadışı diğer saiklerle işlenmesini aramaktadır.<sup>153</sup>

Moldova hukukunda insan ticareti suçunu oluşturan maddi hareketlerin *“kölelik veya köleliğe benzer koşullarda çalıştırma veya zorla hizmet ettirme, suçta veya silahlı çatışmalarda kullanma, organ veya dokularının alınması”* amacıyla icra edilmesi gereklidir.<sup>154</sup>

<sup>151</sup> Arslan, s. 163.

<sup>152</sup> Tiurukanova, s. 17; Rus hukukunda insan ticaretine konu olan kişilerin değişik amaçlarla istismarı suç olarak düzenlenmiştir. Bu kötüye kullanımlar;

1. Özellikle kadın ve çocukların cinsel amaçlı istismarı (fuhuş organizasyonu, seks turizmi organizasyonu, erkek ve kız çocukların kullanımı suretiyle pornografi üretimi)
2. İşgücünün istismarı (ağır işler, gayri resmi ve gölge ekonomi, korsan ürünlerin üretimi ve yeraltı üretimi, çocuk işgücünün istismarı)
3. Dilencilik amacıyla kullanımı (çocukların ve engellilerin istismarı, reşit olmayan kimselerin kiralanması),
4. İstismar amaçlı evlilikler (ev işlerinde kullanma amacıyla, çocuk doğurma ve hamilelerin istismarı, yaşlı ve hasta akrabaların zorla bakımı)
5. Organ ve dokuların zorla transferi amacıyla istismar,
6. Taşıyıcı annelik için istismar,
7. Yasadışı evlat edinme suretiyle istismar,
8. Askeri birliklerde kullanmak suretiyle istismar,
9. Askerlerin ve mahkûmların zorla çalıştırılması suretiyle istismar, (Tiurukanova, s. 21, 22).

<sup>153</sup> Staberock, Croatia, s. 37.

<sup>154</sup> Giammarinaro, Moldova, s. 44.

Yunan hukukuna göre insan ticareti suçu kasten işlenebilir. Ayrıca organlarının alınması veya işgücünün istismarı özel kastı da aranmaktadır (Yunan CK m. 323A).

### G. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanuni tarife uygun bulunan fiilin yalnız ceza hukuku ile değil, tüm hukuk düzeni ile çatışma halinde olması, hukukun bu fiile onay vermemesidir.<sup>155</sup> Ceza normunun müeyyide altına aldığı fiile, başka bir hukuk kuralı izin veriyorsa ve işlenmesini mümkün kılıyorsa “*hukuka uygunluk sebebi*” söz konusudur. Çalışma konumuz olan suçta “*mağdurun rızası*” haricinde bir hukuka uygunluk sebebini olası görmüyoruz.<sup>156</sup>

İnsan ticareti suçunda “*mağdurun rızası*” hukuka uygunluk sebebini iki açıdan incelemek gerekecektir. Öncelikle mağdurun açıkladığı rızanın geçerli olup olmadığı, ikinci olarak ise mağdur tarafından açıklanan rızaya ceza normunun geçerlilik tanıyıp tanımadığıdır.

Ceza kanunumuz, “(k)işinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez” demek suretiyle açıklanan rıza beyanının hangi koşullarda geçerli olduğunu belirtmiştir (m. 26/2). Buna göre; rıza kişinin mutlak surette üzerinde tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olacak, kişinin rıza açıklamaya ehliyeti olacak ve rıza suçtan önce veya suçun icra hareketlerinin devam ettiği sırada açıklanmış olacaktır.<sup>157</sup> Kişinin yaşam hakkından vazgeçmeye ilişkin rızası, kendisini başkasının esir veya kölesi haline getirmeye ilişkin rızası, onur ya da cinsel dokunulmazlık hakkından peşinen feragat etmesine ilişkin rızası geçerli olarak kabul edilmemektedir.<sup>158</sup> Nitekim Medeni Kanun’un 23. maddesinin 2. fıkrası “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz*” diyerek kişinin rızasının özgürlüklerinden vazgeçmede veya hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlamada geçerli olmadığını belirtmiştir. Organ veya doku alınmasına ilişkin rıza ise ancak rızanın 29 Mayıs 1979 tarihli ve 2238 sayılı Organ

<sup>155</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 479.

<sup>156</sup> Önok, s. 209; Arslan, s. 166; Koca, s. 159.

<sup>157</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 540 vd.

<sup>158</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 541 vd.; Özgenç, s. 389 vd.; Önok, s. 210.



ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'da<sup>159</sup> düzenlenen koşullara uygun bulunması halinde geçerli kabul edilecektir.<sup>160</sup> Bu kapsamda; kişinin "zorla çalıştırmak veya hizmet ettirme(ye)" ilişkin rızası baştan itibaren kişinin hürriyetinden vazgeçmesi sayıldığından geçerli olmayacaktır.

"Esaret ve benzeri uygulamalara tabi kulma(ya)" ilişkin rıza da, kişinin kendini esir veya köle haline getirmeye dair olduğundan geçerli bir rıza olarak kabul edilmeyecektir.

Kişinin açıklanan ve geçerli olan rızasına insan ticareti suçunu düzenleyen 80. madde, suçun oluşumu açısından geçerlilik tanımamıştır. Nitekim 80. maddenin 2. fıkrası "Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir" demek suretiyle bu durumu belirtmiştir. Nitekim 1. fıkrada yer alan araçların kullanılması durumunda elde edilen rıza hukuken geçerli olmayan, fesada uğramış bir rıza olacağından geçerli sayılmaması yerinde bir çözümdür.<sup>161</sup>

Ayrıca kanun koyucu, mağdurun 18 yaşını doldurmamış olması durumunda, zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esaret veya benzeri uygulamalara tabi kılmak, vücut organlarının verilmesini sağlamak amacıyla tedarik edilmesi, kaçırılması, bir yerden diğer bir yere götürülmesi, sevk edilmesi veya barındırılması ile suçun oluşacağını kabul etmiştir. Bu düzenleme ile kanun koyucu; mağdura karşı tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, mağdur üzerindeki nüfuzu kötüye kullanmak, mağduru kandırmak veya mağdur üzerindeki denetim olanağından veya çaresizliğinden yararlanmak araç fiillerine başvurulmasını, suçun oluşumu için gerekli bulmamıştır.

## IX. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### A. Teşebbüs

İnsan ticareti suçunun oluşumu için, faili suça iten amacın gerçekleşmesine gerek yoktur.<sup>162</sup> Başka bir anlatımla; mağdur zorla çalıştırılmasa,

<sup>159</sup> 3 Haziran 1979 tarih ve 16655 sayılı *Resmi Gazete'de* yayınlanmıştır.

<sup>160</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 543; Özgenç, s. 390.

<sup>161</sup> Önok, s. 209.

<sup>162</sup> Koca, s. 158.

köleliğe veya benzeri uygulamalara tabi tutulmasa, vücut organlarından birini vermese bile suç oluşacaktır.

İnsan ticareti suçu, maddede belirtilen araçlar kullanılarak, yine madde metninde belirtilen hareketlerin yapılması ile tamamlanır. Araçların kullanılmasına rağmen, yani tehdit, baskı, cebir vs. ile mağdurun rızasının elde edilmesine rağmen, madde metnindeki hareketler gerçekleştirilmez ise (tedarik etme, kaçırma, bir yerden bir yere götürme vs.) suç tamamlanmış olmayacak, teşebbüs aşamasında kalacaktır.

Madde metninde sayılan hareketlerden “*tedarik etme, kaçırma, bir yerden başka bir yere götürme ve sevk etme*” hareketleri, icrası devam eden nitelikte hareketlerdendir ve bu hareketlerin icrası ile oluşan ve neticesi devam eden suç “*mütemadi suç*” niteliğindedir.<sup>163</sup>

## B. İçtima

80. maddede insan ticareti suçunun unsuru olarak düzenlenen suçların mevcudiyetinde konuyu bileşik suç kuramından çözümlenmek gerekecektir. Bu durumda; unsur olarak düzenlenen suçtan dolayı faile ayrıca ceza verilmeyecektir. Örneğin tehdit (TCK m.106), cebir (TCK m. 108), kişi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m.109) (kaçırma hareketi bakımından) suçları, insan ticareti suçunun unsurları olduğundan dolayı ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilmeyecektir.<sup>164</sup> Ancak belirtmeliyiz ki cebir suçunda zorunlu sınırın aşılması durumunda, yani kasten yaralama suçunun mevcut olması durumunda söz konusu suç (TCK m. 86) insan ticaretinin unsuru olmadığından dolayı artık bileşik suçtan söz edilemeyecek ve faile ayrıca kasten yaralamadan dolayı ceza verilecektir.<sup>165</sup>

İnsan ticareti suçunda faili suça iten nedenlerin gerçekleşmesi, yani failin amacına ulaşması gerekli değildir. Bundan dolayı vücut organlarının alınması amacıyla kişinin kaçırılmasından sonra vücut

<sup>163</sup> Koca, s. 162, 163; Arslan, s. 160; Hakeri, (par. 81); karşıt fikir için bkz., Önok, s. 211.

<sup>164</sup> Önok, s. 210; Kocasakal, s. 73.

<sup>165</sup> Kocasakal, s. 73; Doktrinde Koca, mevcut problemi fikri içtima kuralından hareket ederek çözmektedir. Aynı kasıtle ve tek fiille kanunun muhtelif hükümleri ihlal ediliyorsa faile en ağır suçun cezası verileceği, failin eylemini aynı kasit ile icra etmediği durumlarda ise iki ayrı suç oluşacağı yazar tarafından savunulmaktadır (Koca, s. 166).

organlarından herhangi biri de alınır, hem TCK m. 80 hem de organ veya doku ticareti suçu (TCK m. 91) oluşacaktır ve fail her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.<sup>166</sup> Yine özellikle cinsel istismar amacıyla insan ticareti suçunda failer tarafından mağdura sistematik olarak uygulanan işkence (TCK m. 94), eziyet (TCK m. 96), cinsel saldırı (TCK m. 102), çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103), cinsel taciz (TCK m. 105) gibi suçlar, insan ticareti suçunun unsuru olmadığından fail bu suçlardan ayrıca cezalandırılacaktır.

### C. İştirak

İnsan ticareti suçu iştirak açısından bir özellik göstermez.<sup>167</sup> Söz konusu suça iştirakin her şekli mümkündür. Suçun kanuni tanımında yer alan fiilleri gerçekleştiren (örneğin tehdit eden, nüfuzu kötüye kullanan, tedarik eden, sevk eden vs.) kişilerden her biri fail olarak sorumlu tutulacaktır (TCK m. 37/1).<sup>168</sup>

İnsan ticareti suçunda bir başkasını araç olarak kullanan kişi fail olarak sorumlu tutulacaktır (TCK m. 37/2).

İnsan ticareti suçunun işlenmesini teşvik eden, failin suç işleme kararını kuvvetlendiren, fiilin icrasından sonra yardım edeceğini söyleyen, suçun nasıl işleneceği konusunda yol gösteren, suçun icrası için gerekli araçları sağlayan, suçun işlenmesi öncesinde veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştıran kişi de yardım eden olarak sorumlu olacaktır (TCK m. 39).

## X. Cezayı Etkileyen Haller

### A. Ağırlatıcı Haller

Türk hukukunda insan ticareti suçu için herhangi bir ağırlatıcı hal düzenlenmemiştir. Türk kanun koyucusu, 765 sayılı TCK' da düzenlenen ve suçun örgütlü olarak işlenmesi halinde cezanın artırılacağına ilişkin hükmü 5237 sayılı TCK'ya almamıştır. Belirtmeliyiz ki, insan ticareti suçu çoğunlukla ve zorunlu olarak örgütlü bir şekilde işlenmektedir.

<sup>166</sup> Önok, s. 212; Koca, s. 163.

<sup>167</sup> Arslan, s. 169; Koca, s. 166.

<sup>168</sup> Önok, s. 211.

Suçun örgütlü işlenmesinin madde metninde ağırlatıcı hal olarak düzenlenmemesi kanaatimizce bir eksiklik olarak ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar TCK'nın 220. maddesinde “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçu düzenlenmiş ise de, “suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu”nu düzenleyen 282. maddedeki düzenlemeye paralel bir şekilde, suçun örgütlü işlenmesi halinin ağırlatıcı neden olarak düzenlenmesi suçla mücadelede etkili olacağı düşüncesindeyiz.

Mukayeseli hukukta çalışma konumuz olan suç için çeşitli ağırlatıcı haller düzenlenmiştir. Bulgar hukukunda kişinin 18 yaşın altında olması, kötü yola sevk etme, zorla çalıştırma, organlarının alınması veya kuvvetli bir hiyerarşi içinde sürekli tutulması saikleriyle suçun işlenmesi, failin mükerrer olması, bir organize suç örgütünün kararının uygulanması için veya organize suç örgütünün talimatı ile işlenmesi halleri ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir (CK m. 159a/2, 159c).

Belirtmeliyiz ki, failin mükerrer olması, suçun bir organize suç örgütünün kararının uygulanması için veya organize suç örgütünün talimatı ile işlenmesi halinde failin malvarlığının bir kısmının veya tamamının müsaderesine de mahkeme tarafından karar verilebilecektir (CK m. 159c).

Moldova hukukunda suçun tekerrür halinde işlenmesi, iki veya daha fazla kişiye karşı işlenmesi, hamile kadına karşı işlenmesi, iki veya daha fazla kişi tarafından işlenmesi, kişinin rızasını elde etmek için işkence ile veya insanlık dışı ve haysiyet kırıcı davranışlarla işlenmesi, fiziksel esarete tabi tutulması yoluyla işlenmesi, mağdurun ailesine veya diğer kişilere ait özel bilginin ifşası tehdidi ile işlenmesi, silah kullanmak suretiyle işlenmesi, organize suç örgütü tarafından işlenmesi halleri ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir (CK m. 165/2, 3).<sup>169</sup>

Hollanda hukukunda suçun iki veya daha fazla kişinin iştiraki ile işlenmesi, 16 yaşından küçüklere karşı işlenmesi, ciddi bedensel zararlara veya şahsın yaşamının tehlikeye düşmesine neden olması, ölümle sonuçlanması ağırlatıcı nedenler olarak düzenlenmiştir (CK m. 273/3, 4, 5 ve 6).<sup>170</sup>

Slovak Ceza Kanunu'nda insan ticareti suçu için ağırlatıcı neden

<sup>169</sup> Giammarinaro, Moldova, s. 44.

<sup>170</sup> Kanun maddesinin İngilizce metni için bkz., *Europol*, s. 100.

olarak failin organize suç örgütünün üyesi olması, 18 yaşından küçük-  
lere karşı fuhuş amaçlı işlenmesi sayılmıştır.<sup>171</sup>

Sloven hukukunda suçun küçüklere karşı işlenmesi, cebir, tehdit, hile, kaçırılma, emri altındaki istismarı, bir kadını hamileliğe veya suni olarak döllenmeye zorlamak şeklinde işlenmesi veya failin suç örgütü üyesi olması ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir.<sup>172</sup>

## B. Hafifletici Haller

Türk hukukunda insan ticareti suçu için herhangi bir hafifletici hal düzenlenmemiştir. Mukayeseli hukukta da incelediğimiz kanunlar içerisinde çalışma konumuz suç için düzenlenmiş bir hafifletici hal bulunmamaktadır.

## XI. Müeyyide ve Kovuşturma

İnsan ticareti suçu için müeyyide olarak hem hapis hem de para cezası öngörülmüştür. Hapis cezasının alt sınırı sekiz yıl, üst sınırı ise on iki yıldır. Para cezası olarak ise on bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. İnsan ticareti suçunun temel güdüsünün ekonomik çıkar olması, suç faillerinin çoğunlukla organize suç örgütlerinin üyesi olması ve dolayısıyla suçtan çok yüksek düzeylerde haksız kazançlar sağlamasından dolayı para cezasının sınırının yüksek tutulmasını olumlu karşılamaktayız. Suçtan dolayı tüzel kişiler hakkında TCK'nın 60. maddesinde yer alan güvenlik tedbirleri uygulanacaktır (TCK m. 80/4).

İnsan ticareti suçu resen kovuşturulan bir suçtur. Ayrıca suçtan zarar görenin şikayeti aranmaz. Suçla korunan hukuki yarar göz önüne alındığında (insan hak ve hürriyetleri, insan onuru, kamu düzeni), suçun resen kovuşturulan bir suç olarak düzenlenmesini yerinde bulmaktayız.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece mahkemeleri ile Bölge Adliye mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkileri hakkında kanun mahkemelerin görev alanını belirlemektedir. Kanununun 12. maddesi ağır ceza mahkemelerinin on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili da-

<sup>171</sup> Kanun maddesinin İngilizce metni için bkz., *Europol*, s. 113.

<sup>172</sup> Kanun maddesinin İngilizce metni için bkz., *Europol*, s. 115.

valara bakacağını belirtmektedir. İnsan ticareti suçunun 8 yıldan 12 yıla kadar hapis cezasını gerektirmesi ve 5235 sayılı kanunun 14. maddesi gereğince mahkemelerin görevi belirlenirken cezanın üst sınırının göz önüne alınması gerektiğinden insan ticareti suçunda görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.<sup>173</sup>

Çalışma konumuz suç için Avusturya hukukunda 3 yılı aşmamak üzere hapis (CK m. 104a);<sup>174</sup> Danimarka hukukunda 8 yılı aşmamak üzere hapis (CK m. 262a/1); Finlandiya hukukunda 4 aydan 6 yıla kadar hapis (CK 25. başlık m. 3); Alman hukukunda 5 yılı aşmamak üzere hapis veya para cezası (CK m. 180b);<sup>175</sup> Yunan hukukunda 10 yıla kadar hapis veya para cezası (CK m. 323a); Macar hukukunda 3 yıla kadar hapis (CK m. 175b); Letonya hukukunda 3 yıldan 8 yıla kadar hapis (CK m. 154/1);<sup>176</sup> Litvanya hukukunda 8 yıla kadar hapis (CK m. 147);<sup>177</sup> Malta hukukunda 2 yıldan 9 yıla kadar hapis (CK m. 284a);<sup>178</sup> Hollanda hukukunda 6 yıla kadar hapis (CK m. 273a) cezaları öngörülmüştür.

## XII. Sonuç

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 80. maddesinde düzenlenen "*insan ticareti suçu*", birkaç farklılık dışında 765 sayılı kanunun 201/b maddesi ile Palermo Protokolü'ndeki düzenleme esas alınarak oluşturulmuştur.

Mevcut düzenleme, 201b maddesinden hapis cezasının miktarı, suçun örgütlü olarak işlenmesinin ağırlatıcı neden olarak yer almaması, düzenlenme yeri ve tüzel kişiler açısından güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı hükmünün yer alması açısından farklılıklar göstermektedir.

Hapis cezasının alt ve üst sınırlarının artırılması ve adli para cezasının öngörülmesi, söz konusu suç ile mücadelede etkin olacağı kanaatindeyiz. Nitekim kanun koyucunun adli para cezası için 52. maddede öngörülen üst sınırdan uzaklaşmış olması ve cezayı on bin gün olarak

<sup>173</sup> Önok, s. 211.

<sup>174</sup> Kanun maddesinin İngilizce metni için bkz., Europol, s. 3.

<sup>175</sup> Kanun maddesinin İngilizce metni için bkz., Europol, s. 58.

<sup>176</sup> Kanun maddesinin İngilizce metni için bkz., Europol, s. 91.

<sup>177</sup> Kanun maddesinin İngilizce metni için bkz., Europol, s. 95.

<sup>178</sup> Kanun maddesinin İngilizce metni için bkz., Europol, s. 97.

belirlemesi, ekonomik getiri amacıyla işlenen insan ticareti suçu ile mücadelede etkili bir çözüm olmuştur.

765 sayılı kanunda bulunan ve suçun örgütlü olarak işlenmesini ağırlatıcı hal olarak düzenleyen hükmün 80. maddeye alınmaması kanaatimizce bir eksiklik olarak yorumlanabilir. Zira insan ticareti suçu çoğunlukla örgütlü olarak işlenmektedir ve bu durum gerek bu örgütlerle gerekse de suç ile mücadelede göz önüne alınmalıdır.

Düzenleme yeri açısından insan ticareti suçunun “*Uluslararası Suçlar*” başlıklı birinci kısımda düzenlenmesi, suçun uluslararası özelliğini yansıtması açısından yerinde olmuştur. İnsan ticareti suçu, insanın onuruna, uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerine karşı işlenen bir suçtur. Bu açıdan insan ticareti suçunun birinci bölümde “*İnsanlığa Karşı Suçlar*” arasında düzenlenmesi kanaatimizce daha yerinde bir çözüm olacaktır.

İnsan ticareti suçunun oluşması için iki ayrı grup fiilin belli bir saik ile işlenmesi gereklidir. Buna göre birinci grupta yer alan fiiller araç fiillerdir ve işlenmeleri ile mağdurun rızası hukuka aykırı elde edilmektedir. Araç fiiller; tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak, kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanmaktır. İkinci grupta yer alan fiiller ise amaç fiillerdir ve birinci gruptaki fiillerden biri ile işlenmeleri halinde insan ticareti suçunu oluştururlar. Amaç fiiller ise tedarik etmek, kaçırmak, bir yer den başka bir yere götürmek, sevk etmek ve barındırmaktır.

Söz konusu suç kasten işlenebilen bir suçtur ve failde “*zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esarete ve benzeri uygulamalara tabi kılmak, vücut organlarının verilmesini sağlamak*” saikinin bulunması gereklidir.

Türk kanun koyucusu insan ticareti suçunu düzenlerken Palermo Protokolü’nden ayrılarak “*kişilerin istismar amaçlı temini*” ibaresine yer vermemiştir. Bu durum manevi unsurun tayininde tereddüt yaratabilecek nitelikte görülmüştür.<sup>179</sup> İnsan ticareti suçunun belirleyici unsuru kişilerin belli amaçlarla istismarıdır. Bu bakımdan istismar kelimesinin madde metnine dahil edilmesi yerinde olacaktır.

<sup>179</sup> Arslan, *İnsan Ticareti Kavramı*, s. 41.

TÜRK  
BARO  
DERGİSİ

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-1008

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

DOSYA

## YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

YIL 1304-1008

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



# TÜRK CEZA ve CEZA USUL HUKUKU ve FUUŞ AMAÇLI İNSAN TİCARETİ SUÇUNDA YAŞANAN SORUNLAR

Galma JAHIC\*  
Ulaş KARAN\*\*

## Giriş

İnsan ticareti olgusu Türkiye’de ve dünyada son yıllarda giderek yükselen bir oranda gündeme gelmektedir. Bu konu hakkında kesin rakamların tespit edilmesi mümkün olmasa da her yıl oldukça fazla sayıda insanın insan ticareti mağduru olduğu tahmin edilmektedir. Tüm dünyada gündeme gelen bu durum neredeyse bütün hükümetlerarası örgütlerin bu konu hakkında çeşitli çalışmalar yürütmesine yol açmıştır.<sup>1</sup> Türkiye de insan ticareti açısından hedef ülkelerden birisidir.<sup>2</sup> Birleşmiş Milletler’in açıkladığı istatistikler açısından Türkiye bu suç açısından transit ülke olarak yüksek, hedef ülke olarak ise en yüksek sınıflandırılmasında değerlendirilmektedir.<sup>3</sup> İnsan ticareti köle işgücü, dilencilik, suç aracı olarak kullanmak, zorla askerlik, zorla evlendirme

\* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, öğretim görevlisi.

\*\* Uzman, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi.

<sup>1</sup> Birleşmiş Milletler için bakınız, [http://www.unodc.org/unodc/en/trafficking\\_human\\_beings.html](http://www.unodc.org/unodc/en/trafficking_human_beings.html), Avrupa Konseyi için bakınız, [http://www.coe.int/T/E/human\\_rights/trafficking/](http://www.coe.int/T/E/human_rights/trafficking/), Avrupa Güvenlik ve İşbirliği teşkilatı için bakınız, <http://www.osce.org/activities/13029.html>, Amerikan Devletler Örgütü için bakınız, <http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.oas.org/atip> ve Avrupa Birliği için bakınız, <http://europa.eu/scadplus/leg/en/s22009.htm> (erişim: 14.07.2006).

<sup>2</sup> Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000: Trafficking in Persons Report, 2005. US. Department of State. <http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2005/> (erişim: 20.07.2006)

<sup>3</sup> Trafficking in Persons: Global Patterns, United Nations Office of Drugs and Crime, April 2006, s. 19-20, [http://www.unodc.org/pdf/traffickinginpersons\\_report\\_2006ver2.pdf](http://www.unodc.org/pdf/traffickinginpersons_report_2006ver2.pdf) (erişim:14.07.2006)

ve organ kaçakçılığı gibi farklı şekillerde gerçekleşebilmektedir. Ancak kamuoyunda en çok “*fuhuş*”la bağlantılı olarak gündeme gelmekte ve bu anlamda seks işçiliği ile karıştırılabilmektedir. Bu şekilde bir yaklaşım ise beraberinde insan ticareti suçunun fuhuş suçu ile karıştırılmasına ve bu suç kapsamında değerlendirilmesine yol açıyor.

İnsan ticareti ile mücadele alanında gerek ulusal, gerekse uluslararası ölçekte yasal ve idari birçok düzenleme yapılmaktadır. Özellikle Türkiye açısından insan hakları alanında diğer birçok konuda atılan adımlar daha yavaş olmasına karşın, insan ticareti bağlamında önemli değişiklikler yaşanıyor. Bu anlamda yazının amacı ceza hukuku açısından insan ticareti suçunu insan hakları bağlamında ve bu suçun mağdurları açısından incelemektir. Bu noktada belirtilmesi gereken bir nokta da uygulamada insan ticareti suçu ile fuhuş suçunun birbirine karıştırılarak bir kafa karışıklığı yaşanması ve davaların genellikle fuhuş suçundan açılmasıdır. Karışıklığın altında yatan nedenlerden biri ise insan ticareti suçu ile fuhuş suçunun ayrı düzenlenmesi ve insan ticareti suçunun kapsamında olması gereken fuhuş amaçlı insan ticaretinin fuhuş suçunun ağırlaştırıcı sebebi olarak düzenlenmiş olmasıdır. Bu durum aşağıda daha ayrıntılı belirtilecek üzere, kanunlarda insan ticareti için özel olarak öngörülmüş bazı hükümlerin uygulanamaması ve suçluların cezalandırılmaması ile sonuçlanmaktadır. Yazıda ceza ve ceza usul hukuku bağlamında genel olarak fuhuş amaçlı insan ticareti suçunun ne şekilde düzenlendiği ve bu suçun mağdurlarına yönelik yaklaşımı üzerinde durulacaktır.<sup>4</sup>

### Uluslararası Hukuk Açısından Türkiye’de İnsan Ticareti Suçu

İnsan ticareti açısından yapılacak bir değerlendirme açısından uluslararası hukuktaki standartların ortaya konulması ve daha sonra iç hukukta yer alan düzenlemelerle karşılaştırılması daha doğru olacaktır. Türkiye’de varolan hukuksal hiyerarşi bu şekilde bir yaklaşımı zorunlu kılmaktadır. Bu sebeple üst norm olan Anayasa’dan başlayarak farklı düzeylerde bağlayıcı olan yönetmelik ve genelgelere kadar inen bir hukuki piramit söz konusudur. Türk hukukunda en üst norm olan

<sup>4</sup> İnsan ticareti suçunun ceza hukuku anlamında kapsamlı bir incelemesi için bakınız, Çetin Arslan, “İnsan Ticareti Suçu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, S. 4, Ankara, 2004, s. 19-84.

Anayasa çerçevesinde uluslararası andlaşmaların iç hukukta diğer yasal düzenlemelere göre üstünlüğü söz konusudur. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır"* ifadelerine yer vermektedir. Bu madde ile birlikte, genelde insan hakları alanında özelde ise insan ticareti konusunda yapılan uluslararası sözleşmelerin insan hakları hukukunun bir parçası olarak iç hukukta doğrudan uygulanabilmesinin önü açılmıştır. İç hukuktaki karmaşık düzenlemelerin insan ticareti boyutunda uygulanmasında ortaya çıkabilecek insan haklarına aykırı durumlar Anayasa'nın bu maddesi ile ortadan kaldırılabilecektir. Nitekim insan ticareti açısından yasal düzenlemeler sadece ceza hukuku bağlamındadır ve bununla sınırlıdır. İnsan ticareti suçu mağdurunun statüsünü düzenleyen herhangi bir yasa düzeyinde düzenleme mevcut değildir. Uygulamada bu suçun mağdurları açısından atılan adımların hukuksal temeli genellikle ilgili bakanlıklarca yayınlanan genelgelere dayanmakta ve insan ticareti alanında Türkiye'nin de taraf olduğu *"Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek İnsan Ticareti'nin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticareti'nin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol"* (Palermo Protokolü),<sup>5</sup> gerçekleşen uygulamalar açısından yol gösterici olmaktadır.

Türkiye, Birleşmiş Milletler bünyesinde ortaya çıkan uluslararası sözleşmelerinin birçoğunu imzalamış ve onaylamıştır. Bunlar arasında 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesi, temel andlaşma yapıları içinde yer alan ve insan ticareti olgusu ile bağlantılı olabilecek hükümler içeren Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve Çocuk Hakları Sözleşmesi de bunların arasındadır. Ayrıca Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol'de Türkiye tarafından imzalanmış ve bağlayıcı

<sup>5</sup> Palermo Protokol'ünün resmi Türkçe metni için bkz., 18.03.2003 tarihli ve 25052 sayılı *Resmi Gazete*.

hale gelmiştir.<sup>6</sup> Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1930'da kabul ettiği, "Zorla Çalıştırma Hakkında 29 Sayılı Sözleşme" 1998 yılında, 1957 yılında kabul ettiği "Zorla Çalıştırmanın Kaldırılması Hakkında 105 Sayılı Sözleşme" 1960 yılında ve 1999 yılında kabul ettiği "182 sayılı En Kötü Biçimdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi", 2001 yılında Türkiye tarafından imzalanmıştır.<sup>7</sup> Bunların dışında Avrupa Konseyi bünyesinde de uluslararası sözleşmelerin birçoğu Türkiye tarafından imzalanmış ve bağlayıcı hale gelmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1954 yılında onaylanmıştır ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargılama yetkisi yaklaşık 15 yıl önce tanınmıştır. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi de Türkiye tarafından 1999 yılında imzalanmıştır.<sup>8</sup> Bu açıdan uluslararası insan hakları hukuku açısından ortaya çıkan ve insan ticaretine dair düzenlemeleri de içeren belgelerin hemen hepsi iç hukukumuz açısından bağlayıcı hale gelmiştir. Ancak Türkiye, insan ticareti alanında kapsamlı hükümler içeren 2005 yılı Mayıs ayında imzaya açılan "İnsan Ticaretine Karşı Mücadele Avrupa Sözleşmesi"ni ise ne imzalamış ne de onaylamıştır.

Uluslararası alanda insan ticareti konusunda uluslararası standartları ortaya koyan, "Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" de Türkiye tarafından onaylanmış ve iç hukuka aktarılmıştır. 30.01.2003 tarihli ve 4800 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunan Sözleşme ve 30.01.2003 tarihli ve 4803 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunan "Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığı'na Karşı Protokol" ve 30.01.2003 tarihli ve 4804 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunun "Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek İnsan Ticareti'nin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticareti'nin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol" (Palermo Protokolü), Bakanlar Kurulu'nca 26.02.2003 tarihinde onaylanmış ve 18 Mart 2003 tarihli ve

<sup>6</sup> Bu sözleşmelerin resmi Türkçe çevirileri için bkz., <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/source/411.asp?r=7%2F14%2F2006+9%3A14%3A21+PM&oid=sub4-1&seid=23> (erişim: 14.07.2006)

<sup>7</sup> Türkiye'nin onayladığı ILO Sözleşmeleri'nin Türkçe çevirileri için bkz., <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/sozlesme/onaylanan.htm> (erişim:14.07.2006)

<sup>8</sup> Bu sözleşmenin resmi Türkçe çevirisi için bkz., 02.05.2002 tarihli ve 24743 sayılı Resmi Gazete.

25052 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İç hukukta benzer bir düzenleme olmadığı için sözleşme ve ek protokolleri, Anayasa'nın 90. maddesi gereği iç hukukta doğrudan uygulanabilirlik taşıdığı söylenebilir. Uygulamada da insan ticareti suçu mağdurları için iç hukukta çerçeve bir yasa veya hukuki düzenleme olmadığı için BM Sözleşmesi ve Protokolleri'nin doğrudan iç hukuk düzenlenmesi gibi uygulanmaktadır. Ancak uluslararası standartların işler kılınması, sözleşme ve protokollerin getirdiği standartların iç hukukta uygulanmasını kolaylaştırmak ve olası kafa karışıklığının giderilmesi için ayrı bir çerçeve kanunla düzenlenmesi daha doğru olacaktır.

### **Türk Ceza Hukuku Açısından İnsan Ticareti**

İç hukukta çalışmanın konusu olan ceza hukuku bağlamında son dönemde kapsamlı değişiklikler yaşanmaktadır. Birçok temel kanun son bir kaç yıl içinde yeni baştan yazılmıştır. İnsan ticareti açısından ise daha önce özel bir yasa hükmü bulunmuyordu ve 2002 yılında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki değişiklikle beraber doğrudan bir düzenlemeye gidilmiştir. 201/b başlığıyla getirilen bu madde ile Palermo Protokolü'nde tanımlanan biçimiyle insan ticareti başlı başına bir suç haline getirilmiş ve ağır cezalar öngörülmüştür. Ancak düzenleme Palermo Protokolü ile tam bir uyum içerisinde değildir. Palermo Protokolü'nün insan ticaretini tanımlayan 3. maddesi: *"İnsan ticareti, kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması anlamına gelir. İstismar terimi, asgari olarak, başkalarının fuhuşunun istismar edilmesini veya cinsel istismarın başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, esareti veya esaret benzeri uygulamaları, kulluğu veya organların alınmasını içerecektir."* şeklinde bir düzenleme getirirken, eski TCK'nın 201/b maddesi: *"Zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmak, vücut organlarının verilmesini sağlamak amacıyla, tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden, barındıran*

*kimseye beş yıldan on yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir..."* şeklindedir.

2005 yılında yürürlüğe giren Yeni Ceza Kanunu'nda ise insan ticareti suçu 80. madde de düzenlenmiş ve eski düzenlemeye bağlı kalarak sadece cezalar artırılmıştır. Düzenlemenin gerekçesi Palermo Protokolü'ne doğrudan atıf yapmış ve protokole bağlı kaldığını belirtmiştir. Yeni düzenlemede ayrıca tüzel kişilerinde cezai sorumluluğu öngörülmüş ve cezai sorumluluğun kapsamı genişletilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nda insan ticareti suçunun tanımı yapılırken Palermo Protokolü'nün insan ticareti ile ilgili tanımlamasının önemli bir unsuru ihmal edilmiştir. Türk Ceza Kanunu Palermo Protokolü'nden farklı olarak "*istismar*"a yer vermemiş ve cinsel istismara ise hiçbir gönderme yapmamıştır. Bu düzenleme de Palermo Protokolü ile tam bir uyum taşımamaktadır. İleride ayrıntılı belirtileceği üzere TCK 227. madde de düzenlenen fuhuş suçunun insan ticareti kapsamında değerlendirilmemesi, insan ticareti suçunun kapsamını daraltmış, neredeyse uygulanamaz hale getirmiştir. TCK'nın 227. maddesinin 3 ve 4. fıkrası: "*...Fuhuş amacıyla ülkeye insan sokan veya insanların ülke dışına çıkmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre cezaya hükmolunur... Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhuşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır..."* şeklinde bir düzenleme öngörmüştür. Bu şekilde bir düzenleme ile fuhuş amaçlı insan ticareti suçu doğrudan fuhuş suçunun nitelikli haline dönüştürülmüştür. Uygulamada karşılaşılan vakaların büyük çoğunluğu cinsel istismar şeklinde gerçekleşmekte ve davalar fuhuş suçu kapsamında açılmaktadır.<sup>9</sup> Bu durum insan ticareti suçu ile mücadelede zaafiyet ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Bununla birlikte TCK'da bazı olumlu düzenlemeler de vardır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 13. maddesinde, insan ticareti suçunun vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde bile, Türk kanunlarına göre yargılanacağını belirterek uluslararası cezasızlığın önüne geçmek istemiştir. Bu sayede suç yabancı biri tarafından başka

<sup>9</sup> Bu konuda insan ticareti suçunun Emniyet Genel Müdürlüğü'nün istatistiklerinde de yoğunlaştığı dört büyük ilde (İstanbul, Antalya, Trabzon, Ankara) incelenen mahkeme kayıtlarında insan ticareti ile ilgili olabilecek çok sayıda davanın fuhuş suçu kapsamında açıldığı görülmüştür.

bir ülkede işlense dahi kişi Türkiye’de yakalanıp cezalandırılabilir. Bu düzenleme genellikle birden çok ülkede faaliyet gösteren organize suç örgütlerinin işledikleri suçun cezasızlığını ortadan kaldırmak için olumlu bir düzenlemedir.

Belirtilmesi gereken bir başka durumda, Türk Ceza Kanunu’nda doğrudan olmasa bile insan ticareti ile ilgili başka suçlarında öngörül-müş olmasıdır. 102. maddede tecavüz suçu, 103. maddede çocuğun cinsel istismarı suçu, 104. maddede reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, 105. maddede cinsel taciz suçu, 106. maddede tehdit suçu, 107. maddede şantaj suçu, 109. maddede kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, 117. madde de iş ve çalışma hürriyetinin ihlali ve en önemlisi 227. maddede fuhuşa teşvik suçu düzenlenmiştir. Yine 91. maddede organ veya doku ticareti düzenlenmiş ve ağır cezalar öngörülmüştür. Bu düzenlemelerin varlığı genel olarak olumlu olsa da insan ticareti suçu ile karıştırılabilmekte ve kimi durumlarda iddianameler bu suçlarla tanzim edilmektedir.

Türk Ceza Kanunu kapsamında olmasa da uygulamada karşılaşılan cezalardan biri de idari ceza kapsamında bazı işyerlerinin süreli olarak kapatılmasıdır. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 8. maddesinde mevcut hükümlere aykırı davranışları görülen genelevlerin, birleşme yerlerinin ve fuhuş yapılan evlerin ve yerlerin polis tarafından kapatılacağı ve/veya faaliyetlerinin men edileceği belirtilmektedir. Uygulamada da bu hüküm çerçevesinde insan ticareti suçunun gerçekleştiği yerlerden olan otellerin 30 gün vs. gibi sürelerle kapatılarak idari cezalar verilebilmektedir.

Türk Ceza Kanunu insan ticareti ile ilgili doğrudan veya dolaylı birçok düzenlemeye yer verirken genel olarak bir suçun “mağdur”unu açıkça tanımlamamıştır. Ancak insan ticareti suçu kapsamında değerlendirildiğinde mağdurların fiilleri ayrıca suç teşkil ettiği durumlarda mağdurların suç işlemediği kabulüne yol açan 28. madde düzenlemesi vardır: “Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.” Bu madde ile insan ticareti mağdurlarının sıkça karşılaştığı fuhuş veya pasaport kanununa muhalefet gibi suçlardan yargılanmalarının önü kesilmiştir. Ancak uygulamada görüldüğü kadarıyla insan ticareti mağdurları özellikle yabancı kişilerse mağdurluk statüsünün tanımlanmasının ardından hazırlık soruşturması kapsamında ifadeleri

alındıktan sonra ülkelerine geri gönderilmektedir. Hatta bazı durumlarda kişinin mağdurluk statüsü açıkça görülmesine karşın pasaport kanununa muhalefet vb. suçlamalarla mağdurlar bir kez daha mağdur hale getirilmektedir.

Palermo Protokolü'nün insan ticareti tanımı ile TCK'nın tanımı arasındaki farklar uygulamada çok fazla sayıda soruna neden olmaktadır. İnsan ticareti suçundan açılan davaların büyük kısmı beraatla sonuçlanmaktadır.<sup>10</sup> Son zamanlarda davaların bir bölümü de görevsizlik kararı ile 227. maddeden yargılama yapılması gerekildiği belirtilerek asliye ceza mahkemelerine gönderilmektedir. Mahkemeler fuhuş suçu ile insan ticareti suçunu karşılaştırmakta, ceza kanununun 80. madde düzenlediği insan ticareti suçu düzenlemesini dar yorumlamakta ve vakaların 227. madde de yer alan fuhuş suçu oluşturduğu yönünde kararlar vermektedir. Bu durum giderek yüksek bir eğilim kazanmaktadır. Ortada fiilen fuhuş amaçlı insan ticareti suçunun ağır ceza mahkemelerinin görev alanına değil, asliye ceza mahkemeleri görev alanına girdiği şeklinde bir uygulama oluşmuştur. Hatta ağır ceza mahkemeleri yazı işleri müdürleri yanlış bir şekilde bu suçun artık ağır ceza mahkemelerinin değil asliye ceza mahkemelerinin görev alanında olduğunu belirtmektedir. Bir diğer uygulama ise insan ticareti mağduru olduğu açıkça ortadayken bazı mağdurların "sahte pasaport düzenlemek", "evrakta sahtecilik" gibi suçlamalarla suçlu konuma düşürülmek istenmesidir. Bu durumda insan hakları açısından kabul edilemez bir durumdur ve TCK'nın 28. maddesinde açıkça belirtilmesine karşın mağdurlardan bu şekilde suçlu yaratılmaya çalışılmaktadır.

### Türk Ceza Usul Hukuku Açısından İnsan Ticareti

İnsan ticareti ile mücadele açısından ceza kanununda yapılan değişiklikler ceza usul hukukunda da yer almış ve insan ticareti suçu faillerinin soruşturulmasında farklı düzenlemeler getirilmiştir. CMK'nın 128. maddesinde şüpheli veya sanığın insan ticareti suçunu işlediğine

<sup>10</sup> İnsan Ticareti açısından Adalet Bakanlığı 2002 yılı sonundan itibaren 3 aylık dönemler halinde istatistiksel bilgi toplamaktadır. Ancak ADİS 34 formu olarak adlandırılan formlarla mahkemelerin esas defterleri karşılaştırıldığında bir uyumsuzluk göze çarpmaktadır. Bu açıdan dört ilde (İstanbul, Antalya ve Trabzon) bu makalenin yazarları tarafından yapılan bir araştırmada neredeyse %90'dan fazla oranda beraatla karşılaşılmıştır.



dair kuvvetli bir şüphe bulunduğu durumlarda şüpheli veya sanığa ait her türlü menkul, gayrimenkul, değerli kağıt, para, alacak gibi malvarlığına elkonulmasının yolu açılmıştır. Hatta bu malvarlığı 3. bir kişinin elinde dahi bulunsa el koymaya konu olabilmektedir. Ancak insan ticareti suçunun fuhuş suçu olarak değerlendirildiği durumda bu madde uygulanamamaktadır. Bu durumda insan ticareti suçu ile mücadele açısından öngörülmüş bir tedbir fiilen uygulanamaz hale gelmektedir.

CMK'nın 133. maddesi ise insan ticareti suçunun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hakim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atanabileceğini öngörmüştür. İnsan ticareti suçu ile pratikte oldukça fazla karıştırılan ve 227. madde de düzenlenen "*fuhuşa teşvik*" suçunda bu kapsamda değerlendirilmiş ve cezasızlığın ortadan kaldırılması açısından olumlu bir düzenleme olmuştur. Bu açıdan fuhuş suçu ile olası bir karışıklık en azından bu düzenleme açısından önemini yitirmektedir.

İnsan ticareti suçunun süreciden ve organize bir suç olma niteliği nedeniyle soruşturmada farklı düzenlemelere gidilmiştir. Bunlardan biri de iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması açısından söz konusudur. CMK'nın 135. maddesi insan ticareti veya fuhuş suçu dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir düzenlemesini getirmiştir. Ancak yine 227. madde de düzenlenen fuhuş suçu bu kapsamda değerlendirilmemiştir. Uygulamada yine insan ticareti yerine fuhuş suçuna göre adım atıldığı takdirde bu düzenleme kullanılamayacaktır.

CMK'nın 140. maddesinde "*Teknik araçlarla izleme*" başlığı altında insan ticareti ve fuhuşa teşvik suçlarında, suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi halinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabileceği öngörülmüştür. Bu madde de fuhuş suçunu içermemektedir.

CMK'nın 248. maddesi de insan ticareti suçunun sanığının kaçak olması durumunda, sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak mahkeme kararıyla el konulabileceğini ve gerektiğinde idaresi için kayyım atabileceğini düzenlemiştir. İnsan ticareti değil de fuhuş suçu şeklindeki bir soruşturmada bu önlem de geçerli olamayacaktır.<sup>11</sup>

İnsan ticareti suçunun soruşturulması ve yargılama aşamasında yaşanan sorunlardan biri de suçun mağduru olanların aynı zamanda suçun tanığı olmasından kaynaklanmaktadır. Mağdur/tanıkların büyük çoğunluğu olaydan bir süre sonra vatandaşı olduğu ülkeye gönderilmekte ve yargılama aşamasında tekrar dinlenilmeleri mümkün olmamaktadır. Bu açıdan hazırlık aşamasında mağdur-tanığın ifadesinin mümkün olduğunca kapsamlı ve ayrıntılı şekilde alınması önem kazanmaktadır. CMK'nın tanıkların dinlenilmesi başlıklı 52. maddesinde duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin tanıklığında görüntü ve ses kaydı alınacağını belirtmiştir. Bu düzenleme ile uygulamada ortaya çıkan ve çıkabilecek sorunlar giderilmek istenmiştir. Ancak uygulamada bu şekilde bir pratiğe rastlanmamıştır. Mahkemeler teknik olarak bu kapasiteye henüz sahip değildir. Bu konuda Adalet Bakanlığı tarafından çalışmalar başlatılmış ve bu anlamda insan ticareti suçu dışında başka suçlar açısından bazı örnekler ortaya çıkmaya başlamış olsa da henüz yaygınlık kazanmış değildir.

Tanıkların korunması açısından, kimliklerinin ve tanıklıklarının açığa çıkmasından çekinen ya da bu durumun mağduru tehlikeye düşüreceği durumlarda CMK'nın 58. maddesi tanıkların korunmasını öngörmüştür. Maddede organize olarak bir örgüt tarafından işlenen suçlarda, tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemlerin alınacağı belirtilmiştir. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet Savcısı, hakim veya mahkeme tarafından muhafaza edileceği de öngörülmüştür. Yine mahkemede mağdur veya tanığın tanıklığında, hazır bulunanların hu-

<sup>11</sup> Burada ifade edilmesi gereken başka bir nokta da, CMK'nın müsadere konusunu düzenleyen 256 vd. maddelerinde müsadere düzenlenirken suçun mağdurunun mağduriyetini giderecek bir düzenlemeye gidilmemiş olmasıdır. Mağdur suça konu malvarlığından zararının giderilmesini talep edememekte ve bu anlamda mağduriyetinin devamı söz konusu olmaktadır.

zurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hakim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilmektedir. Böyle durumlarda tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılması öngörülmüştür. Ancak Türkiye’de bu şekilde sesli veya görüntülü aktarma yapacak teknik imkanlar mahkemelerde henüz yaygınlık kazanmamıştır ve yaşanan pratikler tekil örneklerden ibarettir.

CMK’nın 180. maddesi tanığın hastalık veya malullük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle bir tanık veya bilirkişinin uzun ve önceden bilinmeyen bir zaman için duruşmada hazır bulunmasının olanaklı bulunmayacağı anlaşılırsa, mahkeme onun bir naiple veya istinabe yoluyla dinlenmesine karar verebileceğini ve bu durumun konutlarının yetkili mahkemenin yargı çevresi dışında bulunmasından dolayı getirilmesi zor olan tanık ve bilirkişinin dinlenmesinde de uygulanacağını belirterek yurt dışında bulunan tanığın dinlenilmesi için bir hukuki imkan yaratmıştır. Türkiye’nin insan ticareti mağdurlarının vatandaşı olduğu ülkelerin hemen hepsi ile bu şekilde adli yardım antlaşmaları mevcuttur. Adalet Bakanlığı’nın da yayınladığı genelgelere bu ülkeler ve uygulanacak usul ayrıntılı şekilde ifade edilmiştir. Ancak uygulamada genelgelere uyulmamaktadır ve bu konuda diğer ülkelerle mağdurun ifadesinin alınmasına yönelik bir adli veya diplomatik yazışma olmamıştır.

CMK’nın 234. maddesi genel çerçeve içerisinde mağdurun ceza yargılaması içerisinde haklarını düzenlemiştir. Mağdurun soruşturma evresinde: Delillerin toplanmasını isteme, soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet Savcısı’ndan belge örneği isteme, vekili yoksa baro tarafından kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteme, vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve el konulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme, Cumhuriyet Savcısı’nın, kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararına kanunda yazılı usule göre itiraz hakkını kullanma hakları vardır. Kovuşturma evresinde ise: Duruşmadan haberdar edilme, kamu davasına katılma, tutanak ve belgelerden vekili aracılığı ile örnek isteme, tanıkların davetini isteme, vekili yoksa baro tarafından kendisine avukat atanmasını isteme, davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma hakları vardır. CMK 234. madde de mağdurun on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade

edemeyecek derecede malul olduğu ve bir vekilinin de bulunmadığı durumlarda, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir. Mağdurun sahip olduğu bu hakların, suçun mağdurları ile şikayetçiye anlatılıp açıklanacağı ve bu hususun tutanağa yazılacağı da ayrıca belirtilmiştir. Ancak uygulamada mağdura vekil olarak avukat atanmasından sorumlu olan baroların bu alanda çalışan servis veya komisyon kayıtları incelendiğinde neredeyse hiç vekil atamasına rastlanılmamaktadır. Hazırlık soruşturması sırasında ifadesi alınan mağdurların yanlarında genellikle sadece tercüman bulunmaktadır.

Tanıkların ulaşım ve diğer masraflarının karşılanması konusunda ise CMK'nın 61. maddesi, *"Cumhuriyet Savcısı veya mahkeme başkanı veya hakim tarafından çağrılan tanığa, her yıl Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan tarifeye göre kaybettiği zaman ile orantılı bir tazminat verileceğini, tanık hazır olmak için seyahat etmek zorunda kalmışsa, yol giderleriyle tanıklığa çağrıldığı yerdeki ikamet ve beslenme giderleri de karşılanır"* şeklinde düzenlenmiştir. İnsan ticareti konusunda mağdurların büyük bir kısmının yabancıdır. Mağdurların büyük çoğunluğu ülkelerine geri dönmekte ve yurt dışında ikamet etmektedir. Böyle bir durumda, bu maddenin yurtdışında ikametine ulaşılacak tanıkların Türkiye'ye geliş gidişlerinde uygulanıp uygulanamayacağı belli değildir.

Mağdurun suçun etkisi altında olduğu veya psikolojik olarak kendini hazır hissetmediği durumlarda CMK'nın 84. maddesi, keşif, tanık veya bilirkişinin dinlenilmesinde sanığın varlığının tanığın gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekse, o işte şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebileceği düzenlenmiş ve mağdurun ikinci bir mağduriyeti giderilmek istenmiştir. Yine 236. maddede, işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebileceğini ancak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklı olduğunu belirtmiştir. Ancak yine aynı madde de mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulacağı da belirtilmiştir.

Genellikle yabancı olan insan ticareti mağdurlarının dil problemleri hazırlık soruşturmasında büyük problemler yaratabilecektir. CMK'nın 202. maddesi gerek hazırlık aşamasında gerekse yargılama aşamasında

mağdurun ücretsiz tercüman hakkından yararlanabileceğini belirtmiş ve bu anlamda uluslararası standartları yakalamıştır.

CMK'nın 235. maddesi mağdur, şikayetçi veya vekilinin, dilekçelerinde veya tutanağa geçirilmiş olan beyanlarında belirttikleri adresleri tebligata esas alınacağını belirtmiştir. Bu yüzden mağdurların hazırlık aşamasında adreslerinin tespiti ya da bir vekil tarafından temsil edilmesinin sağlanması önem kazanmaktadır. Aksi durumda sabit ikametgahı bilinmeyen mağdurun ifadesine başvurulmaması sonucu suçluların cezalandırılmaması durumu ortaya çıkabilecektir.

### Değerlendirme

Ceza hukuku bağlamında ortaya konulan düzenlemeler uygulamada etkin bir şekilde uygulanmayarak cezasızlık ve mağduriyet halinin devamı engellenemiyor. Suçtan zarar gören mağdurun vekili, katılan sıfatını kazanması ile birlikte davanın taraflarının sahip olduğu tüm haklara sahiptir. CMK'nın 234. maddesi gereği olarak mağdurun yargılamanın her aşamasında hem hazırlık hem de soruşturma aşamalarında barodan ücretsiz avukat isteme hakkı vardır. Yargılamanın her aşamasında müdahil (katılan) sıfatı ile usuli işlemlere katılabilirler. Uygulamada genellikle mağduru yabancılar olan insan ticareti mağdurlarının ifadelerinde avukat yardımından yararlanması durumu oldukça düşük düzeylerde dir.

Yetkililerin mağdurlara yaklaşımları suçlulara yaklaşımları ile örtüşmekte ve mağdurları da suçlu olarak değerlendirildiği söylenmektedir. Avukat yardımından yararlanılmaması kovuşturma aşamasında alınan mağdur ifadelerinin yargılamada etkili bir şekilde kullanılmasını engellemektedir. Bu durumun olağan sonucu ise sanıkların büyük oranda delil yetersizliğinden beraatıdır.

Bir mağdurum davaya katılan sıfatı ile katılması için vekilinin bunu yazılı veya sözlü olarak hakime bildirmesi ve hakimın bu konudaki kararı yeterlidir. Ancak bunun için mağdurun ya bizzat kendisinin ya da vekilinin bu talebi yerine getirmesi gerekmektedir. İnsan ticareti ile ilgili davalarda mağdurun ülkesine dönmeden önce barolar tarafından ücretsiz avukat isteminden ya da kendi özel avukatı ile temsilinin sağlanması gerekmektedir. Uygulamada bu şekilde barolar tarafından insan ticareti davalarında mağdur için görevlendirilmiş avukat yok denecek kadar azdır.

Türkiye’de “suçtan zarar gören” deyimi dar olarak yorumlanmakta ve suçtan doğrudan zarar gören kişiyi kapsamaktadır. Bazı yabancı hukuk düzenlerinde olduğu gibi “*amicus curiae*” düzenlemesi Türkiye’de olmadığından, örneğin kadın hakları örgütlerinin, baroların davalara katılmaları mümkün olamamaktadır. Bu şekilde bir yaklaşımla ülkesine geri dönen ve kendisine ulaşamayan mağdurlar yargılamaya katılmadıkları için etkili bir yargılama yapılamamaktadır. Üçüncü bir tarafın bu anlamda yargılamaya taraf olması bu suçla mücadele ve mağduriyetlerin giderilmesi bakımından ilerletici olabilecektir.

Geçmiş düzenlemelerin aksine yeni TCK ve CMK insan ticareti suçunu özel suç kategorisinde düzenlemiş ve bu suçların soruşturulmasında ve kovuşturulmasında özel bazı imkanlar tanıyarak bu suçlarla mücadele açısından yol açıcı olmuştur. Yasaların sistematığı açısından da insan ticareti suçu en başta düzenlenerek suça verilen önem biçimsel olarak da ifade edilmiştir. Ancak uygulamada birçok sorun hala sürmektedir. İnsan ticareti konusunda mahkemelere sevk maddeleri oldukça çeşitlilik göstermektedir. Savcılıkların insan ticareti suçunun mahiyeti noktasında hala eksiklikler taşıdıkları ortadadır. Bu konuda bazı eğitimler yapılmasına karşın yasal düzenlemelerin içselleştirilemediği görülmektedir. Adliyelerde görülen davalar bir kısmı insan ticareti başlığını taşımakta iken bazılarının da fuhuş suçu ile bağlandırıldığı hatta insan kaçakçılığı suçlaması öne sürüldüğü görülmüştür. Bu durum tutarlı bir ceza adalet sisteminin yokluğuna işaret etmektedir.

Sonuç olarak, Türk Ceza Kanunu’na göre insan ticareti suçu kapsamına alınmayan fuhuş amaçlı insan ticareti uygulamada bu suçların cezalandırılmaması ve mağdurların suç dolayısıyla ortaya çıkan mağduriyetinde bir anlamda giderilmemesine yol açmaktadır. TCK’da yer alan 80. madde düzenlemesinin fuhuş suçuyla karıştırılmaması ve bu suçla etkin bir mücadele açısından 227. maddenin 4. fıkrasının kaldırılarak fuhuş amaçlı insan ticareti suçunun 80. maddeye herhangi bir kafa karışıklığına yol açmayacak şekilde konulması gerekmektedir.<sup>12</sup> Bu en azından kağıt üzerinde var olan eksiklikleri ortadan kaldıracaktır.

<sup>12</sup> Bu konuda Dışişleri Bakanlığı tarafından bir yasa değişikliği önerisinin hazırlandığı ve Adalet Bakanlığı’na gönderildiğine dair bilgiler olmasına karşın bu çalışma henüz kamuoyuna açıklanmamıştır ve içeriği bilinmemektedir.

# AİHM'İN İŞ YÜKÜNÜN AZALTILMASI İÇİN BİR ÖNERİ: “ZORUNLU UZLAŞTIRMA”

Rona AYBAY\*

## Giriş

Bütün insanların, belli bir takım temel haklardan ve özgürlüklerden eşitçe yararlanabilmesi gerektiği anlayışının, soyut bir ilke ve özlem olmaktan çıkıp, yaşanan somut bir gerçeklik olması için, yüzyıllardan beri bir savaşım verilmektedir. “Adalet” ülküsünün, evrensel ölçüde benimsenmesi açısından “*insan hakları*” kavramı, çağımızda, özel bir anlam kazanmıştır. Ancak, bu alanda aşılması gereken daha pek çok güçlüğün varlığı da tartışmasız bir gerçektir.

Bu güçlüğlerin aşılması ve insan haklarının yaşanan bir gerçek haline gelebilmesi için harcanan çabalar arasında, devletlerin insan hakları alanındaki uygulamaları üzerinde hukuksal bir denetim yapılmasını sağlayan düzenekler özel bir yer tutar.

Bu düzeneklerin bir bölümü, denetim kapsamına giren devletlerin, bir “*mahkeme*” önünde yargılanmasına olanak verir niteliktedir.

Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, bu tür “*mahkeme*”lerin sayısı son derece sınırlıdır. Buna karşılık insan hakları alanında etkinlikte bulunan ama “*mahkeme*” niteliği taşımayan kuruluşların sayısı pek çoktur. Genellikle “*komite*”, “*komisyon*”, “*ombudsman*”, “*komisyoner*” gibi adlar verilmiş olan bu kuruluşların kimisine, “*bireysel başvuru*” yoluyla başvurulması yolu da açıktır. Ama bunların işlevinin “*yargısal*” nitelik taşıdığı söylenemez. Olsa olsa, bu kuruluşların bazılarının “*yargı-benzeri*” (*quasi judicial*) bir işlevi olduğundan söz edilebilir.<sup>1</sup>

\* Prof. Dr., TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Başkanı.

<sup>1</sup> İnsan hakları alanında uluslararası düzeyde denetim yapan kuruluşların çoğu, “*mahkeme*” niteliği taşımayan kuruluşlardır. Bunlar, yargılama yapıp “*hüküm*” veren değil, başka türde denetim yapan kuruluşlardır. Bu kuruluşların etkinlikleri

İnsan hakları alanında görev yapan mahkemelerin en önemlisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) olduğunda kuşku yoktur. Amerika kıtasında, AİHM'in bir benzeri olarak kurulmuş olan Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, muhtemelen ABD'nin ve kıtanın kuzeyindeki öteki büyük devlet olan Kanada'nın bu sisteme katılmaması<sup>2</sup> nedeniyle, AİHM karşısında çok zayıf bir gelişme göstermiştir. Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi'nin baktığı dava sayısı ve kararlarının etkisi, AİHM ile karşılaştırılmayacak kadar küçüktür.<sup>3</sup>

### AİHM Sistemi

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, AİHM insan haklarının yargı yoluyla korunması alanında, dünyadaki benzerleri arasında hiç kuşkusuz en öndeki örnektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle güvence altına alınmış hakların ve özgürlüklerin çiğnendiğini ileri süren gerçek kişilere, kuruluşlara ya da kişi topluluklarına,<sup>4</sup> ilgili üye devlet aleyhine AİHM'e başvurabilme olanağı tanınmıştır.

Günümüzde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni onaylamak ve dolayısıyla AİHM'in yargı yetkisini kabul etmek, Avrupa Konseyi'ne üye olmanın bir ön-koşulu haline gelmiştir. Bu sistem, Avrupa Konseyi'ne üye<sup>5</sup> 46 devlet aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle ve taraf olunan ek protokollerle<sup>6</sup> güvence altına alınmış bir hakkın ihlali iddia-

---

arasında, ilgili ülkelere ziyaretler yapıp, raporlar yazma, devletlere tavsiyede bulunma, ulusal organlarla işbirliği yaparak, insan hakları alanında gelişmelere katkıda bulunma gibi çalışmalar vardır.

<sup>2</sup> Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi'nin kurulmasını sağlayan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerika kıtasındaki 26 devletçe onaylanmış durumdadır.

<sup>3</sup> Benim de kuruluşundan kapanışına kadar, 1995-2003 yılları arasında yargıç olarak görev yaptığım Bosna-Hersek İnsan Hakları Mahkemesi de, insan hakları alanında "mahkeme" sıfatıyla görev yapan nadir kuruluşlardan biri idi.

Avrupa Birliği çerçevesinde Lüksemburg'da görev yapan Avrupa Adalet Divanı da, eşitlik ve ayrımcılık gibi konularda insan haklarını ilgilendiren kararlar verebilmektedir.

<sup>4</sup> AİHM'e başvurma hakkı bakımından, uyrukluğun önemi yoktur; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletlerin uyrukları, giderek yurtsuzlar (vatansızlar) da başvurabilir. Öte yandan, "tüzel kişiliği" olmayan oluşumlara da başvuru hakkı tanınmıştır (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.34).

<sup>5</sup> Üye devletlerin sayısı, 2006 Haziranı itibarıyla 46'dır. Karadağ'ın da üyeliğe kabulüyle sayının 47'ye ulaşması beklenmektedir. Belarus'un üyelik başvurusu 1993 yılından beri sonuçlandırılmamıştır.

<sup>6</sup> Avrupa kıtasında insan haklarının yargı yoluyla korunması sistemini kuran ana Sözleşme'ye Avrupa Konseyi'ne üye olan bütün devletler taraf ise de; sözleşmenin



sıyla AİHM'e başvurabilme olanağı vermektedir. Dünya da güvencenin etkinliği, kapsamı ve coğrafi alan bakımından bu kadar yaygın başka bir "yargı yoluyla koruma" sistemi yoktur. Özellikle, Rusya Federasyonu'nun da 1996'da Avrupa Konseyi'ne üye olarak kabulü üzerine, Avrupa Konseyi üyesi devletler, Atlantik'ten Pasifik Okyanusu'na kadar uzanan bir alana yayılmış durumdadır.<sup>7</sup> Bu alanda yaşayan insanların toplam nüfusu 800 milyon kadardır.

### AİHM'de İş Yükünün Olağanüstü Artışı

Yukarıda belirttiğimiz gibi, AİHM'in uygulanma alanı Atlantik'ten Pasifik Okyanusu'na uzanan bir coğrafi alanda bulunan 46 ülkeyi kapsamaktadır. Bir yandan bu geniş yetki alanı, öte yandan AİHM'in bazı ülkelerde özellikle artmış görünen "popülerliği" sonucunda, bu mahkemeye yapılan başvuruların sayısı olağanüstü bir artış göstermektedir. Mahkemenin resmi istatistiklerine göre, 2006 yılı başı itibariyle, incelenmesi gereken başvuru sayısı 81.000 kadardır.<sup>8</sup> Mahkemenin bu iş yükünün ağırlığı altında ezilip, "tıkanması" ya da "kilitlemesi" giderek sistemin bütünüyle çökmesi olasılığı, gittikçe artan bir kaygı uyandırmaktadır. Gelen başvuruların büyük çoğunluğu (%90'ından fazlası) "dinlenmez"<sup>9</sup> bulunsa bile, her birinin okunup, değerlendirilmesi için zaman ayıracak ve inceleme yapacak görevli gerekmektedir. AİHM'in resmi açıklamalarına göre, iş yükü artışı 2007 yılında mahkemede çalışanların sayısında bir misli artışı gerektirebilecektir.

---

kapsadığı hakları genişleten protokollerin bazısı, kimi üye devletlerce onaylanmış değildir.

<sup>7</sup> Bkz., AYBAY, Rona; Avrupa Nerede Başlar, Nerede Biter? Ya da Afganistan Avrupa'nın Batısında mı? *Bilgi ve Bellek Dergisi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi yayını, S. 2, s. 18-23.

<sup>8</sup> Başvuruların toplamı olan 81.000'nin, üye devletler arasındaki dağılımında Rusya %17.2 ile başta gelmekte onu sırasıyla şu devletler izlemektedir: Türkiye (%13), Romanya (%11.8), Polonya (%9.6), Ukrayna (%5.7), Fransa (%5.3), Almanya (%4.7), İtalya (%4.3), Çek Cumhuriyeti (%3.2), İngiltere (Birleşik Krallık) (%3), Bulgaristan (%2.8) geri kalan devletlerden gelen başvurular ise toplam olarak %19.4'tür.

<sup>9</sup> İngilizce "admissible" sözcüğünün "kabul edilebilir" biçiminde çevirisi yanlış anlamaya yol açabilmektedir. Türkçe de davanın kabulü, davacının lehine sonuçlanmayı akla getirir. Oysa burada kast olunan, davanın incelenmesine engel bir durumun olmadığı ya da başvurunun önemli eksiklikler içermediğinin saptanmasıdır.

Bu nedenle, eski dildeki davanın "mesmu" olması deyiminden de esinlenerek, davanın "dinlenebilirliği" demek daha yerindedir.

#### 14. Protokol

AİHM'i bekleyen bu "kilitlenme" ya da "tıkanma" tehlikesi karşısında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde değişiklikler öngören bir protokol hazırlanmış ve başvuruların değerlendirilmesinde ve mahkemenin çalışmasında hız sağlayacak bu metin, 14. Protokol olarak kabul edilmiştir. Bu protokolle getirilmesi öngörülen değişikliklerin değerlendirilmesini bu makalenin konusu dışında bırakıyorum.<sup>10</sup> Ancak, 14. Protokol'ün tek başına, AİHM'in iş yüküyle ilgili sorunları ortadan kaldıramayacağı görüşünde olanlara katıldığımı belirtmek isterim.

Bizzat AİHM'in, deneme niteliğinde yaptığı çalışmalar, 14. Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle, mahkemenin sonuca bağlayacağı dosyalardaki artışın %20-25'den fazla olmayacağını göstermiştir.

14. Protokol,<sup>11</sup> 1 Ekim 2006 itibariyle Avrupa Konseyi'ne üye bütün devletlerce imzalanmıştır. Protokol bütün üye devletlerce onaylandıktan 3 ay sonra yürürlüğe girecektir (14. protokol, m. 19).

Türkiye, 14. Protokolü 6 Ekim 2004 tarihinde imzalamış ve onaylamanın uygun bulunduğu kanun, TBMM'ce kabul edilip Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bunun ardından, onay belgesi 2 Ekim 2006 tarihinde, protokolün 18/2 maddesi uyarınca Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verilmiştir.

Polonya ve Rusya (makalenin son biçiminin yazıldığı 10 Ekim 2006 tarihi itibariyle) imzalamış, ama onaylamamış durumdadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin karşı karşıya olduğu "tıkanma" ya da "kilitlenme" tehlikesi 14. Protokol'ün başlangıç bölümünde bildirilmiştir.

Mahkemenin iş yükünün sürekli olarak artmasının, mahkemece sağlanan denetim sisteminin etkenliğinin tehlikeye düşürdüğü; bu tehlike karşısında acil olarak bazı tedbirler alınabilmesi için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bazı hükümlerinin değiştirilmesi gerektiği

<sup>10</sup> Bu konuda Deniz AKÇAY'ın TBB'nin yabancı dilde yayımlanan dergisi DIGESTA TURCICA'nın 2. sayısında yayımlanan makalesine bakılabilir: *Le Mechanisme de Controle de la Convention européenne des Droits de l'Homme; un Processus de Reforme contin* .

<sup>11</sup> Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Amending the Control System of the Convention, Strasbourg 13 May 2004 (CETS No. 194).

14. Protokol'ün Osman DOĞRU tarafından yapılmış Türkçe çevirisi için bkz., <http://ihami.anadolu.edu.tr/belgegoster>

ve bunun, AİHM'in Avrupa'da insan haklarının korunması alanında oynadığı seçkin ve belirgin rolün devam edebilmesi için de gerekli olduğu da aynı yerde belirtilmiştir.

Yukarıda da değindiğim gibi, 14. Protokol'le getirilecek yeniliklerin, AİHM'in iş yükündeki artışı bir ölçüde azaltacağı umulmakla birlikte, sorunun çözümü için tek başına yeterli olmadığı da kabul edilmektedir. Nitekim bu düşünceyle 14. Protokol'ün yürürlüğe girmesinden önce bu konuda görüş geliştirmek ve AİHM'in uzun dönemde etkenliğini arttırmak amacıyla çözüm önerilerinde bulunmak üzere bir Akil Kişiler Grubu oluşturulmuştur.<sup>12</sup>

Aşağıda gerekçeleriyle ve açıklamalarıyla sunduğum metnin esasını, üye seçildiğim "Akil Kişiler Grubu"na yaptığım önerilerden biri oluşturmaktadır.

### Öneri<sup>13</sup>

Önerimin, şu temel inanca yada varsayıma dayanmaktadır: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemine eklenecek ve bu sistemle bütünleşecek bir "uzlaştırma" düzeneği kurulması gereklidir. Öneri, AİHM'in iş yükünün azaltılması çabalarına önemli bir katkı sağlayabileceği inancıyla yapılmaktadır. Başka bir deyişle, AİHM'in olası başvurucları, "uzlaştırma" usulüyle tatmin olacaklar ve mahkemeye başvurmalarına

<sup>12</sup> Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin Devlet ve Hükümet Başkanları'nın, 16-17 Mayıs 2005 tarihlerinde Varşova'da yapılan doruk toplantısında kabul edilen Eylem Planı uyarınca Bakanlar Komitesi'nce oluşturulan bu Akil Kişiler Grubu, aralarında benim de bulunduğum 11 kişiden oluşmaktadır. Bakanlar Komitesi'nin 14 Eylül 2005 tarihli toplantısında seçilen 11 üyenin (alfabe sırasına göre) adları ve uyruklukları şöyledir:

Bay Rona AYBAY, Türkiye (Bosna Hersek İnsan Hakları Mahkemesi eski yargıcı); Bayan Fernanda CONTRI, İtalya (Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili); Bay Marc FISCHBACH, Lüksemburg (AİHM eski yargıcı); Bayan Jutta LIMBACH, Almanya (Anayasa Mahkemesi eski Başkanı); Bay Gil Carlos RODRIGUEZ IGLESIAS, İspanya (AB Adalet Divanı eski Başkanı); Bay Emmanuel ROUCOUNAS, Yunanistan (Uluslararası Hukuk Profesörü); Bay Jacob SÖDERMAN, Finlandiya (AB eski Ombudsmanı); Bayan Hanna SUCHOCKA, Polonya (eski Başbakan); Bay Pierre TRUCHE, Fransa (emekli Savcı); Bay Lord WOOLF of BARNES, İngiltere (Birleşik Krallık) (Lordlar Kamarası üyesi); Bay Veniamin Fedorovich YAKOVLEV, Rusya (Cumhurbaşkanı Danışmanı)

<sup>13</sup> Önerileri içeren İngilizce makale için bkz., AYBAY, Rona; A Proposal of the "Mandatory Conciliation" Process to be Incorporated in the Protection Mechanism of the European Convention on Human Rights, DIGESTA TURCICA, 2, s. 63 vd., (TBB yayını)

gerek kalmayacak; böylece mahkemeye gelen iş sayısı azalacaktır.

Önerinin, dikkatlerden kaçmamasını dilediğim ve kesinlikle uyulması gerektiğine inandığım, iki temel ilkesi var: “eşitlik” ve “tekdüzelik” (*uniformity*).<sup>14</sup>

Belirtmem gereken bir başka nokta da şudur: Burada sunulan, sadece bir öneridir; tartışmaya temel oluşturmayı amaçlamaktadır. “Bütün dertlerin ilacı” (eski deyimle “deva-yı küll”) olması gibi bir savım yoktur.

### Önerinin Dayandığı Temel Varsayım

Etkili bir uzlaştırma sistemi, AİHM’e yapılacak başvuruların sayısının azalmasına yardım edecektir. Çünkü:

i. “Uzlaştırma” usulü, ihtilafların (üye devletlerce insan haklarına aykırı davranılmış olduğu savlarının) uzun ve karmaşık AİHM usullerine başvurulmasına gerek kalmadan çözüme kavuşmasını sağlayacağı için, olası başvuruocularca tercih edilecektir.

ii. Uzlaştırma usulü, aleyhine AİHM’e başvurulması söz konusu olan devletlerce de tercih edilecektir. Çünkü, böylece devletler, insan hakkı ihlalinde buldukları savları karşısında, AİHM önünde savunma yapma külfetinden ve ihlalde bulduklarının yargı kararıyla hükme bağlanmış olması gibi sıkıcı bir olasılıktan kurtulmuş olacaklardır.

### İlkeler

Önerdiğim “zorunlu uzlaştırma” sürecinin, uluslararası insan hakları hukuku açısından kabul edilebilir sayılması, bir takım temel ilkelerle uyumlu olmasına bağlıdır. Bu ilkeler şöyle özetlenebilir:

i. Hangi türden bir “uzlaştırma” sistemi benimsenirse benimsensin, sistemin uygulanması AİHM içtihatlarıyla oluşmuş bulunan ölçütlerle uyumlu olmalı; başka bir deyişle insan hakları konusunda halen sağlanmış bulunan koruma düzeninin altına iniş hiçbir biçimde söz konusu olmamalıdır.

ii. Tekdüzelik (*uniformity*) ve eşitlik kesinlikle sağlanmalı; yani, sözleşme kapsamındaki ihlal savları için bütün üye devletlere karşı

<sup>14</sup> Bunları aşağıda “ilkeler” başlığı altında açıklıyorum.

kullanılabilecek başvuru hakkı bakımından, herkese tam anlamıyla eşit olanaklar tanınmalıdır.

Sadece belli birkaç üye devlete karşı işleyebilecek başvuru olanakları sağlayan bir düzenleme, başvurucular arasında eşitlik ilkesine aykırı olur. Bir başvurucu için, bir üye devlete karşı kullanılması söz konusu olan her türlü olanak, bütün başvurucular için ve bütün üye devletlere karşı kullanılabilmelidir.

Aynı ilke, coğrafi anlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulanma alanına giren her yerde, söz konusu olabilecek ihlaller bakımından geçerli olmalıdır.

iii. Uzlaştırma sistemi, Strazburg merkezli bir organın gözetimi altında işlemelidir. Strazburg merkezli organ, bütün üye devletlerde, uzlaştırma yöntemlerinin AİHM içtihatlarıyla belirlenmiş olan, insan haklarının korunması temel standartlarına uygun biçimde işlemlerini sağlamalıdır.

### ***“Uzlaştırma”nın Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar***

Etkili ve iyi işleyen bir uzlaştırma sisteminin kurulabilmesi için bazı teknik konular üzerinde ciddiyetle düşünülmesi ve gerekli yasal ve yönetsel düzenlemelerin yapılması zorunludur.

Aşağıda bu konuya ilişkin bazı sorunlar konusunda görüşlerimi açıklıyorum:

i. *“Zorunlu” mu; yoksa “seçimlik” uzlaştırma mı?*

AİHM önüne bir dava götürülmeden önce başvurulabilecek bazı *“uzlaştırma”* olanakları, bazı üye devletlerde halen de vardır ve işlemektedir.<sup>15</sup>

Önerdiğim sistemin etkili ve sağlıklı işleyebilmesi için ise, kanıma göre, *“seçimlik”* değil *“zorunlu”* olması gerekir. *“Zorunlu”* bir uzlaştırmanın, uzlaşma kavramına ters düştüğü, uzlaşmada gönüllülüğün daha uygun olacağı elbette doğrudur. *“Zorunluluk”* ile *“uzlaşma”* arasında, kavramsal olarak karşıtlık olduğu bile ileri sürülebilir.

Ancak, bütün bunlara karşın benim inancıma göre, AİHM önündeki yığılmayı ve tıkanmayı önleyecek bir *“uzlaştırma”* ancak *“zorunlu”*

<sup>15</sup> Ayrıca, AİHM önünde görülmekte olan davalarda da *“dostça çözüm”* yolları açıktır. Bkz., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 33/b ve 39.

olması halinde sonuç verebilir. Ama herhalde şunu belirtmem yerinde olur: Bu “zorunlu” uzlaştırma, AİHM’e başvurmadan önce tüketilmesi gereken iç hukuk yollarına bir yenisini ekleyecektir. (Bu zorunluluğun yaratabileceği sakıncaları giderme yolları konusundaki düşüncelerimi aşağıda açıklıyorum).

ii. *Ulusal düzeyde harcanması gereken ek zaman*

Yukarıda belirttiğim gibi, “zorunlu” bir uzlaştırma sisteminin kabulü, yeni bir iç hukuk yolu yaratacak; bu da, başvurunun AİHM önüne götürülmesinde kaçınılmaz bir gecikmeye yol açacaktır.

Bu gecikmeden, başvuru aleyhine doğabilecek sakıncaları önleyebilmek için şu ilke benimsenmelidir:

Belirlenmiş bir süre içinde “uzlaştırma” sonuç vermez ise, başvuru, AİHM’e başvurmakta özgür olmalıdır. Bu sürenin “kabul edilebilir” bir uzunluğu aşmaması gerekir. Örneğin 3-6 ay arasında bir süre uygun olabilir.

Ayrıksı (istisnai) ve acil durumlarda, başvurucuya “uzlaştırma” sürecinden geçmeksizin doğrudan doğruya AİHM’e başvurma yolu açık tutulabilir.

Öte yandan, aleyhine süreç başlatılmış bulunan üye devlete de, konunun özel niteliği nedeniyle ayrıntılı inceleme ve çalışma gerektiren durumlarda, Strazburg’daki merkezi organa başvurarak, sürenin uzatılmasını isteme olanağı tanınmalıdır.

iii. *Hangi ulusal organ (Otorite)*

Her üye devlet, “uzlaştırma” sürecinin yürütülmesinde başvuruların yapılacağı bir organ ya da makam belirler. Bu organın (ya da makamın) görevi, uzlaşmayı sağlamak değil taraflar arasında görüşmelerin yapılması için ortam hazırlamak ve uzlaşmayı kolaylaştırıcı çalışmalar yapmak olmalıdır.

Halen etkili bir kamu denetçiliği (ombudsmanlık) sisteminin işlemekte olduğu ülkelerde, görev bu organa verilebilir. Birden çok kamu denetçisi bulunan ülkelerde, bunlardan biri bu işle özel olarak görevlendirilebilir. Kamu denetçisi ya da benzeri bir organ bulunmayan ülkelerde ise, “zorunlu uzlaştırma” işini kolaylaştırıcı çalışmaları yapacak bir makam, o devletin kendi hukukunun usulleriyle belirlenmelidir.

Bir sonraki başlık altında açıklanacak “Strazburg Organı”, gereğinde ulusal resmi makamlarla ve ilgili sivil toplum örgütleriyle de danışarak,

her üye devlet için bir olası uzlaştırıcılar (arabulucular) listesi hazırlayabilir

iv. *Strazburg'da hangi organ?*

Böyle bir organın yaratılması ya da var olan bir organa, ulusal düzeydeki “uzlaştırma” uygulamalarını denetleme görevi verilmesinin kararı, elbette, Avrupa Konseyi'nin yetkili organlarınca alınacaktır.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Ombudsmanı'nın (*Human Rights Commissioner*) görev tanımı biraz geniş yorumlanarak, bu görev ona verilebilir. Bu vesileyle şunu belirtmekte yarar olduğunu düşünüyorum:

14. protokol, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Ombudsmanı'na (*Commissioner*) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin işleyişinde daha aktif bir rol vermektedir. Bu ombudsmana, AİHM'in bir dairesinin ya da büyük dairenin önündeki bütün davalarda yazılı görüş sunma ve duruşmalara katılma yetkisi verilmiştir.

Bu görev kendisine verilirse, Strazburg'daki Ombudsman, her üye ülkede, uzlaştırma sürecinin yürütülmesi için AİHM içtihatlarıyla belirlenmiş standartlara uygun bir sistemin kurulup, işlemlerini denetleyecektir.

Bu amacın gerçekleşmesi için, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Ombudsmanı'nın (*Commissioner*) üye devletlerdeki ulusal makamlarla ve ilgili başka kuruluşlarla yakın işbirliğinde bulunması, toplantılar düzenlemesi, ziyaretler örgütlemesi yararlı olacaktır.

## SONUÇ:

AİHM'in, insan haklarının yargı yoluyla korunması alanında çok büyük hizmetleri olduğunda kuşku yoktur. Dünya yüzünde AİHM'in bu alandaki başarılarının bir benzerini gerçekleştirebilmiş bir başka mahkeme kurulabilmiş değildir.

Ancak, AİHM'in başvuruların çokluğu karşısında “tıkanma” noktasına geldiği, deyim yerindeyse sistemin “alarm işareti verdiği” de bir gerçektir. Strazburg çevrelerinde söylendiği gibi AİHM, “kendi başarısının kurbanı” olma tehlikesiyle karşı karşıyadır. İnsanların AİHM'i insan haklarının korunması bakımından bir “umut kapısı” olarak görmeleri elbette, çok güzeldir. Ama bu güven nedeniyle çığ gibi büyüyen başvuru sayısı, mahkemeyi işlemez hale getirebilecektir.

Bu tehlikeyi göğüslemek ve (deyim yerindeyse) AİHM'i “kendi ba-

*şarısının kurbanı*” olmaktan kurtarmak için köklü bir takım girişimlerde bulunulması zorunludur.

Yakında yürürlüğe girmesi beklenen 14. Protokol bu yolda atılmış önemli bir adımdır. Ama bütün sorunları çözmekte yetersiz kalacağı, daha şimdiden belli olmuştur.

Önerdiğim “zorunlu” uzlaştırma sisteminin kabul edilmesi halinde, AİHM önündeki yığılmayı ve iş yükünü önemli ölçüde azaltacağına inanıyorum.

Ancak, görüşmelerim ve temaslarım, önerimdeki “zorunluluk” ögesine karşı bir tepki olduğunu bana göstermiştir. Bu öge dışında, önerimin çok olumlu karşılanmış olduğunu söyleyebilirim. Bana öyle geliyor ki, ulusal düzeyde yani her üye devlette, Strazburg’daki merkezin gözetiminde işleyecek bir “uzlaştırma sistemi” kurularak, davaların AİHM önüne gitmeden çözüme bağlanması girişiminde bulunulması Strazburg çevrelerinde kabul görecektir.

Dileğim, bunun gerçekleşmesi ve AİHM’in iş yükü altında ezilmesi olasılığının ortadan kalkmasına yardımcı olmasıdır. Böylece, üye devletlerde, zorunlu olmasa da “seçimlik” nitelikte bir “uzlaştırma” düzeneğinin kurulması sağlanabilecektir.

Konunun Türkiye açısından da özellikle önemli olduğu açık bir gerçektir. Çünkü Türkiye AİHM’e yapılan başvuruların sayısı bakımından, önde gelen birkaç devletten biridir. “Uzlaştırma” usulünün kabulünde ve yaygın biçimde uygulanmasında; gerek Türk hükümetlerinin, gerek Türkiye aleyhine AİHM’e başvuracakların yararı olduğuna inanıyorum.



# HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISI'NA KATKI

Bilge UMAR\*

## I. Sunuş

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) tasarısının hazırlanışı, şimdi bulunduğu aşama ve hukukumuza getireceği başlıca yenilikler üzerine hukukçular toplumunu ve özellikle de hukuk öğrencilerini bilgilendirmek; ayrıca, ister istemez şimdiki hukukumuza göre yapılacak Medeni Usul Hukuku öğretimi sırasında, yakın zamanda gerçekleşmesi beklenen değişikliklerin hiç değilse önemli veya önemlice olanlarını toplu biçimde gösteren bir metni öğrencilerimizin eline sunmak amacıyla ve *YTÜ HF Dergisi'*nde yayınlanmak üzere "*HMK tasarısıyla şimdiki HUMK kurallarına getirilmek istenen değişikliklerin başlıcaları*" başlıklı bir inceleme yazısı hazırlamak, "*Medeni Usul Hukuku*" dalında öğretim üyeliği görevimin gereği idi; bu görevi, o yazıyı hazırlayarak yerine getirdim.

Sanırım ki, bununla yetinmeyip, hazırlanma çalışmalarında görev almadığım tasarının ortaya çıkmasından sonra onu özenle inceleyip genel bir değerlendirmeye varmak ve ayrıca onun yasalaşması öncesinde şurasında burasında değişiklikler, eklemeler yapılmasının yerinde olacağını görürsem (daha doğru ve daha az iddialı bir ifadeyle, "*olacağı kanısına varırsam*") bu yolda öneriler ve uyarılar içeren ikinci bir inceleme yazısını hazırlamak dahi, görevimin gereğidir. Bunu da şimdiki yazıyla yerine getiriyorum.<sup>1</sup>

---

\* Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

<sup>1</sup> Bu yazı, (tabii ki, şimdi eklediğim dipnotları eksik olarak) "*Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı*" organizasyon komitesi adına komite sekreteri Doç. Dr. Muhammet Özekes'in davet yazısına uymakla katıldığım 2006 yılı toplantısında diğer

## II. Genel Değerlendirme

Önce, genel değerlendirmeyi ifade edeyim: Bu yazıda belirteceğim üzere tasarıda “*yeniden ele alınması*” gereken bazı kurallar veya ifadeler bulunduğu kanısında isem de, bütün olarak değerlendirildiğinde, hiç abartmaya düşmeden diyebilirim ki, tasarımı hazırlayan değerli meslektaşlarım, ortaya ZPO gibi bir hukuk anıtı koymuşlardır. Kendilerini içtenlikle kutlarım.

## III. Değişiklik veya Tamamlama Önerileri

1. Şimdiki m. 7 f. III, tasarıda yer almıyor ve gerekçede onun bilerek kaldırıldığı yolunda bir işaret bulunmuyor. Oradaki kural doğru ve yararlıdır; onu tasarıda m. 8 sonuna f. II olarak eklemek uygun olur.

2. Sulh Hukuk mahkemelerinin görev alanı belirtilirken, f. I bent b alt bent 1’de, “*kiraya ilişkin mevzuatın uygulanmasından doğan tüm uyumsuzluklar*” ın sözü edilmiş. “*Kiraya ilişkin mevzuatın ve sözleşmenin*” denmeliydi. Örneğin, kira akdinin bir maddesine dayanılarak tahliye isteminin öne sürülmesi durumunda, kira mevzuatı değil sadece sözleşmenin tahliyeyle ilişkin maddesi uygulanacaktır; bu davayı da şimdi HUMK m. 8 f. II bent 1 çerçevesinde olduğu üzere Sulh Hukuk Mahkemesi’nin görev alanında tutmak istiyorsak ifade böyle düzeltilmelidir.

---

katılımcılara da dağıtılmıştır. O toplantı 8 ve 9 Eylül 2006’da Ankara Hakimevi’nde yapıldı. Toplantıda, HMK tasarısı taslağını hazırlayan komisyonun Başkanı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’in yaptığı “*HMK Tasarısı Genel Tanıtımı ve Sunuş*” konuşmasının ardından, dalımızın en kıdemli öğretim üyeleri yani Prof. Dr. Baki Kuru, Prof. Dr. Bilge Umar, Prof. Dr. Yavuz Alangoya ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz, hazırlanan metin hakkında değerlendirmelerini dile getirdiler (Prof. Dr. Saim Üstündağ, sağlığına ilişkin mazereti nedeniyle toplantıya katılamadı). Geriye kalan zamanda, daha genç öğretim üyesi meslektaşlarımızdan ve toplantıya katılan hukukçu (hakim, avukat) konuklardan bazıları konuştular. Metni hazırlayan komisyonun mensupları birkaç konuda kısa açıklamalar yaptı. Toplantı sonunda, Komisyon Başkanı Prof. Dr. Pekcanitez, katılanlara teşekkür etti ve öne sürülen görüşleri, eleştirileri de göz önüne alarak komisyonun son bir elden geçirme çalışması yapacağını ifade etti.

Bu yazı, öğrencilerimizi bilgilendirmek için *YTÜ HF Dergisi’nde* ve hukuk uygulamalarında çalışan hakimlerimizi, avukatlarımızı bilgilendirmek için de *TBB Dergisi’nde* yayınlanmaktadır.

Aynı tasarı taslağı metni hakkında Prof.Dr. Yavuz Alangoya/Prof.Dr. Kamil Yıldırım/Prof. Dr. Nevhis Deren Yıldırım’ın kendi değerlendirmeleri de “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı-Değerlendirme ve Öneriler*” başlığıyla yakın zamanda İstanbul Barosu tarafından yayınlanmış bulunmaktadır.

3. Tasarıda m. 12 f. I sonuna şu ekleme yapılmalıdır: “*Şu kadar ki, kanunun davacıya davasını açacağı yer konusunda seçenek sağlamak amacını güden bir kuralının bütün davalılara uygulanabilir olması durumunda, davacı bu seçeneği kullanmak istemezse diğer yetkili mahkemelerin yetkisi saklı kalır*”. Gerekçe: Yasanın davacıya kolaylık ve seçenek sağlamak için getirdiği bir kuralın birden çok ihtiyari davalıya uygulanabilir olması halinde birdenbire kesin yetki kuralına dönüşüp yasadaki tüm yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırır diye yorumlanması mantığa ve yasanın amacına aykırıdır.

4. Tasarıda m. 14 f. I’de “*bir malvarlığına ilişkin dava, ihtilaf konusu malvarlığının bulunduğu yerde de açılabilir*” ifadesi değiştirilmelidir. Aslında kastedilen, malvarlığı değil, bir malvarlığı parçası olsa gerek; çünkü bir malvarlığının bütünüyle bir tek yerde (yargı çevresi yani ilçe kapsamında) bulunması son derecede az görülür ve malvarlığı çeşitli yerlere dağılmış ise bu ifadeye göre bu kural uygulanamaz. Keza, ihtilafın konusunun bir mal değil de bir malvarlığı olması belki milyonda bir görülecek haldir. Demek, kastedilen, bir malvarlığı parçasıdır. Bu durumda, doğru ifadeyi kullanmalı: “*bir malvarlığı parçasına ilişkin dava, ihtilaf konusu malvarlığı parçasının bulunduğu yerde de açılabilir*”.

5. Tasarıda m. 22-24 düzenlemesiyle, yetki sözleşmesinin yapılması konusunda getirilen sınırlamayı ve hatta daha da çok, o sınırlamanın mantığını alkışlıyorum. Gerçekten, tasarı, gerekçesinde *kamu tüzel kişileriyle tacirlerin (gerçek kişi veya tüzel kişi olanların) bu iki nitelikten birine sahip olmayan diğer gerçek veya tüzel kişiler karşısında çok daha güçlü olduklarını ve onlarla yaptığı sözleşmelere kendi işlerine gelen, karşı tarafın aleyhine olan maddeler koydura geldikleri gerçeğini vurgulayarak, karşı taraftakiler kitlesini korumak için, bunlarla onlar arasında yetki sözleşmesini yasaklamış yani yapılacak yetki sözleşmelerini yahut diğer sözleşmeler içine sokuşturulacak yetki şartlarını geçersiz saymıştır.*

Tasarıya göre, kamu tüzel kişileri kendi aralarında; tacirler kendi aralarında yetki sözleşmesi yapabilirler, keza kamu tüzel kişileriyle tacirler arasında yetki sözleşmesi yapılabilir; bu türden yetki sözleşmesinde gösterilen mahkeme inhisarî yetkili olur yani yasanın gösterdiği yetkili mahkemede veya mahkemelerde dava açılmaz (m. 22). Ne tacir ne de kamu tüzel kişisi olan diğer kişiler, kendi aralarında yetki sözleşmesi yapabilir ama bu sözleşme, davacıya ek ve seçimlik olanak sağlayıcı işlevde olur, kanunun gösterdiği yetkili mahkemenin veya mahkeme-

lerin yetkisini kaldırmaz (m. 23). Böylece, m. 22'deki kişilerle m. 23'deki kişiler arasında yetki sözleşmesi yapılmasına cevaz verilmemektedir.<sup>2</sup>

6. Gerekçedeki, bu konuya ilişkin bölümde bir yanlışlık yapıldığını görüyoruz. Gerçekten, tasarıda m. 22 ve 23'ün getirdiği yeni sisteme göre, bir tacir veya bir kamu tüzel kişisi; ne tacir ne de kamu tüzel kişisi olan benim gibi biriyle *yetki sözleşmesini hiç yapamayacaktır*; bu kuralın benim gibileri korumak için getirildiği gerekçede açıkça söyleniyor. Oysa aynı gerekçede (m. 23 ile ilgili bölümün sonunda) şöyle deniyor: *"Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, bir tacir veya kamu tüzel kişisi ile tacir olmayan bir gerçek veya tüzel kişi, örneğin bir gerçek kişi olan tüketici, aralarında yetki sözleşmesi yapmak istedikleri takdirde..."* (burada duruyorsunuz ve *"sözleşme geçersiz olur"* denmesini beklerken, şaşkınlıkla, şunu okuyorsunuz:) *"yapılacak yetki sözleşmesi, münhasır olmayan yetki sözleşmesi şeklinde olabilecektir"*; yani, yasanın yetkili saydığı mahkemelerin yanı sıra diğer bir mahkemede dava açabilmek için davacıya seçenek sağlayıcı türden olacakmış. Oysa m. 22 ve 23'ün ifadeleri açıktır; m. 22, sözünü ettiği kişilerin kendi aralarında, m. 23 de, sözünü ettiği kişilerin kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmasına izin veriyor. Birinde sözü edilenlerin diğerinde sözü edilenlerle yetki sözleşmesi yapmasına izin veren hiçbir madde yoktur.<sup>3</sup>

Gerekçedeki bu bölüm çıkarılmalıdır.

<sup>2</sup> Yukarıda dn. 1'de sözü edilen toplantıda Prof. Dr. Yavuz Alangoya, böyle bir yasağın yürürlüğe girmesi halinde; yetkisiz mahkemede dava edilen kişi yetkisizlik ilk itirazında bulunmadığı takdirde mahkemenin yetki kazanacağı kuralı dolayısıyla zımnî yetki sözleşmesinin geçerli olarak yapılmış sayılmasının bir çelişki ifade edeceği görüşünü belirtmişti. Böylece, yanlış anlamadıysam, "Çelişkiye yer vermiş duruma düşmemek için, ya tasarıya böyle bir yasak konmamalı yahut da yasak kapsamına giren durumlarda davalının yetkisizlik itirazını öne sürmemesi hâlinde mahkeme zımnî bir yetki sözleşmesi sayesinde yetki kazanmış sayılmamalı, hakim yetkisizliğini resen nazara almalıdır kuralı tasarıya eklenmelidir" demiş olmaktadır. Ben o durumda bir çelişki görmüyorum. Yasaklama kuralı, güçlü tarafın hazırlayıp güçsüz tarafın önüne sürdüğü, onu imzalamak zorunda bıraktığı sözleşme içinde yetkili mahkemeyi de kendi işine geldiği gibi belirlemesini engellemek amacı güdüyor ve böyle olduğu gerekçede belirtilmiştir. Yetkisiz mahkemede dava açılması durumunda ise, güçsüz taraf yetkisizlik itirazı ile kendini koruyabilmektedir; yani, yetkisiz mahkemede dava açılmasını kendi yönünden sakıncalı saymazsa yetkisizlik itirazında bulunmayıp o mahkemeye (zımnî yetki sözleşmesi yapılmışçasına) yetki kazandırmasını yasanın engellemesi için bir neden yoktur.

<sup>3</sup> Gerekçede yanlış ve yanıltıcı ifade kullanıldığını, sözü geçen toplantıda, Prof. Dr. Alangoya da belirtmiştir.

7. Tasarıda m. 26 f. I'deki "bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren" ifadesinin başına "En geç" sözcükleri eklenmelidir. Çünkü davası reddedilen kişi hükmün kesinleşmesini beklemeden de davanın diğer mahkemede sürdürülmesi için dilekçe verebilir.

8. Tasarıda m. 30 başlığının "Tasarrufilkesi" değil "Taraflarca tasarruf ilkesi" diye yazılması daha doğru olacaktır. Burada söz konusu olan, az masraf yapılmasına dikkat etmek anlamında "tasarruf ilkesi" değildir.

9. HUMK m. 149, gizlilik kararının verilmesi için taraf talebini aramamaktadır. Tasarı m. 34 f. II'de ise tarafların gizlilik talebi'nden söz edilmekte ve re'sen gizlilik kararı verilemeyeceği gibi bir görünüş doğmaktadır. Bu nedenle f. II'de cümle 1 ile 2 arasına ekleme yapılmalı: "mahkeme kendiliğinden de gizlilik kararı verebilir".

10. Tasarıda m. 35 f. II, "Taraflar, davanın dayanağı olan vakialara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler" diyor. Gerekçede, böylece ifade edilen Wahrheitspflicht çiğnenirse ne olur, o konuda açıklama yapılmıştır ama özellikle belirtilmesi gereken şey söylenmemiştir:<sup>4</sup> Bu tutumdan dolayı zarara uğrayan diğer taraf, BK m. 41 f. II'ye dayanan yeni bir dava açarak tazminat isteyebilir. Dolayısıyla, m. 35 gerekçesi sonuna şu eklemeyi yapmak yerindedir: "Hatta BK m. 41 f. II'ye dayanan yeni bir davada ondan tazminat istenmesine yol açabilir".

11. Tasarıdaki, hakimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin m. 37, keza tasarının "Taraflar, dayandıkları vakiaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır" diyen 198. maddesi, taraflarca iddia etme yükünün gereğince yerine getirilmemesi, özellikle de davacının dava temeli vakıa iddialarını öne sürmekte eksiklik bırakmış olması durumunda ne olacağını belirtmiyor. Hakimin, istem veya savunma dayanağı olabilecek iken iddia edilmemiş vakiaları taraflara hatırlatması yasak olduğuna göre (HUMK m. 75/tasarıda m. 31) bu durumun kaçınılmaz sonucu, istemin veya savunmanın reddidir.

Bu konudaki önemi ve ilginçliği nedeniyle, Neuchâtel Kanton Mahkemesi'nin RJN c. V, 1. Kısım, s. 63-66'da yayınlanmış 6 Mart 1967 günlü kararının konuya değinen bölümünü aktarıyorum:

İspat yükü konusu İsvMK m. 8/TMK m. 6'da düzenlenmiş ise de, federal hukuk (yani, İsvMK) iddia etme yüküne değinmez (ATF

<sup>4</sup> Bu konudaki eksikliğe, toplantıda birkaç konuşmacı da değinmiştir.

78 II 97). Buna karşılık Neuchâtel yargılama usulü hukuku, kendisine ispat yükü düşen kişiye ayrıca iddia etme yükünü de yükler (RJN c. I, 1. Kısım, s. 212, 241, 309; c. II, 1. Kısım, s. 115, 198; c. III, 1. Kısım, s. 100); o, "iddiasının [isteminin] dayanağı olan *bütün* vakıaları" yahut savunmasını dayandırdığı bütün vakıaları iddia etmelidir (CPCN m. 152 bent a/HUMK m. 179 bent 3, CPCN m. 176 bent a/HUMK m. 201 bent 1, CPCN m. 186/HUMK m. 211).

Tarafın iddiası, onun yaptığı usul işleminin "*istihdaf ettiği maksadı*" [hedeflediği amacı] (CPCN m. 76 f. II/HUMK m. 82 f. II) gerçekleştirebilmesine yeter olmalıdır. Kanton Asliye Hukuk Mahkemesi'nin daha önce karara bağlamış bulunduğu üzere, dava dilekçesinde öne sürülen istem açıklamasının (CPCN m. 152 bent c/HUMK m. 179 bent 5; orada pek saçma çeviriyle, conclusion karşılığı olarak "*varılan sonuç, öne sürülen istem*" denecek yerde "*iddia ve savunma*" denmiştir) ve 7 Aralık 1953 tarihli karar) ikili işlevi vardır; bu işlev bir yandan, çekişme konusunu yargıcın gözünde sınırlandırmaktır, diğer yandan da davalıyı davacı tarafından ona karşı değerlendirilen [isteme dayanak edinilen] iddianın niteliği ve kapsamı [işin nereye varacağı] hakkında bilgilendirmektedir; bunun yapılması, bir dereceye kadar, her olay bakımından geçerli olacak biçimde niteliğini peşinen belirlemek imkanı olmayan, ama yine de mutlaka bulunması gereken bir açık-seçikliğe ihtiyaç gösterir; bu konuda her bir davanın kendi niteliği göz önünde tutulmalıdır. İddia, özlü biçimde ifade edildikten başka, diğer tarafın işin içeriğini kendi kendine belirleyebilmesine olanak verecek derecede yeterince açık seçik olmalıdır (CPCN m. 175 bent a/HUMK m. 200 bent 1 [doğrultusunda davalı tarafından cevap verilebilmesine yetmeli]); eğer gerekli olacaksa tahkikat işlemlerinin konusunu sınırlayıcı [belirleyici] olmalıdır (CPCN m. 212/HUMK m. 238), her iki tarafa delil sunma önerisinde bulunmaları gerektiğini bilmek olanağı vermelidir ve *gıyapta bile, sırf dava dilekçesinde iddia edilmiş vakıalara dayanılarak istemin hükme bağlanabilmesine olanak vermelidir* (CPCN m. 353).<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Bu maddeye göre, esasa cevap vermiş olmaksızın hakkında gıyap kararı çıkmış ve kesinleşmiş olan taraf, hasmın öne sürdüğü vakıaları ikrar etmiş sayılabilir. Bizde, vaktiyle uygulanan gıyap müessesesi, buna ilişkin bütün maddeler (HUMK m. 398-408) kaldırılmakla, tarihe karışmıştır ve dolayısıyla CPCN m. 353'ün karşılığı olan HUMK m. 408 de artık yoktur. Aktardığımız kararda, davacının dava temeli vakıaları açık seçik iddia etmiş bulunması gereğinin varlık nedenlerinden biri olarak bu CPCN m. 353 de gösteriliyor; iddia açık seçik yapılmalı ki esasa cevap vermeden hakkında gıyap kararı kesinleşmiş kişinin neyi ikrar etmiş sayıldığı belirlenebilsin

Geri kalan bütün koşullar gerçekleşmişse, yasanın öngördüğü istisnalar hariç kalmak kaydıyla, bir istemin kabul edilebilir [hüküm altına alınabilir] olması için, dayanılan hukuki sebebin [diyelim, BK m. 41’deki, haksız fiil failinin tazminatla sorumlu tutulabilmesini düzenleyen kuralın] öngördüğü çeşitli uygulanma öğeleri çerçevesi içindeki vakıa iddialarını içeriyor olması gerekir. Gerekli olan iddialar yapılmış olup da bunların doğruluğu kabulleniliyorsa delil ibrazına ihtiyaç yoktur (CPCN m. 191 [HUMK m. 217; ayrıca bkz., CPCN m. 212/HUMK m. 238; o kuraldan da aynı sonuç çıkar]); yeter ki öne sürülen iddialar, eğer [hasımca] kabul edilmişlerse, kendi başlarına, bir hükmün verilmesine gerekçe olabilsinler. *Eksikli yapılmış iddiaya bağlanan yaptırım, duruma göre, farklı olur: şekli bir eksikliğe bulaşmış bir takdim, şekli kusurdur ve dava dilekçesinin iptaline yol açabilir (CPCN m. 76 ve m. 162 bent g/HUMK m. 82 ve m. 187 bent 7); oysa önemli bir vakıa bakımından iddianın yokluğu, hakim, esas hakkında karar verirken o vakıayı gerçekleşmemiş saymak zorunda kalmasına yol açacaktır (CPCN m. 69 f. I başı/HUMK m. 75 f. I); ayrıca bu iki tür usuli eksiklik aynı zamanda kendini gösterebilir, bu da her iki çeşit yaptırımın uygulanmasına yol açar.*

İşte bu nedenle, tasarıda m. 37’ye f. II olarak şu kuralın eklenmesi doğru olacaktır: *“İddianın belirsiz ya da çelişkili olarak dahi öne sürülmemiş olması durumunda, bu eksiklik sonradan hukuka uygun genişletme yoluyla giderilmezse, hakim, iddia veya savunmayı, dayandığı vakıa temeli ispat değil iddia bile edilmemiştir gerekçesiyle reddeder. Şu kadar ki, vakıanın iddia edilmemesine rağmen gerçekleştiğinin kanıtının dava dosyasına usulüne uygun yolda girmiş bulunması durumunda hakim vakıanın varlığını ve kanıtlandığını kendiliğinden göz önüne alır”*.

12. Tasarıda m. 47 bent b’deki “ve” düzeltilip “veya” yazılmalıdır (şimdiki HUMK m. 35 bent 3’de böyledir).

13. Sözü edilen maddede f. II “*Bu hallerde ret talebi, toplu mahkemelerde reddedilen hakimin müzakereye katılmasıyla; tek hakimli mahkemelerde ise, reddedilen hakimin kendisi tarafından geri çevrilir*” diyor. Bu fıkra çıkarılmalı ve şimdiki f. III, f. II olmalıdır. “*Ret talebinin dayanağı olarak gösterilen deliller inandırıcı değil*” diye yahut “*Talebin davayı uzatmak amacıyla yapıldığı açıkça anlaşılıyor*” diye ret talebini reddetmek yetkisini reddedilen hakimin kendisine vermek, yanlıştan çok öte, abes bir çözümdür.

---

ve bu ikrar etmişliğe dayanılarak onun aleyhine hüküm çıkabilsin.

14. Tasarıda m. 72 ifadesi, mantık tırmalayıcıdır: “Üçüncü kişi, davayı kazanmasında yararı bulunan taraf yanında... davada yer alabilir”. “Davayı kazanmasında yararı bulunan taraf” deyişi aslında her iki tarafı anlatmıyor mu? Her iki tarafın, davayı kazanmakta yararı yok mu? İfade şöyle olmalı: “Üçüncü kişi, davayı kazanmasında kendisinin hukuki yararının bulunduğu taraf yanında... davada yer alabilir”.

15. Tasarı m. 75, fer’i müdahaleyi düzenlerken, şimdiki HUMK m. 57 cümle 3 kuralını almamış; bunun niçin yapıldığı yani “Mahkeme iltihak olunan tarafla müdahil arasında tahaddüs edecek hakkı rücu davasını birlikte halledebilir” diyen o kuralın varlığında ne sakınca görüldüğü de gerekçede belirtilmiyor. Ben herhangi bir sakınca bilmiyorum. Böyle bir rücu tazminatı davası, eldeki davaya aşılandığı takdirde bunun dilekçe vermekle yapılması gerektiği; mahkemenin de önce asıl davayı hükme bağlayıp o hükme göre müdahil lehine veya aleyhine bir rücu hakkı doğuyor ise ancak o zaman harcın ödenmesini isteyerek harç ödedikten sonra aşılınmış davada hüküm verebileceği; rücu hakkı zaten doğmuyor ise, asıl davaya ilişkin hükmünde, “Yanlış beklentiye dayandığı anlaşılan ve zaten harcı da ödenmemiş olan rücu davası hakkında karar verilmesine mahal olmadığına” diye birkaç satır eklemekle yetinebileceği şimdiki kurallar çerçevesinde dahi varılması gereken sonuçlardır kanısındayım.

16. Tasarıda m. 90, Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının burada dava açması, davacı yanında davaya katılması veya icra takibi yapması durumunda teminat yatırması yükümlülüğünü öngörüyor.

Görüldüğü üzere, teminat gösterme gereği artık HUMK m. 97’deki düzenlemenin tersine, “Türkiye’de ikametgahı bulunmayan” Türk vatandaşı kişiler (yabancıların teminat gösterme yükümlülüğü 2675 sayılı MÖHUUHK m. 32’de düzenlenmektedir) için değil, “Türkiye’de mutad meskeni olmayan” Türk vatandaşı kişiler için aranmaktadır. Gerekçeye bakılırsa, “yabancı ülkede yerleşim yeri olan Türk vatandaşlarını, salt bu nedenle Türkiye’de dava açmaları veya takip yapmaları halinde teminat gösterme zorunluluğundan kurtarmak amacıyla... mutad mesken kavramı ölçütü getirilmiştir”.

Yeni ölçütün, yabancı ülkede yerleşim yeri bulunan Türk vatandaşları için daha elverişli, daha kayırcı olmasına ben imkan göremiyorum. Çünkü bu vatandaş ancak Türkiye’de mutad meskeni varsa teminat gösterme yükümlülüğünden kurtulacaktır ki, yerleşim yeri yabancı ülkede olan kimsenin, hala Türk vatandaşı kalmış bulunsa da, Türkiye’de



*mutad meskeni* olması, görülebilecek hal midir? Bir yerde mutad mesken edinmek (gerekçedeki tanımlamayla, “*tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafi alanda yoğunlaşması*”), hemen hemen sadece, artık yerleşmek niyetiyle orada yaşamaya başlamak durumunda gerçekleşir ve bu da eski ikametgahın değişmesi, yeni ikametgahın/yerleşim yerinin edinilmesi demektir. Yerleşim yeri Türkiye’de olan Türk vatandaşı ise zaten (şimdiki kurala göre) dava açarken teminat göstermez. Oysa yerleşim yeri Türkiye’de olduğu halde mutad ikametgahı yurt dışında ise, şimdi teminat göstermesi gerekecektir.

Dikkat edelim: Türk vatandaşlarının büyük sayılarla göç etmesi, dışarıdan Türkiye’ye doğru değil, Türkiye’den dışarıya doğrudur. Demek ki, yoğunluğun gerek ikametgahı gerek mutad meskeni Türkiye’de iken, bunların bir haylisi, yurt dışında kalıcı olmak niyeti bulunmaksızın yani ikametgahlarını değiştirmeksizin, yurt dışında iş buldukları kentte mutad mesken edinmekte, yıllar sonra Türkiye’ye dönmektedirler. Bir kısmı da, orada kalıcı olmakta; dolayısıyla hem mutad meskenleri hem ikametgahları Türkiye dışına geçmektedir. Her iki kategorinin mutad meskeni yurt dışında oluyor ve bütün bu kitleyi Türkiye’de dava açarken teminat gösterme yükümlüsü yapıyoruz. Oysa ölçüt, yerleşim yerinin Türkiye’de bulunması olarak kalsa idi hiç değilse, yurt dışında kalıcı olmak niyeti bulunmaksızın orada mutad mesken edinmiş yüz binlerce vatandaşımızı bu teminat gösterme yükümlülüğünün dışında tutacaktık.

17. Tasarıda m. 105, eski hale getirme konusuyla ilgilidir ve HUMK m. 171 kuralının dili sadeleştirilip işlenmiş biçimidir. Ancak, oradaki, devletin teminat gösterme yükümlülüğünden bağışık olacağı kuralı tasarıya alınmamıştır. Tasarı, keza, ihtiyati tedbir isteyen kişinin teminat gösterme yükümlülüğü konusunda devlete bağışıklık tanıyan HUMK m. 110 cümle 3 kuralını da, “*vatandaşla devlet arasında eşitlik kurmak*” amacıyla, benimsememiştir (Tasarıda m. 396). Bunu doğru bulmuyorum.

Genel olarak teminat gösterme yükümlülüğü konmasının amacı, uğranılacak zararın ödeneceğinden kuşku duymak caiz ise, örneğin tasarıda m. 90’da sözü edilen, dava açarak davalının birtakım masraflara katlanmasına yol açacak ve sonra da belki haksız çıkacak kişinin ileride o zararı tazmin edeceğinden, hakkında daha şimdiden aciz belgesi çıkmış olması nedeniyle, kuşku duymak caiz ise, zararın mağdura ödenmesini sağlama bağlamaktır.

Devleti, hakkında aciz belgesi düzenlenmiş kişiyle aynı kefeye koymak (bkz., Tasarıda m. 90 f. I bent b) asla doğru olamaz.

Kaynak yasada (1925 tarihli CPCN'da) HUMK m. 110 ve 171 karşılığı olan maddelerde (CPCN m. 103 ve 144) Kanton (devlet) için böyle bir bağışıklık öngörülmediğini bilmiyor değilim. Ama orada dahi hakimin, kendisinden teminat istenecek tarafı teminat gösterme yükümlülüğünden kısmen veya tamamen bağışık tutmak yetkisi (gerek CPCN m. 103'de gerek m. 144'de) olduğu için bu böyledir. *Hakim, devleti bu yükümlülükten bağışık tutmayacaksa kimi tutacaktır?* İşte bu yüzden devletin teminattan bağışık tutulacağını ayrıca ifade etmeye gerek duyulmamıştır. Bizde, tasarı m. 105 bu içerikte olduğu yani hakim, oradaki talebi öne süren taraf devlet olsun olmasın teminat gösterilmeden de talebi kabul edebileceği için, elbette ki devletin teminat göstermesini aramayacaktır; *araması skandal olur*. Buna karşılık tasarıda m. 396, şimdiki HUMK m. 110'un ve bunun kaynak yasadaki karşılığının tersine, ihtiyati tedbir isteyen tarafın kişiliğine ve olaydaki duruma göre teminat aramaksızın isteği kabul etmek yetkisini hakime vermemiş, mutlak olarak teminat gösterme zorunluluğunu kabullenmiş görünüyor: böyle bir yetki sadece *"talep, resmi belge veya başkaca kesin delillere dayanıyorsa"* mahkemeye verilmektedir. Bu tutumda isabet yoktur; çünkü devlet, şimdi ihtiyati tedbir talep ettiği davada haksız çıksa ve dolayısıyla haksız iken bir ihtiyati tedbir kararı almış durumuna düşse, bu tedbir dolayısıyla hasım taraf zarara uğramış bulunsa ve devletten o zararı talep etmek hakkı olduğunu kabullenmek kaçınılmaz da olsa, o zarar talep edildiğinde, kim devletten daha sağlam bir borçludur? Ayrıca, unutmamalı ki, hasım taraf lehine teminat nakit olarak bir yere yatırılrsa bile, davada haklı çıkan bu taraf, paranın yatırıldığı bankaya gidip *"Ben şu kadar zarara uğradım, verin paramı"* demekle parayı alıp gidemez; uğradığı zararın tutarının ayrı bir dava içinde belirlenmesi gerekir ve o davada elde ettiği hükmü ibraz ederek o hükümde belirlenmiş zarar miktarını yatırılan paradan alabilecektir (bu davanın açılması gereğine tasarıda m. 396 f. II'de ve m. 403'de de işaret edilmektedir). Yani, zarar miktarı konusunda iki taraf arasında anlaşma olmazsa, mağdurun ikinci bir dava ile uğraşıp zarar miktarını belirleyen bir eda hükmü alması gerekecektir. Kendi aleyhine çıkmış böyle bir eda hükmü varken devletin hükme bağlanmış tazminatı ödememesi düşünülebilir mi ki, devleti daha ihtiyati tedbir isteme sırasında teminat göstermek zorunda tutmanın mantığı olsun? *En doğrusu, m. 396 f. I cümle 2'de bulunan "Talep, resmi belge veya başkaca*

*kesin delillere dayanıyorsa, mahkeme gerekçesini ayrıca belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir” kuralını çıkarıp onun yerine, tıpkı 1925 tarihli CPCN m. 103 ve HUMK m. 110’da olduğu üzere, “Hakim, durumun gereğine göre, teminat aramaksızın da ihtiyati tedbir istemini kabul edebilir” içeriğinde kural koymaktır.*

18. Tasarıda, adli tatilin sürelerle etkisi konusunu düzenleyen m. 110’a şöyle bir ekleme yapılması gerekir: “Ancak, adli tatile tabi olan dava ve işlerle ilgili bulunsa dahi adli tatil içinde yapılabilen, dava, cevap, istinaf dilekçesi vermek gibi işlemlerin süresi uzamaz”. Gerçekten, bunların dahi süre uzamasından yararlanmaları, davaları boşu boşuna uzatmaktan başka hiçbir işe yaramaz.

19. Tasarıda m. 117’ye konan “Seçimlik dava” başlığı, doğru bir terim değildir; “Seçimlik borç davası” demek gerekir. Gerçekten, seçimlik olan, davanın kendisi değil, dava temeli edinilen, davalının borcudur. Maddede f. I’de de bu düzeltme yapılmalıdır.

20. Tasarıdaki m. 124 f. I bent f, şimdiki HUMK m. 179 bent 3’ün karşılığıdır. Bildiğimiz üzere davacı dava dilekçesinde “yemin” delilini de anmış değilse Yargıtay’ımız içtihatlarına göre, o bentteki “delillerinin nelerden ibaret olduğu” ifadesi dolayısıyla bir “delillerini hasretme” tasarrufu yapmış duruma düştüğünden, sonra yemin delilini kullanamaz ve hakim de ona, ispat yükünü yerine getiremedi diye, yemin teklifinde bulunmak hakkı olduğunu kendiliğinden hatırlatamaz. Ben Yargıtay’ımızın bu gibi “zımnen feragat” varsayımlarının tümünü haksız ve kanunsuz buluyorum. Asıl olan hiç kimsenin hiçbir hak veya yetkisinden feragat etmek istemeyeceğidir. Şimdi asıl konumuza gelelim; tasarıdaki m. 124 f. I bent f ifadesinde böyle bir “nelerden ibaret olduğu” bölümü yoktur; buna göre Yargıtay’ın, değindiğimiz varsayımı kabullenirken göz önünde tuttuğu “dayanak” tarihe karışıyor. Kaldı ki artık yasa (bu f bendi) davacının dava dayanağı (temeli) olan bütün vakıalar bent e gereğince tek tek gösterildikten sonra onların her birinin hangi delille ispat edileceğinin belirtilmesini buyuruyor; yani şimdiki uygulamada yapıla geldiği üzere dava dilekçesinde delil türlerinin adlarını saymak yahut “Delillerimiz: Bircümle kanuni deliller” gibi bir laf etmek, yetmeyecektir. Ama, ilke olarak, hiçbir davacı istem dayanağı şu veya bu vakıayı belirttikten sonra onun ispat aracı diye yemini göstermez, anmaz; yeminle ispatlamaya güvenerek dava açmaya kalkışılması pek seyrek karşılaşılabilecek bir haldir. Taraf, işe yarayacağını umduğu diğer kanıtları

kullanamazsa yahut onlardan beklediği sonucu alamazsa işte o zaman yemin teklifinde bulunur. Zaten aslında yemin teklif edilmesi, kendi başına, delil değil bir taraf usul işlemidir; ama *yemini edadan kaçınmak*, ikrarda bulunmuş sayılma fiksiyonuna yol açtığı için, tıpkı ikrar gibi, ispat edilecek vakıyı münazaalı olmaktan çıkarıyor ve dolayısıyla o vakıya HUMK m. 238 (tasarıda m. 191) gereğince ispata muhtaç olmaktan çıkıyor, ispat edilmiş gibi oluyor. Bu tahlilin ve gözlemin sonucu şudur ki, dava dilekçesinde yeminden söz etmeyen davacıyı veya cevap yazısında yemin'i anmayan davalıyı, yemin'i dışta bırakır surette delillerini hasretmiş saymanın mantığı hiç mi hiç yoktur yani konu sadece "*hasretmiştir*" varsayımının dayanaksızlığı da değildir.

Yine de, duraksamayı gidermek için, bent f'nin bitişini şöyle yazmak yerinde olur: "*...edileceği; şu kadar ki, yeminden yararlanılacağına belirtilmemesi, ispat yükü yerine getirilemezse tarafın yeminden yararlanmaya hakkı olduğunun ona mahkemece hatırlatılmasına yahut onun kendiliğinden yemin teklif etme yetkisini kullanmasına engel olmaz.*"

21. Tasarıda m. 137 f. II' de, "*görevli mahkemeye*" deniyor; "*Görevli ve yetkili mahkemeye*" denmesi gerekirdi.

22. Tasarıda m. 147, "*Ön inceleme oturumu tamamlandıktan sonra, hakim tahkikata başlamadan önce, hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve defileri karara bağlar*" demektedir.

Bu yeni kural, özünde, çok yerinde ise de, ifadesinde iki yönden tırmalayıcılık vardır:

a. Dava konusu alacağın veya diğer hakkın böyle dava yoluyla istenmesi bir hak düşüren süreye bağlanmış idiyse, o sürenin geçmiş olması gerçekten bir itiraz temeli olmakla birlikte, diğer itiraz temeli vakıalar bakımından da doğru olduğu üzere, hakim bu vakıanın gerçekleştiğini usulü dairesinde dosyaya intikal etmiş bilgiler arasında görüp öğrenince, onu re'sen göz önüne alır ve istemi reddeder (ve bu karar, tahkikat aşamasından önce verilebilir); bunun için davalının bir itiraz öne sürmüş bulunması zorunlu değildir. Maddenin, hakim *itirazı karara bağlar* demesi bu yönden pek doğru olmuyor.

b. Hakim bu konuyu ele almasının tahkikata başlamadan önce yapılacağı söylenmesi de tam doğru olmamıştır, çünkü istemin öne sürülmesinin bir hak düşüren süreye bağlandığını (bu konudaki hukuk kuralını) bilmesi gereken hakim, sürenin geçmiş olup olmadığını ilke

olarak bilemez ve bir itiraz temeli olan, sürenin geçmiş bulunduğu vakiasını davalıya hatırlatamayacağından, o süre geçti mi diye sorgu sual de edemez; demek, sürenin geçtiği dosyaya usulü dairesinde girmiş belgelerde görülüyor değilse, davalının süre geçti diye iddia ve itirazda bulunmasını beklemek zorundadır. Bu itiraz öne sürülmüş ise, hak düşüren sürenin geçmiş olup olmadığı incelenecektir (geçmiş olduğunun dosyadan anlaşılır olmadığını varsayıyoruz); öyleyse, o hak ne zaman doğmuş idi, bunun tahkik edilmesi zorunludur; ancak bu inceleme sonunda, hakkın doğduğu günden davanın açıldığı güne kadar arada hak düşürücü süre geçti mi sorusuna yanıt verilebilir. Bu konuda yapılacak inceleme ise, tahkikatın ta kendisidir. Öyleyse bu incelemeyi ve karara varma aşamasını tahkikat aşamasının dışında görmek, *“tahkikata başlamadan önce”* demek, doğru olmuyor. *“Tahkikata başlamadan önce veya, araştırma yapılması gerekiyorsa, tahkikat aşamasına geçildikte ilk iş olarak”* denmesi daha doğru olurdu.

23. Tasarıda, yeni delil gösterilmesi konusuna ilişkin m. 150, ilk cümlesinde, tarafların yasada belirtilen süre sonrasında yeni delil göstermeyecekleri kuralına yer verdikten sonra, ikinci cümlede, birbirinden *“veya”* sözcüğüyle ayrılmış olarak, buna iki istisna getiriyor: *“Ancak yeni delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir”*. Madde gerekçesinde de, orada *iki istisna* öngörüldüğü, demek ki *“veya”* sözcüğünün bilinçli olarak kullanıldığı açıkça söylenmiştir. (Gerekçede *“Bu şekilde delil sunma kuralına istisna getirilmesi...”* ifadesi besbelli, dalgınlık ürünüdür yahut yazım yanlışlarıdır; *“sonradan delil sunma yasağı kuralına”* denmeliydi). Orada *veya* denerek iki istisna yaratılmasını doğru bulmuyorum; sırf yeni delil öne sürülmesinin yargılamayı geciktirme amacı taşımaması bu geç öne sürmenin caiz olduğunu kabul nedeni sayılamaz, sayılmamalıdır; aksi takdirde yani bu mantığa bağlı kalırsak, yapılan her bir usul hukuku kuralı ihlalini, ihlalde bulunan kişi davayı sürüncemeye sokmak amacı gütmüyor idiyse, bağışlayıvermek gerekecekti. Bu da şu sonuca yol açacaktı ki davacının kendi davasını sürüncemeye sokmak istemiş olamayacağı besbellidir ve onun bütün usul hukuku ihlallerini, aklına estiği zaman bir yeni delil öne sürmelerini, caiz ama davalının bu gibi davranışlarını kabul edilemez saymalı idik. Doğrusu, m. 150 cümle 2’de, veya sözcüğünün ve ondan önceki sözcüklerin atılması, şöyle denmesidir: *“Ancak yeni delilin süresinde ileri sürülememesi ilgili*

*tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir”.*

24. Tasarıda m. 152 f. I’de bir unutmama olmuş, “*Taraflar, dava ve cevap dilekçelerini vermelerinden veya bunlar için belirlenen sürelerin geçmesinden sonra duruşma için davet edilirler*” denmiştir; “...sürelerin geçmesinden ve mahkemece ön inceleme’nin yapılmasından sonra ..” denmeliydi. Çünkü tasarıya göre, layihalar teatisinden sonra ve tahkikata başlamadan önce bir ön inceleme aşaması vardır (m. 142); bu amaçla bir oturum/ duruşma da yapılır (m. 144); tahkikat için duruşma daveti daha sonra yapılır (m. 149); m. 152’de düzenlenen davet, işte bu davettir.

25. Tasarıda m. 152 f. II, HUMK m. 213’ün öz yönünden aynıdır. Ancak, m. 155 gerekçesi, bu m. 152 uyarınca yazılacak davetiyeye konacak ihtar hakkında yanlış bilgi veriyor. Söz konusu m. 155 gerekçesine bakarsak, bütün duruşmalara çağrı yazılarına (Tasarıda m. 152 f. II’de düzenlenmiştir), tıpkı ön inceleme duruşmasına çağrı yazısında (m. 144’de düzenlenmiştir) olduğu gibi, “*duruşmaya gelmezseniz hasmunuz sizin yokluğunuzda iddia veya savunmasını değiştirebilir, genişletebilir*” diye ihtar konmalı imiş. Bunda bir yanlışlık var. Duruşma davetiyelerini düzenleyen m. 152, sadece, “*Duruşmada hazır bulunmazsanız yokluğunuzda işlem yapılır ve yapılan işlemlere sonradan itiraz edemezsiniz*” ihtarının davetiyede bulunmasını ister. Şimdiki HUMK m. 409’u yansıtan m. 155 dahi, m. 409’dan farklı olarak, sadece, taraflardan birinin geçerli özrü olmaksızın duruşmaya gelmemiş olması halinde bu kişinin yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceğini söyler. *Hiçbiri, gelmeyenin hasmı aklına estiği gibi iddia veya savunmasını genişletebilir, değiştirebilir ve bu genişletme, değiştirme geçerli sayılır demez.* Diyemez de; çünkü, tasarıda m. 146 f. I cümle 3, açık açık, “*Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia ve savunma genişletilemez yahut değiştirilemez*” demektedir yani hasmun açık rızasıyla yapılan değiştirmeyi, genişletmeyi dahi geçersiz saymaktadır. Gerekçedeki yanlışlık çok açıktır.

26. Tasarıda m. 169, yargılama usulü hukukumuzda önemli bir boşluğu doldurmakta ve bekletici sorun konusunu düzenlemekte ise de, bazı yönlerden tekrar “*ele alınması*” gerekiyor:

a. Maddede f. I, “*Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise, mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir*”

deniyor. Bir kez, burada “*başka bir davaya*” denmesi eksiktir; “*başka bir derdest davaya*” denmelidir. Ortada derdest dava yoksa ancak o davanın açılması için süre verilmesi yoluna gidilir yoksa şimdiden, açılıp açılmayacağı belli olmayan o davadan çıkacak sonucun beklenmesine karar verilmez.

b. Hükümün verilmesi “*dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı*” ise, kimin ne yapması beklenerek bir bekletici sorun sayma kararı verilecek? Elbette ki, o ilişkinin mevcut olup olmadığına mahkeme hükmüyle yahut idari kararlarla tespiti beklenecek. Oysa bu durum zaten daha önceki ifadenin kapsamına giriyor ve yapılacak iş de bundan sonraki ifadenin kapsamındadır. Madde gerekçesindeki anlatım da böyle; yani şimdi ele alınan durum için dahi “*Burada beklenen sorun, bir mahkemede açılmış ve görülmekte olan bir dava ya da idari makamın kararıdır*” deniyor. Görüldüğü üzere, “*yahut dava konusuyla ilgili bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığına*” deyişi, fuzulidir.

c. Bu m. 169 gerekçesinde de bazı düzeltmeler yapılmalıdır. Orada söze, “*Bir davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan ve bu davanın incelenilmesi veya sonuçlandırılabilmesi için, mahkemenin görevi dışında kalması sebebiyle, görevli yargı makamınca çözümlenmesine kadar beklenilmesi gereken sorunlara, bekletici sorun denir*” tanımlaması veriliyor. Oysa, mahkeme o sorunu çözmek için görevli de olabilir. Bağlantılı sorun halen derdest bir davaya konu olmuş idiyse, o sorunu, örneğin mülkiyet kimdedir sorununu, davaya (diyelim, men-i müdahale davasına yahut ecri misil davasına) bakan hukuk mahkemesi kendisi çözmekten ise, diğer bir hukuk mahkemesindeki, doğrudan doğruya bu sorunu konu alan davanın, diyelim, maliki yanlış gösteren (araziye müdahalesinin men’i istenen yahut ecri misil ödemesi gereken kişiyi malik diye gösteren ve onun tarafından savunma dayanağı edinilen) tapu kaydının düzeltilmesi davasının, sonucunu bekleyebilir.

ç. Gerekçede, “*Birinci hal, bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya veya idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise, mahkeme görülmekte olan davanın sonuçlanmasına ya da idari makamın kararına kadar yargılamayı bekletir*” deniyor. Bunu, “*Birinci hal, bir davada hüküm verilebilmesi başka bir derdest davaya veya idari makamın sonuçlandırmaya giriştiği [idari makama başvuru dahi yapılmamış idiyse idari makamın tespitinin beklenmesine karar*

çıkamaz, önce oraya başvuru yapsın diye ilgiliye süre vermek gerekir] tespitine [yahut...olmadığına deyişi atılıyor] kısmen veya tamamen bağlı ise, mahkeme görülmekte olan davanın sonuçlanmasına ya da idari makamın kararına kadar yargılamayı bekletir” diye yazmak doğru olur.

27. Tasarıda, isticvapla ilgili m. 173’de f. II, “*İsticvap, davanın temelini oluşturan vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar hakkında olur*” diyor. Burada sadece “*davanın*” demeyip “*davanın veya savunmanın*” demek gerekir.

Gerekçeye bakılırsa, tasarıda m. 173 f. I, şimdiki HUMK m. 230 f. I cümle 1’in, ifadesi sadeleştirilmiş biçimindedir (doğru); m. 173 f. II de, HUMK m. 230 f. II’nin güncelleştirilmiş biçimindedir (pek de öyle değil). Tasarıdaki m. 173 f. II şöyledir: “*İsticvap, davanın temelini oluşturan vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar hakkında olur*”. HUMK m. 230 f. II ise, “*İsticvap müddeabihe veya onunla münasebeti olan hallerle vakıalara taallûk etmek icap eder*” demektedir. Dikkat edilirse, davalının da kendi savunma temelini oluşturan vakıalar konusunda isticvap edilmesine, HUMK m. 230 f. II’deki ifade, müddeabihden söz etmesine rağmen, engel değildir; tasarıda m. 173 f. II ise açıkça engeldir ve isticvap konusu *davanın temelini oluşturan vakılardır* demeye gelmektedir. Aslında, HUMK m. 230 f. II ifadesi dahi kaynak yasadan (1925 tarihli CPCN, m. 204 f. II) dosdoğru çevrilmemiştir; kaynak yasa, “*L’interrogatoire peut porter sur les faits du procès et sur toutes les circonstances de la cause*” (=İsticvap, dava sürecinin vakıalarına [yani, davanın çözümüne etkili olabilecek nitelikte, çekişmeli vakıa iddialarına; HUMK m. 238] ve davanın bütün ayrıntılarına [circonstances burada haller, koşullar değil ayrıntılar anlamındadır] ilişkin olabilir) der. Bu ifadeden, davalının da kendi savunmasının temeli olan vakıalar konusunda isticvap edilebileceği son derecede açık olarak anlaşılır. Tasarıda m. 173 f. II’nin de aynen bu ifadeyi kullanması yerinde olur.

28. Tasarıda m. 191 f. I, şimdiki HUMK m. 238 f. I kuralını sadeleştirerek aktarırken, oradaki münazaalı sözcüğünü ayrı ayrı çevirilerle iki kez karşılamıştır: “*İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir*”. Bunlardan birincisi hem uzun hem fuzulidir.

29. Tasarıda ispat hakkına ilişkin m. 193 ve gerekçesi, yeniden ele alınmalıdır:



Önce, gerekçede, ilk söz olarak, “1086 sayılı kanunun [HUMK’nun] 218 ve 287. maddelerindeki düzenlemelere kısmen karşılık gelen bu madde...” deniyor. Aslında sadece f. III, HUMK m. 287’nin ve f. IV de HUMK m. 218’in karşılığıdır denebilir. İlk iki fıkra tümüyle yenidir.

Maddedeki f. I, “Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir” diyor. Davada ispat aslında kendi başına hak değildir; usulî işlemler yapmak yetkisinin bir kullanılış biçimidir. İfade şöyle olmalıdır: “Taraflar, mahkemede hak arama ve bu süreçte usulî işlemler yapma yetkisinin bir parçası olarak, ispat işlemleri yapmak yetkisi anlamında, ispat hakkına sahiptirler”. Aslında böyle bir ifadenin yasada yer almasının hiç gereği yoktur ve bu ifade bulunmazsa hiç kimse tarafların ispat hakkını yasa tanımıyor demez, hakimler ispata izin vermemeye kalkışmaz.

30. Tasarıda m. 194 f. I’de getirilen ispat yükü kuralı, TMK m. 6’dakinden, öz itibarıyla, farklı değildir (gerekçesinde de aksine iddia yok). Böyle iken tasarıda m. 453 ile TMK m. 6’nın yürürlükten kaldırılıp o güzel yasanın daha başlangıç bölümünde eksik bir dış çirkinliği yaratılmasının, kuralın buraya (HMK’na) alınmasının gereği yoktu. Üstelik m. 194 gerekçesinde “ispat yükü kurallarının maddi hukuk temelli olmakla birlikte bir usul hukuku müessesesi olması sebebiyle” denmesi pek de doğru olmamıştır. Maddi hukukla ilgili konularda ispat yükünü belirleyen kural doğrudan doğruya maddi hukuktan çıkar. Örneğin, başkasının arsasına

- a. İyi niyetle,
- b. Kendi malzemesiyle inşaat yaptığı ve

c. İnşaatın değerinin arsa değerinden belirgin biçimde daha yüksek olduğu vakıalarına dayanılarak ve bu vakıaların varlığı halinde arsa mülkiyeti adil bir karşılık ödenmesiyle ona bırakılsın diye istem öne sürmesine hak tanıyan yasa kuralına dayanarak dava açan kişi, isteminin kabul edilebilmesi için bizzat o yasa kuralının aradığı bu vakıaların gerçekleştiği sabit olmazsa istemini elde edemeyeceğinden, onların veya onlardan herhangi birinin ispatsız kalmasının riskini (işte ispat yükü budur) taşır, bu takdirde istemini elde edemez. Görülüyor ki herhangi bir hukuk normuna dayanarak bir hak, bir yetki öne süren kişiye, o maddenin uygulanabilmesi için bizzat o maddenin aradığı vakıaların somut yaşantıda gerçekleştiğini ispat yükü yükleyen, o normun kendisidir ve ortada bir maddi hukuk normu söz konusu ise demek

ki ispat yükünü de maddi hukuk belirlemektedir. Maddi hukukun Medeni Hukuk'tan ibaret olmadığı tartışılmaz ise de tarihsel gelişme bakımından hiç kuşkusuz ki bütün hukukun anası Medeni Hukuk'tur; pratikte ezici çoğunluğuyla maddi hukuk normlarının uygulanması işlerinde karşımıza çıkan ispat yükü sorununun çözümünü belirten genel kuralın Medeni kanunda yer alması da hakça olan, doğru olan, yakışık alan tercihtir.

Tasarıdaki m. 194'ün karineleri konu alan f. II kuralı ise, her hukukçunun bildiği şeyleri söylemektedir. Bunlara ders kitabında yer vermek, bilmeyen öğrencilere öğretmek kaçınılmaz ise de, yasada yer vermenin hiç gereği yoktur. Kaldı ki, o fıkrada “...kanuni karinenin aksini ispat edebilir” denmesi de pek doğru değildir; kanuni karine bir yasa kuralıdır ve kuralın aksi isbat edilmez, kişi, “...kanuni karineden çıkan sonucun doğru olmadığını” (örneğin, babalık karinesine uyar durumda bulunmasına rağmen kendisinin baba olmadığını) ispat edebilir.

31. Tasarıdaki m. 207 bent b kuralıyla ilgili olarak gerekçede bir ifade yanlışı vardır. Gerekçede, “*senede bağlanması teamülden olmayan işlemlerde*” tanıkla ispatın mümkün olmasının amaçlandığı söyleniyor. Bildiğimiz gibi, şimdiki HUMK m. 293 bent 4 de bu doğrultudadır ve öğretide, orada bir ifade zaafı olduğu, kuralın aslında “*senede bağlanmaması teamül bulunan*” hukuksal işlemlerin senetsiz ispat edilebileceğini anlatır yolda yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Tasarıda da bu görüşe uyulmuş ve m. 207 bent b’de, “*senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukukî işlemler*” denmiştir. Gerekçede bunlar unutulmuş görünüyor.

32. HUMK m. 293’deki, haksız fiillerin ispatının senetle ispat gerekliliği dışında bulunduğunu belirten bent 2’nin fuzuli olduğu; çünkü zaten bu gerekliliğin yalnız hukuki işlemleri kapsamına aldığı, oysa haksız fiilin hukuki işlem olmadığı, öğretide oybirliğiyle belirtilmişti. Bu eleştiriye tasarıda da kulak verilmiş ve o bent, m. 207’ye alınmamış, alınmamasının nedeni de gerekçede belirtilmiştir.

Oysa HUMK m.293 bent 5 kuralı dahi tıpatıp aynı nedenle (orada sözü edilen durum yani hukuksal işlemin hataya, hileye, ikraha dayanması veya sözleşmede gabin bulunması iddiası kendi başına bir hukuki işlem iddiası niteliğinde olmadığından ve böylece zaten senetle ispat gereğinin dışında kaldığından) fuzuli idi, buna da öğretide neredeyse

herkes değinmiştir; hal böyleyken aynı fuzuli kuralın tasarıda m. 207’de bent ç olarak yer alabilmiş olduğunu görüyoruz.

33. HUMK m. 298 senette yapılmış çıkıntıların yani çıkıntıyla eklenmiş yazıların *“ve kezâlik senedin metninde veya hâmişindeki hak ve silinti”* nin, ayrıca tasdik edilmemiş ise, inkar halinde keenlemeyekün (yok) sayılacağını söylüyor. Aynı kural, ifadesi sadeleştirilerek, tasarıda m. 211 cümle 1’e de alınmıştır: *“Senetteki çıkıntı, kazıntı veya silinti ayrıca onanmamışsa, inkar halinde göz önünde tutulmaz”*. Çıkıntı yapılarak veya yapılmayarak senette yer alan ve eklenmiş olduğu anlaşılan yazıların inkâr halinde geçersiz sayılması ilkesinin anlaşılacak yanı yoktur ama kazıntı ve silintiler bakımından durum öyle değil. Kazıntı veya silintinin inkar halinde göz önünde tutulmaması ne demek? Orada kazımayla bir boşluk oluşmuş, eskiden yazılı olan sözcükler okunamıyor; senede dayanan tarafın hasmı orada bir erteleyici şartın öngörölmüş iken kazımayla silindiğini iddia ediyor ama bu yolda kanıtı yok; hakim şimdi *“kazımayı göz önüne almıyorum, talikî şartın varlığını kabul ediyorum”* diyebilecek mi? Kanıt yokken bunu kabul edemez, ama o zaman da, her ne tutum izlenirse izlensin, bu tutuma *“kazımayı göz önüne almak”* tutumu denemez. Öyleyse, kazıma ve silinti faraziyesinde hakim kazımayı, silintiyi göz önüne almaz ifadesi anlam taşıyor, gidilecek yolu göstermiyor.

Maddedeki cümle 3, sözünü ettiği faraziye bakımından, sorunu, Gordion düğümüne kılıç çalarak, paldır küldür çözüyor: *“Bu tür çıkıntı, kazıntı veya silinti mahkemece senedin geçerliliğine ve anlamına etkili olacak nitelikte görülürse, senet kısmen veya tamamen hükümsüz sayılabilir”*. Ama o zaman, senedin kazıntılı olmayan bölümlerinde açık seçik yer alan ifadelerin ispat gücü de yok edilivermiş, senedi sunan kişi burada ifade edilmiş vakıalar ve hukuki işlemler bakımından da yazılı delilinden yoksun bırakılmış olacaktır.

*Belki en doğrusu, kazıntılı bölümde şu yazılıydı diyen hasmın iddia ettiği içerik bakımından senedin şimdiki kazıntılı haliyle suskunluğuna bir ispat değeri tanımamaktır.* Örneğin, hasım taraf o kazıntının yerinde bir erteleyici şart veya bir ecel (süre) maddesi vardı (diyelim, satış bedelinin gelecek yıl 1 Temmuz’a kadar ödenmiş olması gerektiği yazılı idi) diyorsa, senedin bu noktadaki suskunluğuna, öyle bir erteleyici şart yahut vadenin kararlaştırılmış olmadığı bu senetteki suskunlukla kanıtlanmış olması değeri tanımamakla birlikte, senedin geri kalan

bütün (şimdi görünen) içeriği yönünden ispat değerini tanımak olur. İhtilafı kalan vakıa için de sırf hasmın iddiasında kalan içerik, sadece kazıntının var olduğuna bakılarak, ispatlandı sayılacak değildir. O konuda ispat yükü, genel kural çerçevesinde kime düşüyorsa, onun, kendi lehine hukuksal sonuç doğuracak içeriği kanıtlanması istenir. Yapılacak ispat, *senede karşı* öne sürülen bir vakıa iddiasının ispatı sayılmayacaktır çünkü senetteki metnin erteleyici şartı, vadeyi öngörmediği, kazıntı sebebine, anlaşılamamaktadır (yani, orada bir erteleyici şart vardı diyen kişi, senet metniyle ispatlanmış bir halin aksini öne sürüyor değildir), öyleyse bu ispat şimdiki HUMK m. 290, tasarıdaki m. 205 kuralına tabi olmayacaktır, tanıkla da yapılabilecektir. İhtilafı kalan konuda ispat için genel kurallar uygulanınca, lehte veya aleyhte, emarelerle ispat da yapılabilecektir. Örneğin ancak üç kelimenin sığabileceği bir yerde kazıma yapılmış iken davalı, *“Orada bir erteleyici şart vardı ve şöyleydi, erteleyici şart henüz gerçekleşmediğinden davacının alacağı talep yetkisi henüz yoktur”* diyerek erteleyici şart kararlaştırıldığını tanıkla kanıtlamaya kalkışıyorsa, üç kelimelik yere bir erteleyici şart maddesi yazılamayacağından, hakim onun iddiasının doğru olmadığını kanıtlanmış sayabilir ve onun tanık dinletme talebini kabul etmeyebilir.

34. Tasarıda m. 212 f. I kuralı şöyledir: *“Taraflardan biri, kendisi tarafından düzenlendiği iddia edilen bir belgedeki imza veya yazıyı inkâr etmek isterse, sahtelik iddiasında bulunmalıdır; aksi halde belge, aleyhine delil olarak kullanılır”*. Bu kural, özellikle, şu veya bu sebeple davalı duruşmalara gelmediği, dava onun gıyabında yürüdüğü takdirde son derecede sakıncalı ve adaletsizdir. Madde gerekçesinde şöyle deniyor: *“Bir belge hakkında tarafların sahtelik iddiası söz konusu değilse, kanunda öngörülen haller dışında kural olarak doğruluğunun ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. Bu sebeple yazı ve imza inkarında bulunan tarafın bunu açık bir sahtelik iddiası ile ileri sürmesi gerekir”*. Söz konusu ifade beni hayretler içinde bırakmıştır. Bütün yargılama hukuklarında delil takdiri yetkisi ve görevi mahkemenindir ve dolayısıyla ispatı gerekli vakıa iddiası bakımından bir belgenin yeterli ispat gücü olup olmadığını belirlemek de hakim görevidir. Senetle ispat zorunluluğu çerçevesinde olsun olmasın, bir iddianın ispatı için herhangi bir belge sunuluyorsa, bunun belge diye kabul edilmesinin vazgeçilmez evrensel şartı, kime karşı ispat yapılabırsa ondan sâdir olmasıdır. Tasarıda m. 203 gerekçesinde belirtildiği üzere, tasarı, senedi tanımlamaktan kasden kaçınmıştır ama m. 206 f. II’de yazılı delil başlangıcının tanımı verilmiştir ve orada, bir belgeyi

yazılı delil başlangıcı saymak için onun “kendisine karşı ileri sürüldüğü [sürülen denmesi Türkçe bakımından daha az doğrudur] kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş” olması “lâzime” si özellikle vurgulanmıştır. Senet için bu gereklilik evleviyetle ve hiç tartışılmaz biçimde geçerlidir. Demek, *her yargılama sürecinde hakimin önüne senet diye veya yazılı delil başlangıcıdır diye bir belge bulunduğu hakimin ilk araştıracağı, bu belgenin hasımdan sâdir olup olmadığıdır. Ortada hasmın aidiyet ikrarı bulunmadıkça bu araştırma daima re’sen yapılır; yani, ilamsız icra takiplerindeki durumun tersine, “inkar vaki olmadıkça imzanın o kişiye aidiyeti mefruz” değildir, böyle bir yasal yahut fiili karine asla yoktur.*

Toplumsal düzende egemen olan çirkin “altta kalanın canı çıksın” ilkesi zaten son on yıllarda hukuk düzenimize, hele hele icra takiplerinin hukuku düzenimize yeterinden fazla sızmıştır; bir de, “Türk milleti adına” hüküm verilirken yürütülen süreçte, senedin aidiyetinin resen araştırılması gereği gibi hayati bir konuda bu utançsız ilkeye hukukumuzda yer vermeyelim. Hakimin adaleti bulup uygulamasının önüne bir barikat daha dikmeyelim.

35. Tasarıda m. 229, hangi hallerde yemin teklifinin yapılamayacağı sayarken, bent a’da şöyle diyor: “Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalar”. İfade şöyle olmalıydı: “Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalarda dava veya savunma temeli oluşturan vakıalar”. Çünkü yeminin konusu dava değil, belli bir vakıa (o arada, belli bir hukuksal ilişkinin varlığı) olabilir. Dava için yemin teklif etmek diye bir hal olamaz.

36. Aynı maddede bent b’de, “Bir işlemin geçerliliği için, kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği haller” deniyor. “... görülmediği hallerde, bu irade açıklamaları” denmeliydi. Çünkü yasaklanmak istenen, örneğin kefillik sözleşmesi için yasa sırf tarafların irade açıklamasını yeterli görmeyip ayrıca bu irade açıklamasının yazıya dökülmesini istemiş iken, böyle yazılı kefalet sözleşmesinin yapılmış olmasına ve sözlü beyanlarla yetinilmiş olmasına rağmen kefalet akdinin varlığı iddiasıyla dava açan davacının, davalıya, sözlü olarak bu konuda karşılıklı irade açıklamaları yapıldığını kanıtlamak amacıyla “yapmadığımıza yemin etsin” diye yemin teklifinde bulunmasıdır. Aynı yolda, Yargıtay içtihatlarının da belirttiği üzere, “haricen” taşınmaz mal satışını geçerli sanıp öyle bir satışa dayanarak dava açan kişinin, dava temelini kanıtlamak için, “onun yazıhanesinde dairenin bana şu kadar bedelle

*satışı sözleşmesini yapmıştık; inkar ediyor, başka delilim yok, yapmadığımıza yemin etsin” gibi bir yemin teklifinde bulunması da işe yaramaz ve karşı tarafın yemin etmeyeceğini söylemesi halinde akdin yapıldığı sübut buldu denemez.*

37. Aynı maddede bent c sonunda da “haller” yerine “vakıalar” denmesi daha doğru olur.

38. Tasarıda, bilirkişiye ilişkin m. 270 sisteminde çok önemli bir yanlışlık vardır. Şimdiki HUMK m. 275, “Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenmez” demiş, hukukla ilgili konularda bilirkişiye başvurulamayacağı içeriğinde mutlak bir yasaklama getirmekten kaçınmıştır. Doğrusu da budur. Her hakimin yanıtını bilmesi gereken veya bilmiyorsa, unutmussa bile zorluk çekmeden öğrenebileceği hukuksal sorunlar için bilirkişi görevlendirilmesinin yasaklanması elbette ki çok doğrudur (bir tarihte, ben İzmir’de görevli iken bana Manisa’nın bir ilçesinin mahkemesinden, bir miras işinde kimliği belli mirasçılardan kime ne kadar bölüşme payı düşeceğini raporla belirtmem için bilirkişilik görevi gelmişti; Miras hukuku dersini görmüş fakülte öğrencilerinin bile, hem de yasaya bakmadan, çözümünü açıklaması gereken böyle bir sorun için dahi bilirkişi atamasına gidilmiş olduğu, gerçektir). Ancak, günümüz dünyası, Nasreddin Hoca’nın kadı görevi yaptığı zamanın ve toplumun dünyası değildir; ilişkiler ve hukuk sistemi son derecede karmaşıklaşmıştır. Örneğin, Bankacılık Kanunu’nun düzenlediği, banka batırmakla suçlanan kişilere karşı açılacak, bankaya verdikleri (ve şimdi TMSF’nin sırtına yüklenen) zararın kendilerine ödetilmesi ve ödemezlerse kişisel iflaslarına karar verilmesi davasında ortaya pek çok hukuksal sorun çıkmaktadır; kimi davalılar, “Bizim bankaya zarar verdiği söylenen işlemlerimiz şimdiki yasal düzenlemenin öncesinde idi, o zaman yapılmış işlemler için bugünün hukuku gereğince bize karşı iflas davası açılmaz” yolunda savunma öne sürmüşlerdir. Bazı davalarda davalılar, “Bizim olmayacak kişilere kredi diye para verdirip sonra bu kredilerin geri ödenmemesi suretiyle bankanın batmasına yol açtığımız öne sürülüyor. Oysa para alanlara karşı banka veya sonra bankaya ardıl olan TMSF icra takibi yapmış ve bu takip içinde o kişilerden para alınmayacağı sabit olarak onlar hakkında aciz belgesi düzenlenmiş değildir. Bize karşı açılan şimdiki davanın zorunlu dinlenme şartı eksiktir. Davanın hemen ve tahkikata girilmeden reddi gerekir” savunmasında bulunmuşlardır. Bu gibi savunmaların yerinde olup olmadığı, düzenlemenin yeniliği nedeniyle, henüz yerleşmiş içtihatlarla belirlenmiş değildir ve icra-iflas

hukukunun uzmanı olmayan hukukçuların gerek yayınlarında gerek taraflara verdiği danışma raporlarında yanlış çözümlerin savunulduğu görülebilmektedir. Bu nedenle, bilgili ve deneyimli üç hakimin görev yaptığı ticaret mahkemelerimizde bile, bu gibi davalarla karşılaşıldığında, içinde hem banka ve ticaret hukuku alanında hem de icra ve iflas hukuku alanında uzman kişilerin bulunduğu bilirkişi kurullarının görevlendirilmesi ihtiyacı doğmaktadır. Yapılan bu uygulama yerinde ve hatta zorunludur. Hal böyle iken, tasarıda, hukukla ilgili konularda bilirkişiye başvurmanın mutlak olarak yasaklanmak istendiğini görüyoruz (tasarıda m. 270 ve bunun gerekçesi; m. 274 gerekçesinde c). Böyle bir değişiklik ve yasaklamada isabet yoktur. Şimdiki sistem doğrudur ve HUMK m. 275 cümle 2'deki kuralın aynen alınmasıyla yetinilmesi yerinde olacaktır.

Böyle olunca, tasarıda m. 283 bent 4'e konan "*Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında, hukuki değerlendirmelerde bulunamaz*" kuralının da değiştirilmesi ve "*Bilirkişi, özel uzmanlık gerektiren bir hukuk sorununun çözümünü için görevlendirilmiş değilse, raporunda...*" denmesi gerekir.

39. Tasarıda, bilirkişi sayısını belirleyen m. 271'in gerekçesinde bilirkişilik görevinin konusu sadece maddi vakıaların aydınlatılması olabilir gibi "*açıklığa kavuşturulması gereken maddi vakıa*" denmesi doğru olmamıştır. Bilirkişinin görevi, örneğin, Osmanlı yazısı hakkındaki özel bilgisi nedeniyle, delil diye sunulmuş, Kanunî Süleyman'dan kalma bir fermanın okunup günümüz yazısına çevrilmesi de olabilir. "*Mahkemenin ihtiyaç duyduğu bilginin elde edilmesi*" denmesi daha doğru olur.

40. Tasarıda m. 285 gerekçesinde şöyle deniyor: "*Rapora itiraz için öngörülmüş yedi günlük süre kesin süredir; hak düşürücü bir nitelik taşır. Taraflar bu süre içerisinde itirazlarını dile getirmez ise bilirkişi raporu, taraflar bakımından kesinleşir*". Oysa tarafların itiraz etmemesi halinde bile bilirkişi raporunun hakimi bağlamayacağı kabul edilince (HUMK m. 286 f. I; tasarıda m. 286 ve gerekçesi), artık taraflar bakımından kesinleşmeyi kabul imkanı da kalmaz. Çünkü yargılama usulü hukuklarının genel ve temel ilkelerinden biri, "*hakimin bir işlemi yapmak yetkisi bulunduğu sürece, taraflar, o işlemin yapılmasını ve o doğrultuda tutum izlenmesini talep edebilirler*" ilkesidir. Örneğin hakim tahkikat aşaması boyunca her zaman re'sen keşfe veya bilirkişi görevlendirilmesine karar verebileceğinden (HUMK m. 275, 363) taraflardan herhangi biri de tahkikat aşamasında, daha önce istememiş bulunduğu halde sonradan keşif veya bilirkişi

incelemesi isteyebilir. Bilirkişi raporuna itiraz bakımından da durum aynıdır; hakim bilirkişi raporunun şu veya bu bölümüne, gerekçe göstererek, itibar etmemek yetkisine gerek şimdiki düzende gerek tasarının getireceği düzende, sahip bulunduğu göre, taraflardan her birinin de, aynı gerekçeleri öne sürüp hakim rapora itibar etmemesini isteyebileceği kuşkusuzdur.

41. Tasarıda m. 295 f. III' de, "*Keşif, üçüncü kişi için uygun olan zamanda yapılır*" deniyor. Bu imtiyaz ve iltimasın nedeni, gerekçede belirtilmiş değildir. Keşfin zamanını belirlerken, "*o gün o saatte olmasın da şu gün şu saatte olsun*" demesine değer verilmesi gereken kişiler çoktur: hakim (ve kurul halinde gidiliyorsa, hakimlerin her biri); davacı; vekili; davalı; vekili; bilirkişiler götürülüyorsa, bunlar; tanıklar orada dinlenecekse, tanıklar; ve keşif yapılacak taşınmazı kiracı sıfatıyla işgal eden kişi gibi, üçüncü kişiler. Bu sonuncuların tedirgin edilmemesine üstün dikkat gösterilmesi gerektiği anlamına gelen şimdiki ifade doğru ve adil değildir; doğru ve adil olan, sayılan bütün bu kişilerin rahatlarının olabildiğince az ölçüde bozulmasını sağlayacak bir zamanlama yapılmasıdır. O kişilerden birinin ve sadece onun uygun zamanını kollamak, diğerlerininkini umursamamak tutumunu yasa buyuramaz. En iyisi, "*Keşif zamanının belirlenmesinde hazır bulunacakların en azının en az ölçüde tedirgin edilmesi gözetilir*" demektir.

42. Tasarıda m. 296 yeni olmaktan başka, çok tartışma götürebilecek bir kuralı benimsiyor: Soy bağının belirlenmesi gerektiğinde, kişiler, bu amaçla bedeninden kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır; haklı sebep olmaksızın bu yükümlülüğe uyulmaması halinde hakim, *incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir*. Gerekçe bölümünde, bu kuralın gerekçesine ilişkin ifade, doğrusu pek cılızdır: "*İşin önemi dikkate alınarak böyle bir zorunluluk öngörülmüş*" imiş, hatta *üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme haklarını ileri sürerek bu yükümlülüğten kaçınma yolu da kapatılmış*.

Tabloyu şöyle bir göz önüne getiriniz:

Murisin (merhum ünlü şarkıcı falanca) oğluna karşı açılan, onun aslında murisin oğlu ve dolayısıyla mirasçısı olmadığını tespiti ve nüfus kaydında da buna göre gerekli değişikliğin yapılması davasında davacı (merhum şarkıcının beşinci ve sonuncu eşi olan hanım), şimdi 40 yaşında olan çocuğun gerçek babası olarak, diyelim, Prof. Dr. S'nin adını veriyor; hakimden bu meslektaşımızın falanca hastaneye filan



günde gidip kan ve doku aldırması emri, ara kararı olarak çıkıyor, ona tebliğ ediliyor; meslektaşımız çok sinirleniyor ve öfkesinden mazeret dahi bildirmeksizin (zaten mazereti yok), oraya gitmiyor; hakim ilk duruşmada, incelemenin zor kullanarak yapılmasına karar veriyor (seçeneği yok; yasa “karar verir” demiş); tasarıdaki, ihtiyati tedbirlere ilişkin m. 397 f. II cümle 2 kuralını kıyas yoluyla uygulayıp, kararın yerine getirilmesiyle yazı işleri müdürünü görevlendiriyor. Yazı işleri müdürü aynı maddede f. III kuralı gereğince, S’nin konutuna en yakın karakola yazılı başvuruda bulunuyor; önde müdür, ardında 5 polis, S’nin konutuna geliyorlar, öfkeli meslektaşımız direniyor, kendisini ipe sarıp sarmalıyorlar, polislerin kimi kollarından kimi bacaklarından tutarak onu hastaneye götürüyorlar, S’nin bağırması çağırması arasında *vücudundan kan ve doku örnekleri alınıp kavanozlara konuyor*, sonra S’yi bırakıyorlar.

Böyle bir uygulama, Sultan IV. Murat zamanında olabilirdi ama şimdi olabileceğini sanmıyorum.<sup>6</sup>

43. Tasarıdaki m. 298 f. III’le ilgili gerekçe bölümünde bir yanlışlık vardır ve fıkra yeni bir kural gibi gösterilmektedir: “Burada hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilmesi zorunluluğu konmuş, böylece tefhim edilen hüküm sonucunun, sonradan başka suret ve şekilde kaleme alınması... tehlikesinin önlenmesine çalışılmıştır”. Oysa şimdiki HUMK m. 381 f. II şöyledir: “Kararın tefhimi, en az 388. maddede belirtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur”.

<sup>6</sup> Toplantıda, tasarı taslağı metnini hazırlayan Komisyo’nun Başkanı Prof. Dr. Pekcanitez, bu kuralın Alman hukukundan alınmış bulunduğunu belirtmiş, ama kuralın kendisinin çok yerinde olduğunu iddia etmekten geri durmuştur. Kanımca bir kuralın başka bir ülkenin hukukunda, hatta çok uygar ve ileri bir hukuk düzenine sahip bir ülkede yürürlükte olması, o kuralın yerindeliğini tartışılmaz etmez, edemez.

Muhakkak olan, kişinin kan ve doku örneği vermektan kaçınması halinde, iddiayı ispatlanmış sayvermenin doğru olmayacağıdır. Çünkü bu takdirde, olayımızdaki Profesör kan ve doku örneği vermektan kaçındı diye onun baba olduğu iddiasını ispatlanmış saymak yani davalı kişinin, ünlü şarkıcının oğlu olmadığını ispatlanmış saymak gerekirdi. Oysa bir üçüncü şahsın, bir davranışta bulunmaktan geri durması şöyle dursun, açık açık “Evet asıl baba benim” demesi bile olaydaki davalı oğlun babasının nüfus kaydında babası olarak görünen kişi (anasının kocası) olmadığını ispatlanmış saymaya ilke olarak asla yetemez. HUMK m. 240’ı unutup değılim; ama sırf üçüncü kişinin lafına bakıp da öyle bir davada davalı oğlu, anasının kocasından değıl başka kişiden peydahlanmış çocuk sayma yolunda hüküm veriverecek bir hakim düşünülemez.

Buna göre, uygulanabilecek tek yol, örnekteki profesörün hastaneye gitmesi yolundaki ara kararına uymak için para ve/veya hapis cezası yaptırımıyla zorlanmasıdır.

Zaten, tutanaklarla ilgili HUMK m. 151 f. II sonunda da, verilen her kararın ne olduğunun ve nasıl tefhim edildiğinin tutanağa geçirilmesi emredilmiştir.

44. Tasarıda m. 299 f. III şöyle diyor: “Hükmün müzakeresi sırasında, yargılamanın sona erdiğinin bildirildiği oturumda hazır bulunan hakim bulunmuyorsa, tarafların sözlü açıklamaları tekrar dinlendikten sonra müzakere edilir ve hüküm verilir”. Niçin bu yola gidildiği konusunda gerekçede işaret yoktur. Burada, “gereklilik görüldüğü takdirde” denmesi doğru olur; çünkü bir önceki duruşmada tarafların son sözlü açıklamaları tutanağa geçmiştir ve o tutanak dahil, dava dosyasının okunmasıyla yeni hakim, çoğu zaman, nasıl karar verileceğini duraksamasız kestirebilir, tarafları yeniden dinlemeye gerek olmayabilir.

45. Tasarıda m. 301 f. I kuralının yazılmasında bir atlama olmuştur; “Hüküm, ‘Türk Milleti Adına’ verilir ve...” diye başlanacak iken, “Türk Milleti Adına verilir” diye başlanmıştır.

46. Tasarıda kesin hükme ilişkin m. 307’de f. I’e bazı eklemelerin yapılması doğru olacaktır. Bu kural, tasarıdaki biçimiyle, şöyledir:

Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir.

Kuralın (keza, şimdiki HUMK m. 237 kuralının) önemli eksikliği, kesin hükmün iki tür etkisinin doğumunun ayrı ayrı gerekliliklere bağlı olduğunu gözden kaçırmasıdır. Daha açık söyleyişle, kuralda söylenen, sadece kesin hükmün yeni bir dava açılmasına engel olma etkisi bakımından doğrudur; ama kesin hükmün gerek mahkemelerde gerek her zeminde bir kesin delil, tartışılmaz delil etkisine sahip olması için o kuralda aranan gerekliliklerin aynen gerçekleşmesi zorunlu değildir. Bu nedenle, kesin hüküm ne zaman vardır konusunu düzenleyen yasa kuralı, kesin hükmün iki etkisinin doğabilme koşullarını ayrı ayrı belirtmelidir ve şöyle yazılması doğru olur:

Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davanın açılmasını engelleyecek maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, istem temellerinin ve ilk davanın hüküm fıkrasında hükme bağlanan istem ile ikinci davaya ait istemin aynı olması gerekir. Buna karşılık, şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün diğer

*bir davada kesin delil işleviyle kullanılabilmesi için bu şartlar aranmaz; hükmün çıktığı davanın taraflarından her birinin kendine ve haleflerine karşı diğer bir davada ve her yerde, o hüküm, kesin delil işlevindedir.*

Tabii ki, tasarıda madde gerekçesinin de bu doğrultuda düzeltilmesi gerekecektir.

47. Tasarıda, “*Kötü niyetle veya haksız dava açılmasının sonuçları*” başlıklı madde 332, konunun çok büyük önemiyle ve bu maddede etkili yaptırımlar getirilebilirse maddenin hukuk uygulamasına, mahkemelelerin iş yüküne getireceği hafifleme yararı ile kişilerin kötü niyetli davacı veya davalılar sebebine mahkemelerde eziyet çekmelerinin, çeşitli zararlara uğramalarının önüne geçebilme yararı ile orantılı olmayan bir ürkeklik ve yetersizlik gösteriyor.

a. Madde, kötü niyetli davalıdan söz ediyor ve bu kişi hakkında bazı cılız yaptırımlar öngörüyor, ama kötü niyetli davalı kimdir, davalı hangi hallerde kötü niyetli sayılacaktır, belirlemiyor.

b. Madde, hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan davacıyı bazı cılız yaptırımlara uğrattırıyor ama onun bu yaptırımlara uğraması için kötü niyetini aramıyor; demek ki dava sonunda haksız çıkmak davacının bu yaptırımlara uğramasına yetecektir. Bunun da adil olmadığı ve ayrıca, Anayasal bir “hak” olan mahkemeye başvurup dava açma yetkisinin kullanılmasını asla kabul edilemeyecek bir tehdide, caydırıcı riske tabi kıldığı açıktır.

c. Maddede f. II cümle 2, “*Bu hallere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin cezası vekil hakkında uygulanır*” diyor ve “*Bu haller*” nedir, belirtmiyor. Ayrıca haklı olduğunu bildiği bir davada davayı yokuşa süren, asılsız inkar veya savunmalarda bulunan vekilin bu tutumu müvekkilinin haberi ve rızası olmadan izlemesi, yaşam deneyimimizle biliriz ki, hemen hemen hiç olmayacak haldir; vekil en azından müvekkilinin bilgisi ve onayı ile onun hoşnut teşvikleri ile haklı davayı yokuşa sürmektedir. Böyle iken onun tutumundan dolayı yalnızca onu sorumlu tutmak yanlıştır. Diğer yandan, avukatlık kanunu m. 2’de avukatlık mesleğini yüceltici laf edebiyatı aşırı dozda bulunmakta ise de herkes bilir ki avukat, hakkın ve hukukun tarafsız hizmetkarı asla değildir, olamaz. O, hem işlevinin niteliği gereği hem de yasanın gereği olarak müvekkilinin hizmetindedir. Gerçek şu ki, adam öldürmeden sanık kişiye karşı açılmış ceza davasında sanık avukatı sanığın gerçekten

suçlu olduğunu bizzat onun ağzından duymuş bile olsa (bu öğrendiğini açığa vurmamaya avukatlık kanunu m. 36 gereğince “mezun” ve hatta mecbur olarak!) onu kurtarmaya çalışır, çalışmalıdır; mesleğinin gereği budur. Hukuk davasında avukatın işlevi bundan farklı değildir. Toplumsal düzen bu işlevde bir mesleğin yürütülmesine izin veriyor hatta yürütülmesini istiyorsa; avukatı haksız ve asılsız savunmalarda bulundu diye yaptırım karşısında bırakmak bir çelişki ifade eder. Bu nedenle, davada haksız tutum izlenmesinin yaptırımını yalnızca dava taraflarının kendilerine hasretmek ve tasarından m. 333 f. II cümle 2 kuralını çıkarmak doğru olur.

Benim önerdiğim m. 333’te, önce, f. I’de, davalının davaya muhatap olunca dürüstlük ilkesine uygun davranması gereği vurgulanmakta; f. II’de, bu yükümlülüğü çiğneyen davalının kötü niyetli davalı sayılacağı ve bunun yaptırımlarına uğrayacağı belirtilmekte; f. III’de, özel hukukun genel bir karinesi şimdiki konuya uygulanmakta; f. IV’de, davacının hangi halde kötü niyetli sayılacağı açıklanmakta; f. V’de, tasarının f. I kuralıyla kabullendiği yaptırım benim önerimde de kabul edilmekte; f. VI’da, tasarının f. II kuralıyla kabul ettiği yaptırım, (icra inkar tazminatı müessesesinin hukuk davalarına da aktarılması diye özetleyebileceğim yolda) çok daha şiddetlendirilip etkinleştirilerek benimsenmektedir. Önerdiğim metin, şöyledir:

Haklı olduğunu daha dava dilekçesinin kendisine tebliği sırasında bildiği bir davada davalı, dürüstlük ilkesine uymanın gereği olarak, inkarda veya asılsız savunmalarda bulunmayıp cevap dilekçesinde veya en geç ön inceleme duruşmasında davayı kabul etmek yükümlülüğündedir. Cevap dilekçesinin vekil eliyle verilmesi onu bu yükümlülükten sıyırmaz.

Bu yükümlülüğünü çiğneyerek haksız inkarda bulunan veya süresinde esasa cevap vermeyerek madde 133 gereğince inkarda bulunmuş sayılan yahut asılsız savunma dayanakları öne süren davalı, kötü niyetlidir ve kötü niyetli davalı olmanın bu maddede belirtilen yaptırımlarına uğrar.

Bilmesi gerekmek, bilmek hükmündedir; davanın haklı olduğunu bilmesi gerekir durumda bulunan kişi, onun haklılığını biliyor sayılır.

İstemi öne sürmeye hakkı olmadığını daha davayı açarken bilen veya bilmesi gerekir durumda bulunan davacı kötü niyetlidir ve kötü niyetli davacı olmanın yaptırımlarına uğrar.

Kötü niyetli davalı veya davacı, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekalet ücretinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkum edilebilir. Vekalet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarın fahiş bulunması halinde bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur.

Kötü niyetli davalı veya davacı, bundan başka, harca esas dava değerinin yüzde 40'ı tutarında ve maktu harca tabi davalarda 500 TL'den 5.000 TL'ne kadar tazminatı diğer tarafa ödemeye mahkum edilir. Bunun için talep gerekmez.

48. Tasarıda, yargılanmanın yenilenmesine ilişkin m. 379'da, yargılanmanın yenilenmesi nedenlerinden birini (kesinleşmiş bir hüküm oluşmuş iken aynı taraflar arasında aynı konuda ikincisinin çıkmış ve kesinleşmiş olması; şimdi HUMK m. 445 bent 10) gösteren bent 1'de ve bu nedenle yargılamanın iadesine gidilince işin nasıl sonuçlandırılacağını gösteren (şimdiki HUMK m. 450 f. II'nin karşılığı) m. 384'de bazı ifade zaafırları olmuştur. Şöyle ki:

HUMK m. 445 bent 10'da, şimdiki metnin de pek açıkça ifade edememesine rağmen, önem taşıyan ölçüt, birbirine aykırı iki kesin hükümden hangisinin daha eski tarihte mahkemece *verilmiş* olduğu değil, hangisinin daha önce *kesinleşmiş* olduğudur. Çünkü iki davadan biri diğerinden daha sonra açılmış da olsa, gelişmeler öyle denk getirmiş ve o davada çıkan hüküm (diğerinde çıkan hükümden ister daha eski tarihli ister daha sonraki tarihli olsun) diğerinde çıkan hükme göre daha önce *kesinleşmiş* ise; onun kesinleştiği anda diğer davanın görülmesini, hükme bağlanmasını engelleyen bir dava şartı eksikliği ortaya çıkmış olur. Böyle bir kesin hükmün oluştuğu diğer davadaki mahkemenin bilgisine varınca, o diğer mahkeme, elindeki davayı, kesin hükmün varlığı nedeniyle reddetmek zorundadır. Reddetmemişse, onun verdiği hüküm hakkında kanun yoluna başvurulduğunda, hükmü bozulur. Kanun yoluna gidilmemesi nedeniyle onun hükmü dahi kesinleşmiş ise işte bu faraziyede HUMK m. 445 bent 10'da (tasarıda m. 379 bent 1'de) düzenlenen yargılanma yenilenmesi nedeni ortaya çıkar. Yasa koyucunun amacı, acaba hangi hükümdeki çözüm daha doğrudu diye araştırma yapılmasına asla gidilmeksizin (böyle olduğu şimdiki HUMK m. 450 f. II'den ve tasarıdaki m. 384'den de açıkça anlaşılıyor) *ilk kesinleşmiş hükümden yararlanan taraf lehine, daha sonra kesinleşmiş hükmün iptal edilmesidir*. Hangi hükmün daha eski tarihli olduğu yahut

hangi davanın daha önce açılmış bulunduğu önemli değildir. Bu konuda yanlışla düşünülerek, o dava daha önce açılmıştı veya o davada hüküm daha önce verilmişti diye, sonradan kesinleşmiş hükmün geçerli bırakılarak daha önce kesinleşmiş hükmün iptal edilmesi, kesin hükmün engelleyici etkisi dediğimiz ilkeyle asla bağdaşamaz, yasa koyucunun amacına uymaz.

Böyle iken, HUMK m. 445 bent 10 ve m. 450 f. II’de olduğu gibi, tasarıda m. 379 bent 1 ve m. 384 metinlerinde de, sözünü ettiğimiz düzenlemeyi tam ifade edemeyen, yanlış anlamalara yol açabilecek deyişler yer almıştır. Bent 1 şöyle yazılmalıdır: *“Bir dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra, ister daha sonra ister daha önce açılmış olsun, tarafları, konusu ve istem temeli aynı olan ikinci bir davada, ister diğer davadakinden önce ister daha sonra verilmiş olsun, başka içerikte bir hükmün kesinleşmiş ve böylece ortaya birbirine uymayan iki kesin hükmün çıkmış olması”*. Tasarıda m. 384’ün bu 1 bendiyle ilgili bölümü de şöyle olmalıdır: *“...başka bir inceleme yapılmaksızın, kesinleşmesi daha sonra gerçekleşmiş hüküm iptal edilir”*.

Tasarıdaki m. 384 gerekçesinde de bu değiştirmeye uygun değiştirmeler yapılmak gerekir. Oradaki ilgili bölüm, şimdi, *“kesinleşmiş olan birinci davanın kararı, dava engeli oluşturacağından, ikinci kararın iptali ile yetinilecektir”* deniyor. Bunu, *“ilk kesinleşmiş olan karar, diğer dava bakımından dava engeli oluşturacağından, diğer davada daha önce veya daha sonra çıkmış olup kesinleşmesi daha sonra gerçekleşen kararın iptali ile yetinilecektir”* diye ifade etmelidir.

49. Tasarıda m. 386 f. II, tüm çekişmesiz yargı işlerini, *“Özellikle, aşağıdaki işler çekişmesiz yargı işidir”* girişiyle (ve *“özellikle”* sözcüğüyle de listenin tahdidi olmadığını vurgulayarak) benzeri görülmedik uzunlukta bir liste halinde saymaya çabalamaktadır. Bu çirkin uzunluktaki fıkra yerine *“Özellikle listelenmesinde yarar bulunan çekişmesiz yargı işleri Ek Madde 1’dedir”* deyip, listeyi, Harçlar Kanunu’na bağlı tarifeler misali, oraya atmak daha doğru olacaktır sanırım.

50. Tasarıda, ihtiyati tedbir talebine ilişkin m. 394 f. IV kuralının yazımında bir yanlışlık yapılmıştır. O fıkranın sonu, *“ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır”* diye değil, *“ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır”* diye bitmeliydi.

51. Tasarıda m. 396'da, devletin ihtiyati tedbir istemesi durumunda teminat göstermek yükümlülüğünden bağışık sayılması yolundaki kurala yer verilmemesini doğru bulmadığımı ve bunun gerekçesini yukarıda belirtmiştim. O kural buraya (m. 396'ya) konmalı ve gerekçe de buna göre değiştirilmelidir kanısındayım.

52. Tasarıda m. 405'te f. III'ün, "*Esas hakkında açılan davada, delil tespiti yapan mahkemenin yetkisiz ve görevsiz olduğu ileri sürülemez*" denmesini çok doğru ve yerinde buluyorum. Bu konudaki görüşümü daha önce YTÜHFD'de (Fakültemin dergisinde) c. I/1 s. 511-514'de çok ayrıntılı olarak belirtmiştim. O nedenle şimdi aynı şeyleri söylemeyeceğim; "*Delil delildir ve yetkisiz hakim tarafından tespit edilmiş olmakla delil olmaktan çıkamaz, murdar olmaz*" demekle yetineceğim.

53. Tasarının (m. 22-24), kamu tüzel kişilerinin veya tacirlerin (özellikle de bankaların) yaptığı akitlerde, karşısındaki bizler gibi sıradan vatandaşlara göre güçlü durumda oldukları ve onlara kendilerine uygun içerikte sözleşme dayatabildikleri için, bu üstünlüklerini hiç değilse yetki sözleşmesi sırasında kullanamamalarını sağlamak amacıyla getirilen adaletçi düzenlemeyi alkışlamıştık.

Tıpatıp aynı özenin tahkim sözleşmesi ve şartı konusunda da gözetilmesi, *çok daha baskın* bir ihtiyaçtır.

Örneğin, yurt dışına gezi düzenleyen firmaların önünüze sürdüğü ve aranızdaki ilişkiyi düzenleyecek olan basılı (değiştirmenizin, şurasına burasına itiraz edebilmenizin söz konusu olmadığı), o küçücük harflerle yazılı uzun sözleşmeye, bakarsınız, bir tahkim şartı sokuşturulmuş ve üstelik bu madde, Turizm ve Seyahat Acenteleri Birliği'nin oluşturduğu hakem kuruluna hakem olma yetkisi veriyor! Yani, "*Kadı ola davacı ve muhzir dahi şahit*". Bu firmaların bazısının "*kesretle*" yapa geldiği üzere hukuksal niteliği düpedüz dolandırıcılığa uzanan yalan dolanlarla sizin aklınızdan bile geçirmedığınız koşullarla bir gezi yapmanız, örneğin kalacağınız otellerin hep gidilecek Roma gibi kentlerin merkezinde bulunduğu vaadiyle aldatılıp geziye katılmanız sağlandıktan sonra, merkez şöyle dursun büyük kent kapsamı içinde bile olmayan, metro düzeninin uzandığı son istasyondan dahi 6 km. ileride Anagnina semtindeki bir otele sizi otobüsle bırakıvermekten utanmayan o firmaya karşı tazminat davasını bu "*hakem mahkemesinde*" açarsanız, lehinizde karar çıkması şansı var mıdır? İşte bu durum dolayısıyla, kamu tüzel kişileriyle tacir sıfatına sahip kuruluş ve kişilerin, bu niteliklere sahip

olmayanlarla yetki sözleşmesi yapabilmesine konan yasağın ve getirilen geçersizlik yaptırımının aynı tahkim şartı veya sözleşmesi konusunda da tasarıda m. 412 f. II' de görmeyi beklerdik ve bekleriz. Böyle bir yasaklamanın, “devlerin gölgesindeki” TBMM’den geçebilmesine devlerin fırsat vereceğini elbette ki asla ummuyorum; ama biz hukukçu öğretim üyeleri devlerin değil toplumumuzun hizmetindeyiz ve görevimiz sömürüyü önleyecek kuralları hazırladığımız yasa tasarılarına koymak; bunları oradan yok etmenin utancını, yok edecek devlere bırakmak, onların toplum hizmetinde olmadığını toplumun gözüne sokmaktır.

54. Tasarıdaki m. 412, yalnız bu eksiklik yönünden değil, başka bir eksiklik yönünden de eleştirilmelidir. Bu kural, taşınmaz üzerindeki aynı haklarla ilgili hükümlerin verilmesini gerektirecek uyuşmazlıkları, tahkim sözleşmesine konu olamaz sayıyor. Gerekçede bu çözüme, 4684 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 1 f. III (IV denmeliydi) kuralına uyum sağlamak için gidildiği belirtiliyor. Oysa *Türkiye’deki* bir taşınmazın üzerindeki aynı haklarla ilgili uyuşmazlıkların münhasıran Türk yargısına tabi sayılması çözümü çok doğru ise de, Türk *mahkemesi* yargısına tabi olmasını zorunlu ve Türk hakemlerin yargısına tabi kılınmasını yasaklanmış saymak için neden yoktur. Şimdiki HUMK m. 518 dahi böyle bir yasak getirmeden, sadece, tasarı m. 412’de de sözü edilen, “iki tarafın iradesine tabi olmayan işlerden doğan uyuşmazlıkları” tahkim dışında bırakmaktadır; tasarının buna biraz önce sözü edilen yasağı da eklemesi ne gereklidir, ne de doğru olmuştur.

55. Tasarının yine tahkimle ilgili m. 413 kuralının, “*Tarafların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme veya tahkim sözleşmesine uyulmaz ise, ilgili taraf bu aykırılığa itiraz edebilir*” diyen ilk cümlesindeki “*tarafların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme... uyulmaz ise*” deyişi, anlaşılamiyor. Gerekçeye bakıyoruz; şöyle deniyor: “*Maddede, tahkime uygulanacak emredici mahiyette olmayan kurallara... uyulmaz ise, ilgili tarafa bu aykırılığa itiraz etme hakkı tanınmıştır*”. Hakem veya hakemler, gerek (HUMK m. 416’nın temyiz başvurusu üzerine hakem hükmünün bozulması nedenleri arasında maddi hukuk kurallarının yahut usul hukuku kurallarının çiğnenmiş olmasını *saymamasından* anlaşıldığı üzere) şimdiki HUMK m. 516-536 düzenlemesinde, gerek tasarının m. 411-448 düzenlemesinde, hüküm verirken maddi hukuk kurallarıyla bağlı olmadıkları gibi, yargılama aşamalarında ve hükmün verilmesi aşamasında HUMK kurallarıyla yahut diğer yasalardaki yargılama usulü hukuku kurallarıyla da bağlı değildirler. Böyle olunca, hakemlerin bu kurallara uymaması hukuka



aykırı değildir, yetkilerindedir ve demek ki böyle tutum izlemelerine itiraz edilemez. Hatta buyurucu kurallar bakımından bile bu böyledir; örneğin HUMK m. 287 delil sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını istemiştir; taraflar sözleşmeyi yazısız yapsalar ve ayrı bir sözleşme ile bizim yaptığımız delil sözleşmeleri yazısız dahi geçerli olacak diye anlaşsalar; yazısız delil sözleşmesi mahkeme gözünde yok hükmündedir; keza HUMK m. 288 veya m. 290 hükümlerine aykırı olarak tanıkla ispat yapılmaya kalkışıldığında böyle yapmanın caiz olacağı hususunda tarafların *önceden* mutabakata varmış olmaları, HUMK m. 289'un açık kuralı gereğince, geçerli değildir. Bunlara rağmen hakemler, dava mahkemede görülse idi HUMK m. 288'in uygulanacağı türden iddialar için, tanık dinleyip iddiayı sabit olmuş sayabilir. Maddi hukukta da yasanın getirdiği şekil şartı kurallarının tümü buyurucudur; örneğin taraflar anlaşıp, bizim aramızdaki ilişki bakımından, taşınmaz satışı sözleşmesi tapu dairesinde yapılmadan müteahhit yazıhanesinde sözleşmeyle yapılmakla bile geçerli olacak ve mülkiyeti geçirecek deseler, ne satış sözleşmesi geçerli olur ne de mülkiyet geçer. Böyle iken, hakemler, örneğin, mahalle kahvehanesinde sözleşme yapılmış kefil olma akdini geçerli sayıp böyle akitle kefil olanı sorumluluk altına girmiş diye kabul edebilir, o doğrultuda hüküm verebilir; çünkü onlar, *şimdiki hukukumuzla göre*, genelde, maddi hukukla bağlı değillerdir. Bu durumda, tasarıdaki *"tarafların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme... uyulmaz ise"* deyişine anlam vermek çok zorlaşıyor. Diğer yandan, tarafların aksini kararlaştırabileceği bir hükme ve yalnız bu gibilere uyulmaz ise itiraz edilsin, tarafların aksini kararlaştıramayacağı hükme uyulmazsa evleviyetle itiraz caiz olmak gerekirken itiraz edilemesin, buna da akıl erdirilemiyor. Herhalde, bunlara uyulmamasının, itiraza gerek olmaksızın resen göz önüne alınacağı söylenmek istenmiştir; ama iş hakem kurulu önünde iken ve itiraz suretiyle mahkemeye başvuru yapılmamışken mahkeme nasıl olacak da resen iptal kararı verecek?

56. Tasarıda m. 416 f. IV'ün, *"Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunamaz"* çözümünü yanlış, hatta çok yanlış, hatta pek çok yanlış buluyorum. Bunun getiriliş nedeni madde gerekçesinde belirtilmemiştir. Herhalde, etkin ve güçlü *"dev"*ler, seçeneksiz ve çaresiz tüketicinin vesairenin önüne koydukları sözleşmenin ifası için bizzat o sözleşme gereğince kendi işlerine gelen yolda oluşturulmuş hakem mahkemesinde dava açtıklarında, mutlaka çıkacak

olan kendi lehlerindeki hükmün, “Sözleşme geçersizdir” itirazıyla önlenmesini veya en azından gecikmesini arzu buyurmamaktadırlar. Her ne kadar, bütün toplumsal düzenlerde, o düzenin “kaymağını yiyenler” takımının, hukuku kendi çıkarlarına hizmet edecek doğrultuda yönlendirmeğe çalışmaları doğal ve “memleket dahilinde iktidara sahip olanların” bu egemenler takımı ile çıkar özdeşliği içinde bulunması, hatta çoğunun onlardan olması, demek ki yasaların dahi söylenen doğrultuya yönelmesi kaçınılmaz ise de, hukukun oluşturulması sürecine katılmak görev ve fırsatı kendilerine verilmiş vicdan sahibi hukuk akademisyenlerinin “bu tekere çomak sokmak” için elinden geleni yapması namus borcudur; başarı kazanılacak olsa da olmasa da.

Asıl konumuza bir kez daha eğilince, tasarının bu maddesini böyle kaleme alan arkadaşlarımızın dahi buradaki hukuksuzluğu ve mantıksızlığı görecekle kanısındayım. Bir sözleşme şu veya bu nedenle, tümüyle geçersiz olacak da onun içindeki falanca madde olan tahkim şartı bu geçersizlikten etkilenmeyecek ve geçerli kalacak, öyle mi? Böyle şey olur mu? Yahut da, evet o dahi geçersizdir ama bu geçersizliği söylemek yasaktır, bu yasak konunca da mahkeme onun geçersizliğini değerlendiremez, geçersiz madde geçerli sayılır; öyle mi?

Yine dolandırıcı seyahat acentesi örneğine dönelim. Onun, gezi ilanına kanan kişiyi aldatarak o kişiyi imzalamaya yönlendirdiği, geziye katılma sözleşmesi BK gereğince hile sebebiyle, aldatılan yönünden geçersizdir (askıda geçersizlikle sakatlanmıştır), biliyoruz. Bu kişinin, kendisine ödetilen parayı, sebepsiz zenginleşme davası ile geri istemek hakkı vardır, onu da biliyoruz.

Şimdi bu kişi dava açsa, davalı yüzüstü firma, tahkim şartına dayanarak ilk itiraz ön sürecek; davacı, sözleşme kendisi yönünden tümüyle geçersiz olduğuna göre oradaki tahkim şartının da geçersizliğini cevaba cevap yazısında belirtecek. Tasarıdaki maddeye bakılırsa mahkeme onun bu karşı savunma dayanağını nazara almayıp davalının ilk itirazını kabul, dolayısıyla davayı usulden reddedecek ve dolandırılmış müşteri, dolandırıcı firmanın mensubu olduğu meslek kuruluşunun oluşturduğu hakem kuruluna başvurup onlardan adalet isteyecek, ödediği paranın iadesine hüküm isteyecek. Bu hükmü oradan zor alır. Tasarıdaki çözümün hukuka aykırılığı bir yana, yani bütünüyle geçersiz olan bir akdin içindeki tahkim maddesini geçerli kalır sayması abes olduktan başka,

o çözümün pratikte de nasıl haksızlığa ve sömürüye hizmetkar olacağı bu örnekten apaçık bellidir.<sup>7</sup>

57. Tasarıda m. 417 f. I'ın, tahkim şartı veya sözleşmesi varken mahkemede dava açılmışsa davalının “*tahkim ilk itirazı*” öne sürebileceğini söyledikten sonra, “*Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkansız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder*” demesi, anlaşılabilir. Tahkim sözleşmesinin tesirsiz olması ne demektir, bundan kastedilen ne gibi hallerdir? Tahkim sözleşmesinin uygulanması, ismen seçilen hakemin ölmüş bulunması gibi hakeme veya hakemlere özgü imkansızlık halleri dışında, hangi hallerde imkansız sayılabilir? Bu fıkranın 4 satırlık gerekçesinde, yalnızca fıkra hükmü aktarılmakta, hiçbir açıklama verilmemektedir.

58. Tasarının, tahkim sürecinde ihtiyati tedbir veya delil tespiti kararı verilmesini konu alan m. 418 kuralında f. II'de bir yazım yanlış yapılmıştır; “*Mahkeme... icra edilebilirliğine karar verir*” değil, “*icra edilmesine karar verir*” denecekti ve maddenin gerekçesinde de ifade doğru olarak öyledir: “*hakem kararının icrasına hükmedilecektir*”.

59. Tasarıdaki m. 426 f. I, biraz önce eleştirdiğimiz m. 416 f. IV'deki yanlış ve çok sakıncalı çözümde ısrar ve inat ediyor: “*...bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, tahkim sözleşmesinin kendiliğinden hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz*”. Değerli meslektaşlarımızın hazırladığı tasarıda böyle bir maddenin yer alabilmesine, gözümle görmemiş olsaydım, asla inanmazdım. Bu, tasarı hazırlayanların harcadığı büyük emeğin ve ortaya çıkarılan başarılı eserin hak kazandırdığı saygınlığı pek şiddetle eksiltecek çok ciddi bir hatadır. Gerekçe bu defa, baklayı ağızından çıkarıyor: “*Amaç, tahkim şartının geçersizliğini öne sürerek tahkimi bertaraf etmenin önüne geçmektir*” imiş. Sözleşme bütünüyle geçersiz ve dolayısıyla tahkim şartı dahi bütünüyle geçersiz olacak, yine de tahkim şartı ayakta sayılacak, öyle mi? Bu inanılmaz kuralı oraya birtakım etkin devler koydurmuş ise bile, o kuralın böyle utanç yoksunu baskılara boyun eğilmeden hemen çıkartılması kanımca namus borcudur. Böyle bir maddenin altında değerli arkadaşlarımızın imzası olamaz, olmamalıdır.

<sup>7</sup> Eleştirdiğimiz kuralı yasaya sokuşturmak isteyen ekonomi devlerinin amacı da, işte tıpatıp bu sonucun elde edilebilmesidir.

60. Tasarıdaki, tahkim sürecine ilişkin m. 434 f. I bent b, “*Davalı, cevap layihası vermezse; bu durum davacının iddialarının ikrarı veya davanın kabulü olarak değerlendirilmeyip yargılamaya devam edilir*” diyor ki bu, genel esaslara ve ayrıca tasarıdaki m. 133 kuralına uygundur. Yalnız, şöyle bir ekleme yapılmasında yarar vardır kanısındayım: “*Ancak, hakem veya hakem kurulu, bu kanundaki isticvap kurallarını uygulamaya yetkilidir*”. Kendiliğinden anlaşılacağı üzere, aslında bu ekleme olmasa da o yetki vardır; ama bu ekleme, bir yol gösterme, hatırlatma ve hatta tavsiye işlevinde olacaktır.

61. Tasarıdaki m. 438, “*Tahkim yargılaması sırasında taraflar uyuşmazlık konusunda sulh olurlarsa, tahkim yargılamasına son verilir*” dedikten sonra, sözü şöyle sürdürüyor: “*Tarafların talebini uygun bulan hakem veya hakem kurulunca sulh, hakem kararı olarak tespit edilir*”. Elbette ki, sulh sözleşmesinin içerdiği koşulları hakemin veya hakemlerin beğenmesi, uygun bulması kastedilmiyor; onlar sadece, bu sözleşmenin hakem kararı biçiminde yazılması veya daha doğru deyişle hakem kararının o sözleşme çözümleri aynen tekrarlanarak yazılması mı doğru olur, yoksa öyle yapılmasın da “*Tarafların sulh olmaları nedeniyle karar verilmesine mahal bulunmadığına*” diye biçimsel bir kararla mı süreç sonuçlandırılınsın, hangisi kendilerine uygun görünüyor, o konuda seçenek sahibidirler. Böyle olduğu da m. 438 gerekçesinde cümle 3’den anlaşılabilir. Oysa sözleşmenin icra takibine konu edilebilmesi yönünden, böyle bir seçeneğe yer vermeyip sulh sözleşmesinin hakem kararına yansıtılması çözümü yeğlenmeli idi.

62. Tasarıda m. 443, hakem kararına karşı kanun yolu olarak yalnız iptal davasını öngörüyor ve iptal davasının kabul kararı ile hükme bağlanabilmesinin hangi hallerde mümkün olduğunu sayarken, kararın maddi hukuka aykırı olmasını yahut yargılama sırasında yargılama hukuku kurallarına uyulmamış olmasını anmıyor. Yani, şimdiki durumu kabulleniyor. Bu tercihin dayanağı, m. 443 gerekçesinde şöyle belirtilmiştir: “*Tahkim sözleşmesel bir kurumdur. ...riskin var olduğunu düşünen taraf öncelikle tahkim yolunu seçmez*”. Bu ifade gerçekçi değildir ve yine egemen devlerin kendi işlerine gelen çözümü dayatmasını yansıtıyor. Hele hele tasarı, yetki sözleşmesi yapılmasına getirdiği sınırlamayı tahkim sözleşmesinin yapılması konusunda *getiremediğine* göre ve bizim eleştirimiz farz-ı muhal kabul görüp de o sınırlama tahkim konusuna da konacak olsa bile egemen devlerin daha sonraki yasalaşma aşamasında bu sınırlamayı oradan çıkarttıracakları “*kaviyen melhuz*” bulunduğu

göre, konunun önemi çok daha artıyor. Yine egemen devler, tüketicinin vesairenin önüne sundukları mukaddes ve değiştirilmez sözleşmelere, kendi işlerine gelen içerikle tahkim şartı sokuşturacaklar ve oradaki hakemden yahut hakem kurulundan, maddi hukuku bağırta bağırta katleden çözümler doğrultusunda kararlar çıkacak, böyle hakem kararlarına karşı iptal davası açılmayacaktır. Böyle mi olsun? Bizler bu utanmazlıklara alet mi olalım? Bize düşen, sömürüyü engelleyecek çözümleri düşünüp önermektir; vicdanımızın huzurunu ve saygınlığımızı korumanın kaçınılmaz gereği budur. İşte bu inançla, m. 443'e, f. II bent b' de mahkemenin iptal sebebi dayanağı edineceği haller arasına konup orada alt bent 2' de "*Kararın kamu düzenine aykırı olduğu*" diye pek dar bir çerçeveye sıkıştırılmış kuralın şöyle yazılmasını öneriyorum:

Kararda maddi hukuka aykırı çözüm benimsendiği

Tabii ki bu önerim kabul edilirse, gerekçenin uygun içerikle değiştirilmesi gerekecektir.

#### IV. Yukarıdaki 62 Değerlendirmenin, İçerikleri Yönünden Dökümü

Görüldüğü üzere, tasarının 455 maddesiyle ilgili olarak, bazıları aynı madde içinde olmak üzere 62 yerde "*takıldım*". Ancak, bu "*takılma*"ları ifade eden 62 tane, sevgili hocam İlhan Postacıoğlu'nun kullandığı deyimle, remarque'larımın 33 tanesi (No. 4, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 14, 19, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35, 36, 37, 39, 40, 43, 45, 48, 49, 50, 55, 57, 58, 60), sırf dil konusunda var olduğu kanısına vardığım bazı düzeltme gerekliliklerine, gerekçede düşülmüş bir ifade hatasına veya da kuralın orada değil şurada yer almasının daha doğru olduğuna değinen yahut birkaç yerde her nasılsa yapılmış yazım yanlışlarına, kelime eksikliklerine değinen içeriktedir; öze ilişkin herhangi bir değerlendirme ve eleştiri içermiyorlar. 62 remarque'tan 2 tanesi (No. 5, 53), yapılmak istenen değişikliğin özellikle alkışlanması gerektiğine değiniyor; *yerinde ve doğru olan değişiklik önerilerinin her birini belirtmeye gerek görmedim*. Buna karşılık, yerinde ve doğru saymadığım değişikliklere yahut eksikliklere daima değinmeğe çalıştım ve 62 remarque'tan 27 tanesi (No. 1, 2, 3, 11, 13, 15, 16, 17, 18, 20, 23, 32, 33, 34, 38, 41, 42, 44, 46, 47, 51, 53, 54, 56, 59, 61, 62) bu içeriktedir. 455 madde içinde binlerce kural içeren bir yasa metninde, var olan hukuk kurallarına göre en azından yüzlerce küçük

büyük orta boy değişiklik yapılırken bir usul hukuku uzmanının özenle her kuralı gözden geçirerek yaptığı değerlendirme incelemesinde sadece bu kadar yerde öze ilişkin eleştiri belirtmiş olması, ortaya konan eserin başarısının açık bir göstergesidir. Değerli meslektaşlarımı bir kez daha kutluyorum.

## EK

### **Tasarıya Sokuşturulmak İstenen “Sözleşme Batıl da Olsa İçerdiği Tahkim Şartı Geçerli Kalır” Kuralının Dış Dayatma Değil İç Dayatma Ürünü Olduğu**

Yukarıda dn. 1’de sözü edilen toplantıya gidince orada aldığım, *“Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Çalışma Grubu tarafından hazırlanan Türk Tahkim Kanunu Taslağı”* metnini (bu tasarı önerisini tartışmak üzere adı geçen Enstitünün düzenleyeceği *“Türk İç Tahkim Hukukunda Yeni Yasa Önerileri Sempozyumu”* hakkında bilgi veren broşürde) gördüm ki, HMK tasarısı taslağına sokuşturulan bu akıl almaz kural, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü’nün hazırlattığı o öneride bulunan m. 6 f. IV’den alınmıştır ve söz konusu fıkra, *“Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı... itirazında bulunulamaz”* demektir! Yani, tam tahmin ettiğim üzere, egemen devlerin en önde gidene, insanların önüne bir metin sürüp *“önce şunu imzala bakalım”* uygulamasının padişahları bankaların baskısıyla o kural hukukumuzda sokuşturulmak istenmektedir.

Bizim toplantıda, HMK tasarısı taslağını hazırlayan (ve ne yazık ki o akıl almaz kurala da metinde yer verebilen) komisyonun başkanı Prof. Dr. Pekcanitez, toplantı bitiminde vedalaşırken yaptığımız ayaküstü konuşmada, bu kuralın *“model kanun”* da bulunduğunu ve uluslararası toplumun bize de onu aynen almak konusunda mecburiyet yüklediğini söylemişti. Ancak, konuşmamızın kısalığı yüzünden şunu söyleyememiş olmalı: *“model kanun”* un sistemi tasarı taslağındaki gibi değildir ve tasarı taslağındaki kural, BTHAE’nin hazırlattığı metinde bulunan, biraz yukarıda aktardığımız maddeye uymaktadır.

Şimdi, büyük önemi dolayısıyla, bu *“model kanun”* konusuna eğilelim. Kastedilen, BM örgütünün kısaca UNCITRAL diye anılan bir birimince hazırlanan bir yasa önerisidir. Bu metin hakkında Türkiye’de

de pek çok yayın vardır; bunlardan birinde (Prof. Dr. Mahmut T. Birsal/ Ali Cem Budak, Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Tahkim Örneği, BTHAE'nin Ankara'da 1997'de yayınladığı "Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?" adlı kitapta c. I'de s. 171 vd.'da yer alan "Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği" başlıklı yazıda, s. 201-202) şu açıklamaları buluyoruz:

UNCITRAL Kanun Örneği'nin amacı, Birleşmiş Milletler üyesi devletlere, milli mevzuatın bir parçası olarak benimseyip kanunlaştırabilecekleri bir örnek kanun metni sunmaktan ibarettir. Devletler, UNCITRAL Kanun Örneği'ni... bir bütün olarak iktibas edebilecekleri gibi, kısmen veya çeşitli değişikliklere tabi tutarak da kullanabilirler.

Kanun örneği, UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) nezdinde kurulan bir çalışma grubu tarafından hazırlanmış ve UNCITRAL'in 21 Haziran 1985 tarihli toplantısında kabul edilmiştir.

Buna göre, ilk tespitimiz şu oluyor ki, ortada bir zorlama, mecbur etme yoktur; ortada sadece ögütlenen bir metin vardır, bunun aynen yasalaştırılması diye bir zorlama şöyle dursun talep karşısında bile değiliz.

İkinci tespitimiz de şudur: "Sözleşmenin geçersiz olması halinde bile orada yer alan tahkim şartı geçerli kalır" içeriğinde bir kural, UNCITRAL metninde yoktur. Orada m. 16'da, çok farklı ve çok daha ılımlı bir sistem ögütleniyor. Oradaki sistemde, ortada geçerli bir tahkim sözleşmesi veya şartı olup olmadığına *ilk kademedede hakem veya hakemler; ama nihai aşamada mahkeme karar vermektedir*. Tuhaf görünen şudur ki, hakemler, tahkim şartını içeren sözleşmenin geçersizliğini tespit etseler bile, kendilerine yetki sağlayan tahkim şartı bu ikrardan etkilenmeyecektir yani yine de esas hakkında hakem sıfatıyla karar vereceklerdir. Ama dikkat edelim, hakem kurulunun kendi yetkisini kabullenip ona göre karar vermesi halinde taraflardan her biri belli süre içinde *mahkemeye başvurup o konu hakkında karar vermesini talep edebilmektedir*. Demek ki, *hakemin, sözleşme geçersizdir ama içindeki tahkim şartı ayakta kalmıştır ve uyuşmazlık mahkemelik değil hakemliktir diyen kararını mahkeme bozabilecektir*. Gerçekten, m. 16 f. III aynen şöyledir: "Tahkim mahkemesi, ikinci fıkrada belirtilen itirazı bir ön sorun olarak veya esasa ilişkin kararında karara bağlar." Tahkim mahkemesinin konuyu ön sorun olarak inceleyip yetkili olduğu doğrultusunda karar vermesi halinde, taraflardan her biri, bu kararı aldığı tarihi izleyen 30

gün içinde, 6. maddede belirtilen mahkemeden bu konu hakkında karar vermesini talep edebilir. Mahkemenin kararı temyiz edilemez. Böyle bir talep hakkındaki dava görülürken, tahkim mahkemesi tahkime devam edip hakem kararı verebilir.

Üçüncü tespitimiz de şudur: Avrupa Birliği'nin hazırlattığı model kanun, UNCITRAL model kanununun tahkimle ilgili sistemini kabul etmiyor, onlara yer vermiyor, bir yollamada yahut onların kabul edilmesi tavsiyesinde de bulunmuyor! Gerçekten, Pekcanitez/Yeşilova'nın "*Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan*" da (İzmir 2001) s. 335-367'de yayınlanan "*Avrupa Medeni Usul Model Kanunu Tasarısı ve Değerlendirilmesi*" başlıklı yazısının bu başlığında adı geçen taslağın metni de, o yazı içinde verilmiştir. Bu metin, kendi içinde 14.1, 14.2 gibi bölümlere ayrılan (onların da bazıları alt bölümlere ayrılmaktadır) 14 maddeden ibarettir; bunun hakkında Pekcanitez/Yeşilova şu bilgiyi veriyorlar:

Hollanda'nın Utrecht kentinde 1987 yılında yapılan 8. Uluslararası Usul Hukuku Kongresi'nde, Avrupa Birliği'ne dahil üye ülkelerin hukukçuları, özel bir çalışma grubu oluşturdular. Belçikalı Profesör Marcel başkanlığındaki, üye 12 devletin temsilcilerinden oluşan çalışma grubu, 1988 yılında çalışmanın ana hatlarını ve *ortak bir Avrupa Usul Kanunu'nun gerekliliğini* tespit etti. Söz konusu çalışma grubu, 1992 yılında bir model kanun ve verilen ek süreyle 1993 yılında da bu kanunun madde gerekçelerini hazırladı. ... Bazı konulara ilişkin model kanun'da hüküm bulunmamaktadır. ... Tahkim, fiil ehliyeti... konuları da düzenlenmiş değildir.

Şimdi, düşünelim. Ortada uluslararası bir dayatmanın izi eseri yok ama diyelim ki öyle bir zorlama bulunsun. Türkiye Cumhuriyeti, tarihi boyunca, Anayasal bir ilke olarak, devletin halkçılığı ilkesine bağlı kalmıştır ve bugün de aynı ilke Anayasa'mızdaki "*sosyal devlet*" ilkesi olarak geçerliliğini sürdürmektedir. Oysa hiç kuşku götürmez ki bu ilkenin en başta gelen gereklerinden biri, halkın, yabancı ya da yerli, sömürücü devletlere karşı korunmasıdır. Tüketiciyi Koruma Kanunu gibi kanunlar bu nedenle çıkarılıyor. Ekonomi devlerinin, insanlar önüne süreceği ve imzalatacağı bir sözleşme içinde, sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili olarak uyuşmazlık çıkarsa o uyuşmazlığı çözümülemesi için *devletin mahkemesine gidilmeyeceği ve ekonomi devinin kendi işine gelen bir hakeme yahut hakem kuruluna gitmenin zorunlu olacağı* yolundaki kuralın geçerli sayılmasını, Pekcanitez başkanlığındaki komisyonun yetki



sözleşmeleri konusunda çok isabetli teşhis ve tutumla yaptığı gibi, kabul etmemesi gerekirken burada tam tersine çok daha ağır sonuçları olabilecek hakem şartlarının geçerli sayılması; hele hele, bununla da yetinilmeyerek, sözleşmenin kendisinin batıl olması halinde dahi onun içindeki, onun bir parçası olan hakem şartının geçerli olacağı yolunda bir inanılmaz kurala yer verilmesi, hangi mantığa, hangi vicdana hizmet eder? “Uluslararası toplum” bizi bu doğrultuda zorluyormuş. O “uluslararası toplum” bize Sèvres’de de kendi isteklerini dayatmağa kalktı. Şimdi de, tiksintiyle gördüğümüz haritalar yayınlayıp, bize yine kendi isteklerini dayatmanın hazırlığı içindedirler. Atatürk Türkiye’si, geçmişte bu tür utanmazca dayatmalara başarıyla göğüs gerdi ve şimdi de aynı yeni dayatmalarla karşılaşsa bile (ki asıl konumuz yönünden, Prof. Dr. Pekcanitez’in endişesine rağmen, öyle bir dayatmanın emaresini göremiyoruz) aynı direnişi gösterecektir, göstermelidir. Onların dayatmalarının, isteklerinin, utanmazlıklarının, hepimiz görmekteyiz ki, sonu yoktur. Atatürk Türkiye’si, tek yol gösterici olarak bilimi ve aklı kabul ettiği için, hukukunda, Kuran’ın açık ifadelerine hatta emirlerine uymayan nice kurala yarım yüzyıldan beri yer vermektedir; üç beş devletin güdümündeki BM örgütünün hazırlattığı “model yasa”, Kuran’dan daha mukaddes bir metin midir ki orada yer verilseydi bir vicdansızlık başyapıtı kurala bizim de iç hukukumuzda aynen yer vermemiz gerekli olsun? Siyasetçilerden hiç umudum yok, biliyorum ki onların tutumu dıştaki, içteki devlerin her isteğine boyun eğiciliktir; ama ben meslektaşım bilim adamlarının genç kuşağına sesleniyorum: halkımıza sahip çıkmakta, devletimizin bağımsızlığına ve haysiyetine sahip çıkmakta Atatürk yolunu izlemekten geri durmayın, bize dışarıdan dayatılmak istenecek bile olsa bu kuralı tasarıdan çıkarın, onu yeniden oraya koymanın utancını işbirlikçilere bırakın.

Sayın Pekcanitez, vedalaşma konuşmamızda yine ayaküstü, “Tahkim sürecini yokuşa sürmek isteyen tahkim davalılarının, içinde tahkim şartının yer aldığı sözleşme hakkında geçersizlik iddiasını öne sürüp mahkemeye gidivermesiyle, anlaşmazlığın hakemlere intikalini ve hakemlerce hükme bağlanmasının geciktirildiği oluyor; bu nedenle tasarıdaki maddeye ihtiyaç vardır” demişti. Daha derin düşününce bu gerekçenin ne kadar abes olduğunu fark edeceğinden eminim. Çünkü istisnasız her yasal savunma dayanağı, aslı astarı yokken, davayı uzatmak amacıyla öne sürülüp kötüye kullanılabilir; örneğin borçlu, tamamen uydurma bir karşı alacak iddiasında bulunup takas hakkını kullandığını belirterek o nedenle alacak davası-

nın reddini isteyebilir ve uydurma alacak iddiasının tahkikat işlemleri süresince davayı geciktirebilir. Böyle kötüye kullanılma olanağı vardır diye bütün savunma olanaklarını hukuktan çıkaracak mıyız? Çıkaramayacağımız ortadadır. O halde, hakem şartı içeren bir sözleşmeye taraf olmuş kişinin, kesinlikle haklı olabilecek, “*Sözleşme batıldır, dolayısıyla onun içindeki tahkim şartı maddesi de batıldır*” savunmasını öne sürmek olanağını niçin ondan gasbedeceksiniz, hak hukuk duygusunun ırzına geçeceksiniz? Bir hukuk devletinde böyle kural olabilir mi? Tasarıya konmak istenen o kural gerçekten yasada yer alırsa, o kurala karşı Anayasa Mahkemesi’ne başvuracak vicdan sahibi hiçbir hakim çıkmayacak mı, Anayasa Mahkemesi o kuralı iptal etmeyecek mi?

Böyle iken, o kuralın HMK tasarısı taslağında yer alabilmesi, bir daha söyleyeyim, tasarıyı hazırlayanların genel planda gösterdiği başarının hak kazandırdığı saygınlığı pek şiddetle zedeleyecek, hatta hiç’e indirgeyebilecek bir haldir. Değerli meslektaşlarım bir an önce, o tasarı maddesine yandaş olmanın sakıncalarını görüp imzalarını onun altından çektiklerini açıklamalıdır.

# KISA SÜRELİ HAPİS CEZALARI, SEÇENEKLİ YAPTIRIMLAR VE İNFAZ REJİMLERİ

Haluk ÇOLAK \*  
Uğurtan ALTUN\*\*

## I. Giriş

Hukuk düzenlerinde yaptırımın en üst düzeyde kurumsallaştırıldığı hukuk düzeni, ceza hukuku düzenidir. Bu hukuk düzenini karakterize eden unsur ceza yaptırımıdır. Maddi ve kurumsallaştırılmış ceza yaptırımı hukuk düzeninin kurucu ve zorunlu unsurudur. Ceza yaptırımı, ceza normlarının ihlaline devletin gösterdiği bir tepkidir. Ceza yaptırımı, ihlalden önce bir zarar veya kötülük tehdidi olarak korkutma, ihlalden sonra, normu ihlal edenin şahsına verilen bir zarar veya kötülük olarak bastırmadır. Maddi ve kurumsallaştırılmış ceza yaptırımı, suç tehlikesine karşı toplumsal bir savunmadır. Ancak bu savunma, münferit cürmî fiillere bir tepki olarak gerçekleşen, her defasında suçlunun bizzat şahsına karşı icra edilen ihlal fiili ile doğrudan doğruya nedensel ve isnadî bir bağıntı içinde bulunan, dolayısıyla ihlale bir cevap teşkil eden toplumsal bir savunmadır.

Bu bağlamda, yaptırımın amacı suçun önlenmesi, toplumun korunması ve suçlunun uslandırılmasıdır; sadece mağdurun tatmin edilmesi değildir. Bu amaçlardan asıl olanı cezanın özel önlemesidir, ancak genel önleme düşüncesi de ihmal edilmemiştir.

Suçun davet ettiği kamusal tepkiye ceza denilir; böylece toplumbilim yönünden resmi sosyal kontrol araçlarından birisini oluşturur. Ceza her dönemde var olmuştur. Yeni zamanların ceza hukukuna getirdiği yeni bir diğer yaptırım şekli ise, Anayasa'da kullanılan terim ile güven-

---

\* Dr., Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Md. Yrd

\*\* Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Md. Hakimi

lik tedbirleridir. Ceza, topluma özellikle zarar veren fiiller karşılığında devletin kanunla koyduğu ve izlediği diğer maksatlar yanında özellikle suçu işleyeni bazı yoksunluklara tabi kılmak, böylece toplumun, işlenen fiili onamama duygusunu belirtmek üzere bir yargı kararıyla ve sorumluluk derecesiyle orantılı olarak uygulanan yani caydırıcı bir yeniden sosyalleştirme aracı, bir yaptırımdır.

Gerçekten cezanın, bugün elem vermek maksadını değil fakat kişiyi yoksunluklara tabi kılarak, eğiterek yeniden sosyalleştirme amacı güttüğü artık kabul edilmektedir.

Bununla birlikte güvenlik tedbirleriyle cezalar arasındaki önemli fark, tedbirlerde esas amacın sadece suç işleyen kimseyi yeniden sosyalleştirmek, iyileştirmek olmasıdır; bu arada ikincil olarak toplumu korumak amacı da söz konusudur.

Çağdaş ceza hukukunda iyi bir cezada bulunması gereken nitelikler şöyle özetlenebilir:

1. Cezalar ahlaki, genel adetlere uygun ve insan onuru ile bağdaşabilir nitelikte olmalıdır.
2. Yalnız suçlu üzerinde etki gösterebilecek nitelikte bulunmalıdır.
3. Kısımlara bölünebilir nitelikte olmalıdır.
4. Neticeleri itibarıyla tamir ve kötülüğü giderebilecek nitelikte bulunmalıdır yani adli hata halinde tamiri mümkün olmalıdır.<sup>1</sup>

Cezaların türleri itibarıyla çeşitli olmaları korkutucu, iyileştirici ve tasfiye edici vasıfları taşıması gerekir.

YTCK'da cezalar ve güvenlik tedbirlerinden oluşan çift şeritli yaptırım düzeni kabul edilmiştir. YTCK ile yaptırım teorisi, "cezalar" ve "güvenlik tedbirleri" ayırımına dayandırılmıştır.

YTCK'nın 45. maddesine göre, cezalar "hapis" veya "adli para cezası" olarak düzenlenmiştir.

Kabahatlerin YTCK'dan çıkartılmasının doğal bir neticesi olarak kabahatlere özgü cezalara YTCK'da yer verilmemiştir.

<sup>1</sup> Dönmezer, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2004, s. 283.

## II. Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler

### A. Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kalkan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, kanun koyucunun cezalara verdiği öneme göre cezalar, asıl cezalar (asli) ve ek cezalar (fer'î ve mütemmim) şeklinde ikiye ayrılmıştı.

Asıl cezalar, kanun koyucu tarafından suça özgü ve doğrudan doğruya suçun asıl karşılığı olarak hükme bağlanmış cezalardır.<sup>2</sup>

Ek cezalar, asıl ceza ile birlikte verilmesi kanun gereğince zorunlu olan veya hakimnin takdirine göre verilmesi mümkün, suçla mücadelede ve cezanın amaçlarının gerçekleşmesi için uygulanan cezalardır.

Ek cezanın en önemli özelliği, asli cezadan bağımsız olarak, tek başına verilmesinin mümkün olmamasıdır.<sup>3</sup>

Bir diğer tasnif ise, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 11. maddesinde düzenlenen cürüm ve kabahat cezaları şeklinde yapılan ayırımdır.<sup>4</sup>

Cürümlere mahsus cezalar; ağır hapis, hapis, ağır para cezası ve kamu hizmetlerinden yasaklılık cezalarıdır. Maddenin eski düzenlemesinde yer alan ölüm cezası, 14.7.2004 tarihli ve 5218 sayılı kanunla; sürgün cezası ise, 13.7.1965 tarihli ve Mülga 647 sayılı kanunun geçici 2. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Kabahatler ise; hafif hapis, hafif para ve belli bir meslek ve sanatın tatili cezalarıdır. Ayrıca yürürlükten kalkan Mülga 647 sayılı kanunda da infaz yönünden cezalar uzun veya kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar ve para cezası olarak ikiye ayrılmakta idi. Kısa süreli hapis cezalarına seçenek cezalarda aynı kanunda düzenlenmişti.

<sup>2</sup> Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, 2. Baskı, İstanbul 1992, s. 528; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002 (Ceza), s. 482; Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, İzmir Şerhi, Genel Hükümler*, C. 1, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 478; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 261.

<sup>3</sup> Önder, s. 528; Demirbaş (Ceza), s. 483; Özbek, s. 478.

<sup>4</sup> Öztürk/Erdem, s. 261.

## B. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Cezalar" kenar başlıklı 45. maddesine göre, suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır. Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi belgelerinde, hapis cezasının insan hakları ile bağdaşan bir ceza olduğu görülmektedir. Hapis cezası, insan onuruna aykırı olmadığından son çare olarak uygulanabilir. Ancak çok aşırı derecede hapis cezası AİHS.'ne aykırıdır.<sup>5</sup>

Kabahatlerin ceza kanunundan çıkarılmasının kabul edilmesi, hükümet tasarısında benimsenen yaptırım sistem ve türlerinin değişmesi sonucunu doğurmuştur. Suç karşılığı olarak uygulanabilecek yaptırımlar, ceza ve güvenlik tedbirleri olarak belirlenmiştir. Ceza olarak ise sadece hapis ve adli para cezası uygulanacaktır. Böylece cezalar bakımından sade, basit ve uygulanması kolay bir sistem oluşturulmuştur. Bir suç karşılığında kanunda ceza olarak sadece hapis cezası öngörülebileceği gibi, hapis cezası adli para cezası ile seçenek olarak veya bu cezaların her ikisi birlikte de öngörülebilir. Ayrıca, bu düzenlemeyle, "aslî ceza" ve "fer'î ceza" ayırımı da kaldırılmıştır.<sup>6</sup> YTCK m. 53'te olduğu gibi, daha önce fer'î ceza olarak nitelendirilen bazı cezalar YTCK'da güvenlik tedbiri olarak kabul edilmiştir.

### 1. Hapis Cezaları

Hapis cezası, failin işlediği suç karşılığı olarak kanunda öngörülen süre için hürriyetinden yoksun bırakılmasıdır. Hapis cezası, hükümlünün belirli hak ve yükümlülüklerine tabi olmak suretiyle cezaevlerinde infaz edilir.<sup>7</sup>

5237 sayılı YTCK'nın 46. maddesine göre hapis cezaları, *ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası* olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Hükümet tasarısındaki hapis cezasıyla ilgili ayırım, maddenin kabul edilen şeklinde de korunmuştur. Ancak, dil ve ifade bütünlüğünü sağlayabilmek için, madde metni yeniden formüle

<sup>5</sup> Çolak, Haluk, *Güncel Ceza Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2005, s. 126.

<sup>6</sup> YTCK m. 50'nin gerekçesinden.

<sup>7</sup> Demirbaş, Timur, *İnfaz Hukuku*, özellikle "Cezaevlerinin Tarihçesi, Uluslararası Belgelerle Karşılaştırmalı Olarak Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Ceza İnfaz Kurumlarının İdaresi" (İnfaz), Ankara 2003, s. 64.

edilmiştir. Kabahatlerin tasarıdan çıkarılması nedeniyle “hafif hapis cezası”na madde metninde yer verilmemiştir.<sup>8</sup>

### a. Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezası

Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, hükümlünün hayatı boyunca devam eder, kanun ve tüzükte belirtilen sıkı güvenlik rejimine göre çektirilir (m. 47). Bilindiği gibi, hukuk sistemimizde ölüm cezası kaldırılmış ve bunun yerine, sıkı güvenlik rejimine göre çektirilecek ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası kabul edilmiştir. Bu konuda, YTCK kaldırılan ölüm cezası yerine vahim suçlar bakımından 1994 tarihli Fransız Yeni Ceza Kanunu’ndan esinlenerek ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını hükme bağlamıştır.<sup>9</sup> Fransız YCK’na göre bazı ağır suçların cezalarının infazında failerin bir güvenlik rejimine tabi tutulmaları öngörülmüş, bu rejimin cezaların infazı kanunu veya tüzüğünde gösterilmesini hükme bağlamıştır.<sup>10</sup> Yani bu yaptırımın infazı müebbet hapis cezasının infazından farklı olacaktır. Bu hapis cezasının müebbet hapis cezasından farkı infaz rejiminde kendisini gösterir. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, sıkı güvenlik rejimine göre çektirilir.

### 1. Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezasının Özellikleri

- a) Hayat boyu (ölünceye kadar) devam eder,
- b) Dava zamanaşımı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerek-

<sup>8</sup> Madde gerekçesinden.

<sup>9</sup> Çolak, s. 127-128.

<sup>10</sup> Madde gerekçesinde de aynı hüküm “Sıkı güvenlik rejiminin içeriğinin neler olacağı cezaların infazına ilişkin kanun ve tüzükte gösterilecektir” ifadesiyle vurgulanmıştır. Ayrıca, bir cezanın ne suretle infaz edileceğinin ilgili kanun ve tüzükte düzenlenmesi gerektiği düşüncesiyle, hükümet tasarının bu hükme karşılık gelen 60. maddesindeki, bu cezanın infazına ilişkin hükümler metinden çıkarılmıştır. hükümet tasarının 60. maddesi ise aşağıdaki şekilde idi:

“Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası hükümlünün hayatı boyunca devam eder ve sıkı güvenlik rejimine göre çektirilir.

Sıkı güvenlik rejimini, Ceza ve Tedbirlerin İnfazı Hakkında Kanun ve tüzük gösterir.

En az on yıl süre ile çekildikten sonra cezanın infazında sıkı güvenlik rejiminin kaldırılmasına, 67. maddenin gösterdiği koşul ve usullere göre infaz hakimî tarafından karar verilebilir.

Koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler saklıdır”. Bkz., Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), TBMM Dönem 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 172, 304.

tiren suçlarda otuz yıldır (YTCK m. 66/1-a). YTCK m. 66/7'ye göre, yurt dışında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçun işlenmesi halinde zamanaşımı yoktur.

c) Ceza zamanaşımı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda kırk yıldır (YTCK m. 68/1-a).

## 2. Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezasını Gerektiren Suçlar

YTCK'nın m. 76: Soykırım, m. 77: İnsanlığa karşı diğer suçlar; m. 82: Nitelikli kasten öldürme; m. 95/4: İşkence ile ölüme sebebiyet; m. 102/6: Cinsel saldırı ile ölüme sebebiyet, m.103/6: Çocukların cinsel istismarı ölümle sonuçlanırsa, 302/1 bölücülük, 303/2 savaşta düşman askerine komutanlık; m. 307/2-b: Askeri tesisleri tahrip devletin savaş hazırlıklarını veya savaş kudret ve yeteneğini veya askeri hareketlerini tehlikeye koymuş olması halinde; 307/5: Savaşta düşman askeri ile anlaşma sonucunda, düşman askeri hareketleri fiilen kolaylaşmış veya Türk Devleti'nin askeri hareketleri zarar görmüş ise; m. 309 Anayasa'yı ihlal; m. 310: Cumhurbaşkanı'na suikast, m. 311: TBMM'nin görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs, m. 312: Hükümeti ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs, m.313/2: Hükümete karşı silahlı isyanı idare, m. 328/2-b: Siyasal veya askeri casusluk savaş sırasında işlenmiş veya devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye sokmuşsa, m. 330/2: Gizli kalması gereken bilgileri açıklama savaş zamanında işlenmiş veya devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye karşı karşıya bırakmış ise, m. 335/2: Yasaklanan bilgilerin casusluk maksadıyla temini Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin yararına işlenmiş veya devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye karşı karşıya bırakmış ise, m. 337/2: Yasaklanan bilgileri siyasal veya askeri casusluk maksadıyla açıklama savaş zamanında işlenmiş veya devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye karşı karşıya bırakmış ise, m. 340: Yabancı devlet başkanına karşı suikast.

## 3. Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezasının İnfazı

Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infaz şekli, 5275 sayılı Ceza



ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 25. maddesinde gösterilmiştir.

Söz konusu maddeye göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazı rejimine ait esaslar şunlardır:

a) Hükümlü, tek kişilik odada barındırılır.

b) Hükümlüye, günde bir saat açık havaya çıkma ve spor yapma hakkı tanınır.

c) Risk ve güvenlik gerekleri ile iyileştirme ve eğitim çalışmalarında gösterdiği gayret ve iyi hale göre; hükümlünün, açık havaya çıkma ve spor yapma süresi uzatılabileceği gibi kendisi ile aynı ünitelerde kalan hükümlülerle temasta bulunmasına sınırlı olarak izin verilebilir.

d) Hükümlü, yaşadığı yerin olanak verdiği ve idare kurulunun uygun göreceği bir sanat veya meslek etkinliğini yürütebilir.

e) Hükümlü, kurum idare kurulunun uygun gördüğü hâllerde ve on beş günde bir kez olmak üzere (f) bendinde gösterilen kişilere, süresi on dakikayı geçmemek üzere telefon edebilir.

f) Hükümlüyü; eşi, altsoy ve üstsoyu, kardeşleri ve vasisi, belirlenen gün, saat ve koşullar içerisinde on beş günlük aralıklarla ve günde bir saati geçmemek üzere ziyaret edebilirler.

g) Hükümlü hiçbir suretle ceza infaz kurumu dışında çalıştırılmaz ve kendisine izin verilmez.

h) Hükümlü, kurum iç yönetmeliğinde belirtilenlerin dışında herhangi bir spor ve iyileştirme faaliyetine katılamaz.

ı) Hükümlünün cezasının infazına, hiçbir surette ara verilemez. Hükümlü hakkında uygulanacak tüm sağlık tedbirleri, tıbbi tetkik ve zorunluluklar hariç ceza infaz kurumlarında, mümkün olmadığı takdirde tam teşekküllü devlet ya da üniversite hastanelerinin tek kişilik ve yüksek güvenli mahkûm koşullarında uygulanır.

Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, CGTİHK'nın 9. maddesine göre yüksek güvenli kapalı ceza infaz kurumlarında infaz edilir. Ayrıca, koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için mahkûmun infaz kurumunda çekmesi gereken süre otuz yıldır (CGTİHK m. 107/2). Bunun dışında, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet ha-

linde; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum edilmiş olanlar, otuz altı yılını çektikleri takdirde koşullu salıvermeden faydalanabilirler (CGTİHK m. 107/4). Tekerrür halinde işlenen suçtan dolayı koşullu salıvermeden faydalanabilmek için, mahkum olunan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuz dokuz yılının çekilmesi gerekir (CGTİK m. 108/1-a).

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap, dördüncü kısım, "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" başlıklı dördüncü bölüm, "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı beşinci bölüm, "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" başlıklı altıncı bölüm altında yer alan suçlardan birinin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi dolayısıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkumiyet halinde, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz (CGTİHK m. 107/16).

CGTİHK m. 93/1'e göre, yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunanlar dışındaki hükümlülere mazeret izni, özel izin veya iş arama izni verilebileceğinden, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum edilen kişiye, yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunduğu süre içinde söz konusu izinler verilmez.

Bunun dışında, 06.04.2006 tarihli ve 26131 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük"ün 47. maddesinde de, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazı ile ilgili aynı hükümlere yer verilmiştir.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Söz konusu tüzüğün "Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazı" kenar başlıklı 47. maddesinde;

"(1) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, hükümlünün hayatı boyunca devam eder. Bu ceza, aşağıda belirtilen esaslara göre infaz edilir:

- a) Hükümlü, tek kişilik odada barındırılır,
- b) Hükümlüye, günde bir saat açık havaya çıkma ve spor yapma hakkı tanınır,
- c) Risk ve güvenlik gerekleri ile iyileştirme ve eğitim çalışmalarında gösterdiği gayret ve iyi hale göre; hükümlünün, açık havaya çıkma ve spor yapma süresi uzatılabileceği gibi kendisi ile aynı üniteye kalan hükümlülerle temasta bulunmasına sınırlı olarak izin verilebilir,
- d) Hükümlü yaşadığı yerin olanak verdiği ve idare ve gözlem kurulunun uygun göreceği bir sanat veya meslek etkinliğini yürütebilir,
- e) Hükümlü, kurum idare ve gözlem kurulunun uygun gördüğü hallerde ve on beş günde bir kez olmak üzere (f) bendinde gösterilen kişilere, süresi on dakikayı geçmemek üzere telefon edebilir,
- f) Hükümlüyü eşi, altsoy ve üstsoyu, kardeşleri ve vasisi, belirlenen gün, saat ve koşullar içerisinde on beş günlük aralıklarla ve günde bir saati geçmemek üzere

## b. Müebbet Hapis Cezası

Müebbet hapis cezası, hükümlünün hayatı boyunca devam eder (YTCK m. 48).<sup>12</sup>

Müebbet hapis cezası, ölüm cezasının yürürlükten kaldırılmasından beri, cezalandırmanın en ağır şeklidir.

Ülkelerden bir kısmı müebbet hapis cezaları bakımından, sadece af imkanını tanımıştır.

Alman kanununda on beş yıl cezasını çeken hükümlüye koşullu salıverme imkanı getirilmiştir.

Hollanda ve İsveç'te, müebbet hapis on yıldan on beş yıla kadar infaz edildikten sonra, süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüşür. Bu halde cezanın 2/3'ünün infazından sonra hükümlü şartla salıverilir.

ABD'de müebbet hapis cezasında koşullu salıverilme hakim kararı hariç bırakıldığı durumlarda, sadece af dengesi sağlar.<sup>13</sup>

## 1. Müebbet Hapis Cezasının Özellikleri ve İnfaz Rejimi

Müebbet hapis cezası, hükümlünün hayatı boyunca (ölünceye

---

ziyaret edebilirler,

g) Hükümlü hiçbir suretle kurum dışında çalıştırılmaz ve kendisine izin verilmez,

h) Hükümlü kurum iç yönetmeliğinde belirtilenlerin dışında herhangi bir spor ve iyileştirme faaliyetine katılamaz,

ı) Hükümlünün cezasının infazına, hiçbir surette ara verilemez. Hükümlü hakkında uygulanacak tüm sağlık tedbirleri, tıbbi tetkik ve zorunluluklar hariç kurumlarda, mümkün olmadığı takdirde tam teşekküllü devlet ya da üniversite hastanelerinin tek kişilik ve yüksek güvenli mahkum koşullarında uygulanır" hükmüne yer verilmiştir.

<sup>12</sup> Hükümet tasarısının 61. maddesinde, "Müebbet hapis cezası, hükümlünün hayatı boyunca devam eder. Koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler saklıdır" hükmü yer almakta idi. TBMM Adalet Komisyonu'nda kabul edilen ve kanunlaşan metne ait gerekçede ise, "Maddeyle, müebbet hapis cezası ayrı bir ceza olarak getirilmekte ve tanımlanmaktadır. Hapis cezasının bir infaz rejimi olan koşullu salıvermenin ilgili kanun ve tüzükte düzenlenmesi gerektiği düşüncesiyle, tasarının bu hükme karşılık gelen 61. maddesinin ikinci fıkrasındaki koşullu salıvermeye ilişkin hüküm metinden çıkarılmıştır" hükmüne yer verilmiştir. Bkz., *Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)*, TBMM Dönem 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 172, 304.

<sup>13</sup> Demirbaş (İnfaz), s. 66; Çolak, s. 128-129.

kadar) devam eder. Koşullu salıverilme için, ceza infaz kurumunda geçirilecek süre, yirmi dört yıldır (CGTİHK m. 107/2). Ancak, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkumiyet halinde, müebbet hapis cezasına mahkum edilmiş olanların, otuz yılını ceza infaz kurumunda çekmeleri halinde, koşullu salıverilmeden yararlanmaları mümkündür (CGTİHK m. 107/4). Tekerrür halinde işlenen suçtan dolayı mahkum olunan müebbet hapis cezasının otuz üç yılının, infaz kurumunda iyi halli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanılabilir (CGTİHK m. 108/1-b). Görüldüğü gibi, müebbet hapis cezası bakımından, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasında olduğu gibi özel bir infaz rejimi öngörülmemiştir. Koşullu salıverme süresi de daha az olarak düzenlenmiştir.

Dava zaman aşımı müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıldır (m. 66/1-b). (Kanunun ikinci kitabının dördüncü kısmında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi halinde dava zaman aşımı yoktur). Ceza zaman aşımı müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıldır (m. 68/1-b).

Bunun dışında, 06.04.2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Ceza İnfaz Kurumları'nın Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirleri'nin İnfazı Hakkında Tüzük"ün 48. maddesinde, müebbet hapis cezasının infazı ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Söz konusu hüküm gereğince; müebbet hapis cezası hükümlünün hayatı boyunca devam eder ve bu ceza süreli hapis cezasına uygulanan infaz rejimine göre infaz edilir.

## 2. Müebbet Hapis Cezasını Gerektiren Suçlar

YTCK'nın m. 81 Bir insanı kasten öldürme, m. 306/2 yabancı devlet aleyhine asker toplama sonucu savaş meydana gelirse, m. 317 askeri komutanlıkların gaspı, m. 323/3 savaşta yalan haber yayma düşmanla anlaşma neticesi işlenmişse, m. 326/2 devletin güvenliğine ilişkin belgelerde sahtecilik savaş sırasında işlenmiş veya devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye koymuş ise, m. 327/2 devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme savaş sırasında işlenmiş veya devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye koymuşsa, m. 330/1.

Gizli kalması gereken bilgileri siyasal veya askeri casusluk maksadıyla açıklama, m. 333/2 devlet sırlarından yararlanma, devlet hizmetlerinde sadakatsizlik Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin yararına işlenir veya devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye sokacak olursa.

### c. Süreli Hapis Cezası

#### 1. Genel Olarak

Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamayacaktır. Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezası olarak nitelendirilir (m. 49/1-2). Bir yıldan fazla hapis cezaları ise uzun süreli kabul edilmelidir.

Madde metninde süreli hapis cezasının alt ve üst sınırları belirtilmiştir. Ancak, bir suç tanımına ilişkin kanuni düzenlemede bunun aksi kabul edilebilecektir. Buna göre, üst sınır kural olarak yirmi yıl olmakla birlikte, bir suç tanımına ilişkin kanuni düzenlemede bu sınırın üzerine çıkılabilmektedir. Diğer yandan, maddede hapis cezasının, kanunda ayrıca belli edilmeyen durumlarda alt sınırının bir ay olarak kabulü uygun görülmüştür. Hükümet tasarısının bu maddeye tekabül eden 62. maddesi hükmüne eklenen ikinci fıkrada, kısa süreli hapis cezası tanımı yapılmıştır. Ancak, kısa süreli hapis cezasının süresinin üst sınırı, iki yıldan bir yıla indirilmiştir.<sup>14</sup> Alt sınır belirtilmiş ve üst sınır belirtilmemişse, üst sınır en fazla kararda yirmi yıl olabilir. Üst sınır belirtilmiş ve alt sınır belirtilmemişse bu durumda mahkeme bir ayın altında ceza veremez.<sup>15</sup>

Mülga 765 sayılı TCK'da hapis cezaları ağır hapis, hapis ve hafif hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Ağır hapis cezası müebbet ve muvakkat olarak ikiye ayrılmış, muvakkat ağır hapis cezası bir yıldan yirmi dört yıla, hapis cezası yedi günden yirmi yıla ve hafif hapis cezası ise bir günden iki yıla kadar kabul edilmiştir. Mülga 647 sayılı kanunda ise bir yıldan fazla olan cezalar muvakkat uzun süreli, bir yıldan az cezalar

<sup>14</sup> Madde gerekçesinden. Ayrıca, maddeye tekabül eden Hükümet tasarısının 62. maddesinde "Hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan yirmi yıla kadardır" hükmüne yer verilmiştir. Bkz., *Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu* (1/593), TBMM Dönem 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 172, 304.

<sup>15</sup> Özbek, s. 487.

ise kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza olarak düzenlenmişti.

Bu hükümler dışında, 06.04.2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Ceza İnfaz Kurumları’nın Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirleri’nin İnfazı Hakkında Tüzük”ün 49. maddesinde, süreli hapis cezasının infazı ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.<sup>16</sup>

## 2. Kısa Süreli Hapis Cezası

Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası kısa süreli hapis cezası olarak nitelendirilir (YTCK m. 49/2). Bu tanım, Mülga 647 sayılı kanununun 3. maddesinde yer alan tanımla aynı mahiyeti taşımaktadır. Kısa süreli hapis cezasının önemi ve özelliği, hapis cezasının kısa süreli olması durumunda bu cezanın para cezasına ve bazı başka yaptırımlara çevrilebilme olanağının varlığıdır. Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar 50. maddede düzenlenmiştir. Cezanın kısa süreli olup olmadığını belirlemek bakımından yargılama sonunda hükmedilen somut ceza esas alınır. Birden çok cezaya hükümlülük halinde hapis cezasının kısa süreli olup olmadığını belirlenmesinde her bir cezanın süresi ayrı ayrı dikkate alınır.<sup>17</sup>

YTCK’da kısa süreli hapis cezaları varlığını sürdürdüğünden, bir yıldan fazla hapis cezalarının da uzun süreli kabul edilmesi gerekir. Gerçekten de, YTCK’nın eski düzenlemeleri ortadan kaldırdığını ve fakat sadece kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya aynı tanımlamayı getirerek, kısa süreli hapis cezası şeklinde yeniden düzenlediğini görmekteyiz. Bununla beraber, YTCK m. 50/4’e göre “*taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı halinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adli para cezasına çevrilebilir*”

<sup>16</sup> Söz konusu tüzüğün “Süreli hapis cezası” kenar başlıklı 49. maddesinde;

“ (1) Süreli hapis cezası, kanunlarda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz.

(2) Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.

(3) Süreli hapis cezası, tüzükte belirtilen infaz rejimine göre yerine getirilir.” hükmüne yer verilmiştir.

<sup>17</sup> Öztürk/Erdem, s. 269; Özbek, s. 487. Bazı Yargıtay içtihatları da bu yöndedir. Bkz., Y. 4. CD. 03.11.1987 T., E: 7174-K: 8989 (YKD Mart 1988, s. 424); Y. 4. CD. 02.03.1988 T., E: 1344-K: 1683 (YKD Ekim 1989, s. 1489).

şeklindeki düzenlemeden kısa süreli-uzun süreli hapis cezası ayırımının örtülü bir şekilde devam ettiği de söylenebilir.<sup>18</sup>

### a. Tarihi Gelişim ve Karşılaştırmalı Hukuk

Bir hürriyeti bağlayıcı cezanın ne zaman kısa süreli sayılacağı konusunda verilen ölçüler, daha çok şekli olarak görülmektedir. Gerçekten “kesinleştiği tarihten itibaren suçlunun eğitimi ve iyileştirilmesi bakımından makul imkanı vermeyecek süredeki hürriyeti bağlayıcı cezaları, kısa süreli saymak” uygun olacaktır. Böylece daha ziyade sübjektif ve psikolojik bir ölçüden yana olmak zorunluluğu vardır.<sup>19</sup> Öte yandan, günümüzde tüm suçluların cezaevine konulmasının sakıncaları da ortadadır. Bazı suçlular yönünden cezaevi tek seçenek olmakla beraber, diğerleri için de farklı alternatiflerin mümkün olması gerekir. Birçok hukuk sisteminde bulunan erteleme, koşullu salıverme, özel infaz rejimleri gibi kurumlar yararlı olmakla beraber, bunların yeterli olmadığı görülmektedir. Bu nedenle, hapis cezası yerine uygulanabilecek bazı seçenekler geliştirilmiş ve uygulamaya konulmuştur.<sup>20</sup>

Bu kapsamda, kısa süreli hapis cezaları, son yüzyıl içinde reform tartışmalarının odak noktası haline gelmiş; ancak bu güne kadar bir cezanın ne zaman kısa süreli sayılacağı konusunda ortak bir görüşe ulaşılamamıştır. Kısa süreli hapis cezalarına karşı en şiddetli muhalif olan *von Lizst* altı haftalık bir süreden söz etmiştir. Alman Ceza Hukuku’nda yapılan değişikliklerde üç ay sınırı göze çarpmaktadır. 1969 Reform Kanunu, açıkça altı aydan daha az süreli hapis cezalarının kısa süreli olduğunu kabul etmiştir. Öğretide, kısa süre hapis cezasının fonksiyonunu göz önünde bulundurmak suretiyle bir tanıma ulaşılabileceği yönünde görüşlere de rastlanmaktadır.

Örneğin *Jüttinger’e* göre, infazın devam ettiği süre içinde hükümlü üzerinde derin etki bırakmaya elverişli olmayan hapis cezaları kısa sürelidir. Hemen belirtmek gerekirse, bu yolla sorunu çözmek de mümkün gözükmemektedir; çünkü bunun hangi süre içerisinde böyle olduğunu tespit etmek olanaksızdır. Örneğin Jescheck, hükümlü üzerinde hapis

<sup>18</sup> Özbek, s. 487.

<sup>19</sup> Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Cilt. II, İstanbul 1997, s. 647.

<sup>20</sup> Sokullu/Akıncı Füsün, *Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatif Ceza Yaptırımları, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı*, Temmuz/Ağustos 1996, Yıl. 2, S. 10, s. 688.

cezasının etki gösterebileceği süreyi üç ay olarak düşünmektedir.<sup>21</sup>

Bugünkü durumda genel olarak altı aydan daha az süreli hapis cezaları, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza olarak kabul görmektedir.

Kısa süreli hapis cezalarının infaz edilmesi için aranan bir başka koşulda, Alman CK § 56'dan çıkmaktadır. Çünkü söz konusu hükme göre, mahkeme, tek başına mahkumiyet kararının hükümlü üzerinde uyarıcı bir etki meydana getireceği ve onun ileride yeniden suç işleyebileceği varsayımına dayanarak, mahkemeye hükmedilen kısa süreli hapis cezasını erteleme olanağı tanınmaktadır. Altı aydan daha kısa süreli hapis cezaları mutlaka ertelenmelidir, eğer ki, mahkemenin, hükümlünün ileride yeniden suç işleyeceğine dayanak yapacağı çok ciddi nedenler bulunsun.<sup>22</sup>

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, uluslararası ceza hukuku kongrelerinde de tartışılmıştır. 1950 La Haye 12. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde, üç aya kadar süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, kısa süreli olarak kabul edilmişken; 1960 Londra Suçların Önlenmesi ve Suçlulara Uygulanacak Muamele Hakkında Birleşmiş Milletler Kongresi'nde ise altı ay üst sınır olarak kabul edilmiştir.<sup>23</sup>

Birçok Avrupa ülkesinde, hükümlü sayısı, uzun süreli hapis cezaları ile mahkum olanlar grubunun artmasının sonucu olarak yükselmiştir. Uzun süreli ceza olarak, milli geleneklere göre farklılıklar olmakta, iki, üç ve genellikle beş yıldan fazla hapis cezaları kabul edilmektedir. Avrupa Konseyi, 76(2) sayılı tavsiye kararında, beş yıldan fazla hapis cezalarını, uzun süreli ceza infazı olarak kabul etmiştir. Uzun süreli hapis cezasına eğilim, katı ceza hesaplaması uygulamalarının, ölüm cezalarının Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde kaldırılmasının (ömür boyu hapis cezasına mahkum olanların artması sonucuyla) ve şartla salıverilmenin sınırlanmasının zorunlu sonucu olabilir. Kısa süreli hapis cezası, "suç politikası" tartışmasında farklı değerlendirilmektedir. Avrupa ülkelerinden bir kısmı (İsviçre, Hollanda ve İskandinav Devletleri) kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezayı, yaptırım sisteminin merkez

<sup>21</sup> Erdem, Mustafa Ruhan, Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler, İnfaz Hukuku'nun Sorunları Sempozyumu, 24-25.11.2000, Başkent Üniversitesi Yayını, Ankara 2001, s. 195.

<sup>22</sup> Erdem, s. 195.

<sup>23</sup> Erdem, s. 195; Öztürk/Erdem, s. 268-269; Demirbaş (İnfaz), s. 65.



ve vazgeçilmez kısmı olarak görürlerken, Almanya’da geçmişte daima kaldırılması istenmiştir. Alman CK m. 38/2 de alt sınır bir aya çıkartılmış ve Alman CK m. 47’nin “*son çare koşulu*” vasıtasıyla altı aydan az hürriyeti bağlayıcı cezaya sadece istisnai hallerde hükmedilebilmesi kabul edilmiştir.<sup>24</sup>

1960’lı yıllardan bu yana kısa süreli hapis cezalarının infazında da, bugüne kadar ki ıslah yöntemlerine aykırı yeni infaz biçimleri ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda, bir yandan kısa süreli hapis cezaları yerine alternatif başka yaptırımlara başvurulurken, diğer taraftan bu cezanın infaz edilmesi gereken hallerde de özel infaz rejimlerine yer verilmektedir. Örneğin, Fransa’da hükümlü belirli bir işte çalışmak veya bir kursa devam etmek ya da tedavi olmak için salıverilmekte ve böylece yaşantısını düzenleme olanağı da kendisine tanınmaktadır.<sup>25</sup>

İtalya’da kısa süreli hapis cezalarının infazı açısından özel infaz rejimleri öngörülmüş ve bu bağlamda 1975 tarihli bir kanunla, kısa süreli hapis cezalarının bir infaz biçimi olarak “*konutta hapis*” cezasına yer verilmiştir. Buna göre, üç yılı aşmayan hapis cezasına hükümlü olanlar, bu cezalarını, kendi konutunda, konut niteliği taşıyan ikamete uygun özel bir yerde veya tedavi veya yardım amacıyla oluşturulmuş kamusal bir yerde çekebilmektedir. Ancak bu olanak, bütün hükümlüler yönünden kabul edilmemiş, bu tür bir infazdan yararlanabilecek hükümlüler sınırlandırılmıştır. Buna göre hamile veya emzikli veya kendisi ile birlikte yaşayan beş yaşından küçük çocuğu olan anne; sağlığı ağır biçimde bozuk olup, ülkedeki bir sağlık kuruluşuyla sürekli olarak temas halinde bulunması gereken kişi; altmış yaşın üzerinde olup, kısmen de olsa bedensel bakımdan özürlü olanlar; yirmi bir yaşından küçük olup da, sağlık, okul, iş ve aile gereksinimlerinin bulunduğu kanıtlanmış kişiler, konutta hapis olanağından yararlanabilmektedir. Konutta hapsin koşullarını gözetim mahkemesi belirler. Konutta infaz koşulları ortadan kalkmışsa veya hükümlünün davranışı, yasaya veya uyulması istenen yükümlülükler aykırılık gösteriyorsa, konutta infaza son verilir ve cezanın kalan kısmı “*normal*” infaz kurallarına göre çektirilir.<sup>26</sup>

Amerika Birleşik Devletleri’nde 1980’li yıllardan bu yana konutta infaz uygulanmakta ve işe gitme dışında hükümlünün konuttan dışarı

<sup>24</sup> Demirbaş (İnfaz), s. 64–65.

<sup>25</sup> Erdem, s. 196; Öztürk/Erdem, s. 269-270.

<sup>26</sup> Erdem, s. 196; Öztürk/Erdem, s. 270.

çıkmasına izin verilmemekte ve bu infaz rejiminin uygulanması bakımından, telefon robotu, kilitli bilezik gibi, değişik elektronik izleme yöntemleri de kullanılmaktadır. Konutta infazın uygun olmadığı durumlarda ABD’de başvurulmuş diğer bir yöntem de, hükümlünün kamuya ait bir yerde zorunlu olarak tutulmasıdır. Bu infaz uygulamasında, hükümlüye çalışma ve masraflarını karşılama olanağı sağlanmakta ve böylece hükümlü suç işlemesine neden olan çevreden uzaklaştırılarak, onun toplumla yeniden ilişki kurması kolaylaştırılmaktadır.<sup>27</sup>

Mülga 647 sayılı CİK’de, kısa süreli hapis cezasının para cezasına veya aynı kanunun 4. maddesinde belirtilen yaptırımlardan herhangi birisine dönüştürülmemesi durumunda, hapis cezasının infazı yönünden özel infaz rejimlerinin uygulanabilmesine olanak tanınmıştır (Mülga CİK m. 8). Bunlardan ilki, cezanın hükümlünün oturduğu yerde çektilmesidir. Hükümlülük süresi otuz günü geçmeyen ve altmış yaşını doldurmuş veya sağlık durumu cezaevinde bulunmasını engelleyecek derecede bozuk hükümlülerin mahkum edildikleri özgürlüğü bağlayıcı cezayı oturdukları yerde çekmeleri yoluna gidilebilmekte idi. Bundan başka, hafta sonu infaz olarak nitelendirilen ikinci özel infaz şeklinde ise, hükümlülük süresi otuz günü geçmeyen hükümlülerin hafta sonu cezalarının infazına karar verilebilmekte idi. Hükümlülük süresi üç ayı geçmeyen hükümlüler açısından ise, cezanın geceleri infazına olanak sağlayan bir düzenleme de, Mülga CİK’de yer almıştır. Burada belirtmek gerekirse, Mülga 647 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemde özel infaz rejimlerinin uygulanabilmesinin oldukça ağır bazı koşullara bağlanması, bu infaz rejimlerinin kısa süreli hapis cezalarının sakıncalarını ortadan kaldırmak için yeterli olmadığı söylenebilir. Kaldı ki, özel infaz rejiminin uygulanmasını gerektiren bir ağırlığa ulaşan cezalar açısından, para cezasına çevirme veya hükmedilen kısa süreli hapis cezasını erteleme olanağı bulunduğu için genellikle bu tür rejimlerin uygulanması yoluna gidilmediği görülmüştür. Özellikle hükümlünün oturduğu yerde cezanın infaz edilebilmesi için, gerekli koşullar ve bunun denetiminin nasıl yapılacağı kanunda öngörülmediği için hakimler bu tür infaz rejimlerinin uygulanmasına oldukça tereddütlü yaklaşmışlardır. Söz konusu infaz rejimlerinin uygulanmamasının diğer önemli bir nedeninin de, cezanın genel önleme etkisinin bu yolla ortadan kalkacağına yönelik yaygın inanış olduğu ileri sürülmüştür.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Erdem, s. 196-197; Öztürk/Erdem, s. 270.

<sup>28</sup> Erdem, s. 197; Öztürk/Erdem, s. 271.

5275 sayılı CGTİHK m.110'da cezanın özel infaz usulleri düzenlenmiştir. Buna göre; konutta infaz, hafta sonu infaz ve geceleri infaz şeklinde özel infaz usullerine kanunda yer verilmiştir.

#### d. Kısa Süreli Hapis Cezalarının Sakıncaları

Kısa süreli hapis cezalarının kısılalığı nedeniyle hükümlünün;

- iyileştirilmesine yeterli gelmediği,  
- ailesi, işi ve çevresiyle olan ilişkilerini gereksiz biçimde bozduğu,

- maddi ve manevi yönden zayıf bir konuma veya benzeri güçlükler içerisine sürüklediği, kısa süre için ceza infaz kurumuna giren hükümlünün, kurumda profesyonel suçlularla tanışarak, kısa süre içerisinde mükerrer suçlu olarak yeniden kuruma geri dönebildiği,

- ayrıca, devlete gereksiz yere mali yükümlülükler yüklediğinden, diğer hükümlülerin de uygun bir infaz rejiminden yararlandırılmalarını engellediği, gerekçeleri ile eleştirilmiştir.<sup>29</sup>

Kısa süreli hapis cezalarının lehinde olarak, kısa süreli de olsa özgürlüğünü yitireceği düşüncesinin, hükümlü üzerinde korkutucu etki meydana getireceğine ve ödetici niteliğe sahip olduğuna işaret edilmiştir.<sup>30</sup> Kısa süreli hapis cezalarının korkutucu etkisi elbette inkar edilemez. Ancak, ceza infaz kurumunda hükümlülerin iyileştirilmesine yönelik olarak uygulanan programların, uzunca bir süreyi gerekli kıldığı açıktır. Oysa kısa süreli hapis cezasına mahkum edilen kişinin iyileştirilip, yeniden topluma kazandırılması için belirli bir infaz rejiminin uygulanması, süre yönünden olanaksız olduğu ileri sürülmüştür. Almanya'da kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalara yönelik en şiddetli muhalefet Von Lizst tarafından yürütülmüştür.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Dönmezer/Erman, C. II, s. 646-647; Özbek, s. 493; Erdem, s. 195-196; Öztürk/Erdem, s. 269; Sokullu/Akıncı, s. 680; Ayrıca bkz., Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara, 2005, s. 560.

<sup>30</sup> Özbek, s. 493; Erdem, s. 196; Öztürk/Erdem, s. 269; Dönmezer/Erman, C. II, s. 648-649.

<sup>31</sup> Erdem, s. 196; Öztürk/Erdem, s. 269.

#### d. Kısa Süreli Hapis Cezalarına Seçenek Yaptırımlar

##### 1. Genel Olarak

Suç işleyen kişi hakkında hükmolunan cezanın infazıyla hedeflenen yegane amaç, kişiye gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla etkin bir uyarıda bulunmak ve etkin pişmanlık duymasını sağlamaktır. Cezanın infazıyla mahkum gelecekte sosyal sorumluluğa sahip ve suçtan uzak bir yaşantı sürmeye yatkın bir konuma getirilmelidir. Ancak, bu amaç, bazı suçlular yönünden, sadece bir cezaya mahkum olunmakla ve hatta kişi ile ilgili olarak bir ceza yargılaması başlatılmakla da gerçekleştirilmiş olabilir.<sup>32</sup> Cezanın özel önleme amacı yönünden, hürriyeti bağlayıcı ceza olarak hapis cezasının etkinliği daima tereddütle karşılanmış ve hükümlülerin uslandırılmasının, eğitiminin ve iyileştirilmesinin sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Özgürlükten yoksunluğun bu amaçların gerçekleşmesi açısından her zaman elverişli olmadığı kabul edilmektedir.

Koşulları ne kadar iyi olursa olsun, cezaevindeki infazın tabi olduğu özel sosyolojik ve psikolojik kurallar, hükümlülerin iyileştirilmesini bazen güçleştirdiği için, hapis cezalarının zararlı etkileri sadece infaz kurumlarının koşullarının iyileştirilmesiyle engellenemez. Bu cezaların yerine getirilmesinin belirtilen amaç doğrultusunda sınırlandırılması, bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. Kişinin sadece belli bir cezaya mahkum olmasıyla, cezanın uyarı fonksiyonunun gerçekleşmesi ve failin bu suçtan dolayı etkin pişmanlık duyması halinde, artık cezaevi ortamına alınması yoluna gidilmesi, cezanın amacının kişiyi belli yoksunluklara maruz bırakmak, kişinin acı ve ızdırap çekmesini sağlamak olduğu şeklindeki eski anlayışın mevcudiyetini sürdürmesi anlamına gelecektir. Bu kişilerin cezaevi ortamına girmeden de toplum düzenine uyum göstermeleri sağlanabilir.<sup>33</sup>

Kısa süreli hapis cezası yerine seçenek yaptırımlardan birine hükmedilmesi, cezanın bireyselleştirilmesi araçlarındandır.<sup>34</sup>

Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar YTCK'nın 50. maddesinde düzenlenmiştir. Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal

<sup>32</sup> Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2006, s. 597.

<sup>33</sup> Özgenç, s. 597-598.

<sup>34</sup> Özgenç, s. 637.

ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

a. Adli para cezasına,

b. Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine,

c. En az iki yıl süreyle bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,

d. Mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

e. Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

f. Mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, çevrilebilir.<sup>35</sup>

Belli bir süreyle hapis cezasına mahkum olmak, cezanın uyarı fonksiyonunu ve kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayabilir. Kişi, gördüğü eğitim, yaşadığı sosyal çevre, psişik ve ahlaki eğilimleri itibarıyla tesadüfi suçlu özelliği taşıyabilir. Bu kişilerin mahkum oldukları cezanın infaz kurumunda çektirilmesi toplum barışı açısından bir

<sup>35</sup> Bu maddenin karşılığını oluşturan hükümet tasarısının "Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların seçenekleri" kenar başlıklı 64/1 maddesinde;

"Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, suçlunun kişiliğine, diğer hallerine ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre mahkemece;

1) Kabahatlerde beher gün karşılığı on milyon liradan yirmi milyon liraya kadar hafif, cürümlerde yirmi milyon liradan kırk milyon liraya kadar ağır para cezasına,

2) Aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmine,

3) İki yılı geçmemek koşuluyla bir eğitim veya ıslah kurumuna devam etmeye,

4) İki yılı geçmemek koşuluyla belirli bir yere gitmekten, bazı etkinlikleri, meslek veya sanatları yapmaktan yasaklanmaya,

5) Her tür ehliyet ve ruhsat belgelerinin iki aydan iki yıla kadar geri alınmasına,

6) Bir yılı geçmemek ve rızası bulunmak koşuluyla failin kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına, çevrilebilir" hükmüne yer verilmiştir.

zorunluluk göstermeyebilir. Ayrıca, kısa süreli hapis cezalarının infaz kurumunda çektirilmesinin doğurduğu sakıncalar nedeniyle, kısa süreli hapis cezasına mahkum olan kişinin infaz kurumuna girmesini önleyecek seçenek yaptırımlara hükmedilmesi gerekebilir. Hakkında seçenek yaptırımlardan birine hükmedilen kişinin bu yaptırımın gereklerine uygun hareket etmesi durumunda, bu ceza infaz edilmeyecek ve kişi açısından bu cezaya mahkumiyete bağlı hukuki sonuçlar doğmayacaktır. YTCK m. 50'ye karşılık gelen hükümet tasarısının 64. maddesinde benimsenen seçenek yaptırımlar esas itibarıyla korunmakla birlikte, bunlara yeni bazı seçenekler eklenmiş ve bunun yanında söz konusu yaptırımların etkin biçimde uygulanmasına yönelik ilave düzenlemelerde bulunulmuştur. Nitekim kamunun uğradığı zararın giderilmesi, özellikle bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme gibi yeni seçenek yaptırımlara yer verilmiştir.<sup>36</sup>

## 2. Karşılaştırmalı Hukuk

1960 Londra ve 1965 Stockholm Birleşmiş Milletler Kongreleri'nde kısa süreli hapis cezalarından tamamen vazgeçilmesi önerilmiştir. Burada belirtmek gerekirse, uzun süreden beri Alman Ceza Hukuku öğretisinde kısa süreli hapis cezaları için yeni seçenekler önerilmiş ve bu kapsamda özellikle 1962 tarihli Alternatif Ceza Kanunu tasarısında hapis cezalarının altı aydan başlaması öngörülmüş ise de, bu önerinin, özellikle cezanın genel önleme amacı açısından ortaya çıkaracağı sorunlar üzerinde yeteri kadar durulmamıştır. Bu da gösteriyor ki, kısa süreli hapis cezaları, daha uzun bir süre reform tartışmalarının odak noktasını oluşturmaya devam edecektir. Kısa süreli hapis cezalarının tamamen ortadan kaldırılması, cezanın genel önleme amacı bakımından uygun gözükmemektedir.<sup>37</sup>

Bundan dolayı istisnai olarak da olsa, bu cezaların muhafaza edilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> YTCK 50. maddesinin gerekçesinden.

<sup>37</sup> Öztürk/Erdem, s. 272; Erdem, s. 201.

<sup>38</sup> Bununla birlikte Alman Ceza Kanunu § 38, özgürlüğü bağlayıcı cezaların alt sınırını bir aydan başlatmış ve bir aydan daha az süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza yerine para cezası uygulanacağını belirtmiştir. Bizim sistemimiz yönünden de YTCK m. 50 aynı eğilimi yansıtmaktadır. Bkz., Öztürk/Erdem, s. 272-273; Erdem, s. 201.

1960'lı yılların sonlarına doğru, hapis cezalarının çektirilmesi ve bunların infazından elde edilen sonuçlar bakımından suç politikasının "kriz içine" girdiği görülmektedir. Bunun en önemli nedenleri, sanayileşmiş batılı ülkelerde ve gelişmekte olan ülkelerde olağanüstü artan suçluluğun tehdit edici boyutlara ulaşması ve tekerrür oranının giderek artış göstermesidir. Suçluluk oranındaki artış, birçok ülkede yargı organlarının iş yükünün giderek artması sonucuna yol açmıştır. Ceza yaptırımının etkisiz kaldığı uluslararası terörizm ve organize suçluluk gibi yeni suçluluk biçimleriyle karşılaşmıştır. Suç politikasının içine düştüğü bu krizin bir sonucu olarak o güne kadar hapis cezalarının ve bunların infazının yeniden topluma kazandırıcı gücüne güvenen birçok ülkede söz konusu cezalar ve bunların infazı bakımından yeni seçenek arayışları görülmüştür. Kısa süreli hapis cezalarına seçenek olarak, erteleme, para cezası, çalışma cezası ve özgürlüğü sınırlayıcı başkaca yaptırımlar gündeme gelmiştir.<sup>39</sup>

Hapis cezaları, bu bakımdan ultima ratio (son çare) olarak göze çarpmakta, birinci derecede bir yaptırım olarak yalnızca önemli suçlarda, tekerrürde ve tehlikeli şiddet suçluluğunda gündeme gelmektedir. Bununla birlikte gerek genel ve gerek özel önleme düşüncesiyle, hapis cezalarından tamamen vazgeçilmesi söz konusu değildir. Hollanda ve İsveç'te olduğu gibi, şayet genel önleme açısından kaçınılmaz ise, olumsuz etkilerini sınırlı bir çerçevede tutmak için hapis cezalarına olabildiğince kısa süreli olarak hükmedilebilmektedir. Kısa süreli hapis cezalarının zararlı sonuçlarını göz önünde tutan kanun koyucular, diğer seçenek yaptırımların kısa süreli hapis cezasına göre öncelikli olacağına ilişkin biçimsel koşullar getirmektedir. Örneğin, Alman Ceza Kanunu § 47 I'e göre, mahkeme; bir aydan fazla ve altı aydan az kısa süreli hapis cezasına, fail üzerinde etkide bulunmak veya hukuk düzenini savunmak bakımından bu cezaya mahkumiyeti zorunlu kılan fiile veya failin kişiliğine ilişkin özel durumlar varsa, özel nitelikleri kıldığı takdirde hükmedebilmektedir. Bu koşullar bulunmadığı takdirde hapis cezasına değil, para cezasına hükmetme olanağı söz konusudur (Alman CK 47 II). Avusturya Ceza Kanunu § 37'de, beş yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlar için para cezaları lehine biçimsel bir öncelik koşulu öngörülmektedir. Buna göre, suçun beş yıldan daha fazla hapis cezasını gerektirmemesi durumunda, altı aya kadar (altı ay dahil) hapis ceza-

<sup>39</sup> Erdem, s. 197-198; Öztürk/Erdem, s. 273.

sına, ancak genel veya özel önleme nedenleri bunu zorunlu kılıyorsa, hükmedilebilmektedir. Benzer yöndeki düzenlemeler, Portekiz CK m. 43 ve Polonya CK § 54 I' de de göze çarpmaktadır. Kısa süreli hapis cezalarını sınırlandırma amacını güden bir suç politikası anlayışı, Hollanda, İngiltere ve ABD'de bulunmaktadır.<sup>40</sup>

Denetim altında erteleme adı verilen denetimli serbestlikte ise, mahkum, bazı yükümleri yerine getirmeye mecbur tutulmaktadır; örneğin, belirli bir yerde ikamet etmek (veya ikamet etmemek), kendisini alkol tedavisine tabi tutturmak, bir eğitimi izlemek veya mağdura verilen zararı gidermek gibi.<sup>41</sup> İngiltere, ABD ve özellikle Kanada'da yürürlükte bulunan kontrol altında serbestlikte (Probation), mahkum kesin bir takım yükümlülüklerle tabi tutulmaktadır. Bu yükümlerin mutlaka kesin bir kanun tarafından gösterilmesi şart değildir. Ancak bu yükümler, hapis cezasıyla birleştirilmemiştir; ancak onların ihlali halinde, hapis cezasının infazı söz konusu olacaktır.<sup>42</sup>

ABD'de de önemsiz ve basit suçlarda probasyon ve ertelemenin değişik biçimleri, hapis cezalarına göre önemli bir ağırlığa sahiptir. Bu tür suçlarda hapis cezasına mahkumiyet son derece seyrekdir.<sup>43</sup>

İngiltere'de kısa süreli hapis cezalarının azaltılması, bu yüzyılın başlarından bu yana yürütülen suç politikasının temel amacıdır. Mahkumiyetler içerisinde hapis cezalarının payı dikkate değer biçimde düşüktür.<sup>44</sup> Yasama organı, sıkı öncelik koşulu öngörmek suretiyle yaptırımların seçiminde mahkemeler tarafından hapis cezasının en son başvurulabilecek yaptırım olmasını amaçlamıştır. Buna göre ilk defa suç işleyen yetişkinler için hapis cezasına, ancak diğer cezalar elverişli görünmüyorsa hükmedilebilmektedir. Bunun sonucu olarak da, hapis cezalarının yerine diğer seçenekler ön plana çıkmaktadır.<sup>45</sup> İngiltere'de, en az on altı yaşında olan her suçlu, kabul ederse, altı aydan üç yıl kadar denetimli serbestliğe mahkum edilebilir.<sup>46</sup>

<sup>40</sup> Öztürk/Erdem, s. 273-274; Erdem, s. 197-198.

<sup>41</sup> Pradel Jean, *Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, İSİSC Kolokyumlarının Sentez Raporu*, Çeviren; Sulhi Dönmez, 1. Baskı, İstanbul 2000, s. 133.

<sup>42</sup> Pradel, s. 134.

<sup>43</sup> Öztürk/Erdem, s. 274; Erdem, s. 199.

<sup>44</sup> Bu oran %6'dır. Bkz., Erdem, s. 198.

<sup>45</sup> Erdem, s. 198-199; Öztürk/Erdem, s. 274.

<sup>46</sup> Pradel, s. 134.



İtalya’da 1981 tarihli Reform Kanunu, kısa süreli hapis cezaları için üç adet seçenek yaptırım öngörmüş, ancak bunun için öncelik koşulu getirmemiş, söz konusu seçeneklere başvurulmasını hakimın takdirine bırakmıştır. Altı aya kadar özgürlüğe bağlayıcı ceza yerine hakim “*yarı özgürlük*” (semidetenzione) cezasına hükmedebilir. “*Yarı özgürlük*”ten anlaşılması gereken, hükümlünün her gün en az on saati infaz kurumunda geçirmek zorunda olması, fakat işine ve eğitimine de devam edebilmesidir. Üç aya kadar hapis cezası yerine denetimli özgürlüğe de hükmedilebilir. Bunun sonucu, hükümlünün izin almaksızın oturduğu yeri terk edememesi ve günde en az bir kez polise bildirimde bulunmak zorunda olmasıdır.<sup>47</sup>

İtalya’da 1981 tarihli bir kanuna göre, hakim, altı aya kadar hapis cezası yerine yarı özgürlük (semidetenzione), üç aya kadar hapis cezası yerine denetimli özgürlük (liberta controllata) ve bir aya kadar hapis cezası yerine para cezasına hükmedilmektedir. Bununla birlikte seçenek yaptırımlar lehine hakimi bağlayan bir öncelik koşulu mevcut olmayıp, bunların uygulanması, daha çok hakimın serbest takdirine bırakılmıştır. İtalya’da, Anayasa Mahkeme’si 1979 tarihli bir kararı ile ödeme gücü olmayan hükümlülere karşı para cezası yerine hapis cezasına hükmedilmesine olanak sağlayan düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bulmuş ve ödenmeyen para cezasının yerine geçen hapis cezası yerine başka yaptırımların öngörülmesi gerektiğine işaret etmiştir. İşte bunun sonucu olarak 1981 tarihli kanun, para cezasının ödenmemesi durumunda denetimli özgürlük yoluyla hükümlünün talebi üzerine cezanın çalışma cezasına (lavoro sostitutivo) dönüştürülmesine olanak sağlamıştır.<sup>48</sup>

Buna karşılık İsviçre’de hapis cezaları daha yaygındır. Bunun nedeni bu cezayı sınırlandırmak konusunda yasa koyucunun bir tedbir almamış olmasıdır. Buna rağmen uygulamada kısa süreli hapis cezaları yine de istisna teşkil etmektedir.<sup>49</sup>

1975 tarihli Reform Kanunu hapis cezalarına seçenekler öngörülmüş olmasına rağmen Fransa’da kısa süreli hapis cezaları önemli bir ağırlığa sahiptir. Bunun nedeni söz konusu kanunun öngörmüş olduğu seçe-

<sup>47</sup> Erdem, s. 199; Öztürk/Erdem, s. 274.

<sup>48</sup> Öztürk/Erdem, s. 275-276; Erdem, s. 199.

<sup>49</sup> Erdem, s. 199; Öztürk/Erdem, s. 274.

neklerin uygulamada fazla rağbet görmemesidir. Bu kanunda altı aya kadar hapis cezalarının infazı için yarı özgürlüğe karar verme olanağı mevcuttur. Buna göre, hükümlü, gündüz işine veya eğitimine devam edebilir; fakat boş zamanlarını ve hafta sonlarını infaz kurumunda geçirir. Bu kanun çıkmadan önce Fransa'da hapis cezalarına tek seçenek, para cezası ve ertelemeydi. 1975 Reform Kanunu, hapis veya para cezası yerine başvurulabilecek bir temel ceza olarak ek ceza veya güvenlik tedbiri olarak başvurulmuş bazı yatırımlara hükmetme olanağı vermiştir. Bunlar; belirli bir mesleğin icrasının yasaklanması, sürücü belgesinin geri alınması, araç kullanma yasağı, silah taşıma yasağı, araçların müsadere edilmesi ve av izninin geri alınmasıdır. Ne var ki, mahkemeler çoğu zaman bu olanakları kullanmamıştır. Bundan başka 1983 tarihli bir kanunla bu konuda yeni bir adım atılmış ve kırk saatten iki yüz kırk saate kadar hapis cezası yerine hükümlünün kamu yararına ücretsiz olarak çalıştırılmasına yer verilmiştir Fransa'da 1983 tarihli kanun, hapis cezasına seçenek olarak herhangi bir öncelik koşuluna yer vermeden gün para cezası öngörmüştür.<sup>50</sup>

Hapis cezaları yerine uygulanan yaptırımların klasik biçimi olarak probasyon ve erteleme dışında, aynı amaca yönelik başka yaptırımlar da gündeme gelmektedir. 60'lı yılların ortasından bu yana yaptırımlar sistemine aktarılan bunlardan bazıları, esas itibariyle yalnızca para cezalarının uygulama alanına sınırlama getirmekte; buna karşılık hapis cezalarının sınırlandırılması bakımından ancak istisnai bir özellik göstermektedir. Öte yandan, ek cezaların temel ceza olarak uygulanması, ancak belirli nitelikteki suçlar bakımından söz konusu olabilmektedir. Toplum yararına çalıştırma da, organizasyon ve denetim sorunu ile karşı karşıya olup, giderek artan işsizlik nedeniyle, hükümlüye uygun bir iş bulmak konusunda güçlüklerle karşılaşmaktadır.<sup>51</sup>

Bu gün gerçek anlamda kısa süreli hapis cezaları yerine seçenek olarak uygulanan yaptırım para cezasıdır. Almanya, Avusturya ve İtalya'da para cezası, hapis cezalarına göre bir öncelikten yararlanmaktadır. Ayrıca İsveç ve Norveç'te, hakimin takdirine bağlı olarak ödenmeyen para cezası yerine hapis cezası uygulanabilmektedir.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Erdem, s. 199; Öztürk/Erdem, s. 274-276.

<sup>51</sup> Erdem, s. 200; Öztürk/Erdem, s. 275.

<sup>52</sup> Öztürk/Erdem, s. 275-276; Erdem, s. 200.

Hürriyeti bağlayıcı cezanın kullanımının sınırlanmasına yönelik amaç düşünce, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 19.10.1992 tarih ve (R 92/17) tavsiye sayılı kararında vurgulanarak somutlaştırılmıştır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'da Aralık 1990'da devletlerin hapis dışındaki infaz şekillerini teşvik için "*Hapis Dışındaki İnfaz Şekillerinin Standart Asgari Kurallarını*" (Tokyo Kuralları) kabul edilmiştir. Tokyo kuralları gereğince, infaz şekillerinin belirlenmesinde, suçlunun insan hakları ve iyileştirilmesi, toplumu bozması ve mağdurların menfaatleri konuları nazara alınacaktır. Bunlara göre, geçici ya da koşullu salıverilme, ceza indirimi, af, ekonomik yaptırımlar ve benzeri uygulamalar için yol gösterilmektedir.<sup>53</sup>

Cezaların halk arasındaki etkinliğini, ağırlığı değil sakınılmaz ve kaçınılmaz oluşu arttırır. Batı ülkelerinde suç siyasetinin amacı hapis cezalarına bir takım seçenek yaptırımlar bulmak, mümkün olduğu kadar hapis cezasını uygulamaktan kaçınmak, suçlunun cezaevi dışında ıslah edilmesi ve sosyalleştirilmesini sağlamak olmuştur. Bunun tekerrür bakımından olumlu sonuçlar verdiği özellikle İsveç'te tespit edilmiştir.<sup>54</sup>

### 3. Türk Hukukundaki Düzenlemeler

YTCK'nın 50. maddesinde kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar sayılmıştır. Genel olarak hapsin seçenekleri infaz tarzını değiştirmektedir.

YTCK m. 50'ye göre kısa süreli hapis cezası suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre, adli para cezası veya seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilir. Madde 50/4'e göre bilinçli taksir hariç, adi taksirli suçlarda adli para cezasına çevirme işlemi uzun süreli hapis cezası bakımından da uygulanabilir.

YTCK m. 50'ye karşılık gelen hükümet tasarısının 64. maddesinde benimsenen seçenek yaptırımlar esas itibarıyla korunmakla birlikte, bunlara yeni bazı seçenekler eklenmiş ve bunun yanında söz konusu yaptırımların etkin biçimde uygulanmasına yönelik ilave düzenlemelerde bulunulmuştur. Nitekim kamunun uğradığı zararın giderilmesi,

<sup>53</sup> Demirbaş (İnfaz), s. 73.

<sup>54</sup> Çolak, s. 134.

özellikle bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme gibi yeni seçenek yaptırımlara yer verilmiştir.

Getirilen diğer bir yenilikle; ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması ile belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklama seçenek yaptırımlarına başvurulabilmesi, bunların sağladığı hak ve yetkilerin kötüye kullanılması veya gerektirdiği dikkat özen yükümlülüğüne aykırı davranılması koşuluna bağlanmıştır. Böylece, ancak suçun ehliyet ve ruhsatla ya da meslek ve sanatın icrasıyla bağlantılı olması halinde, ehliyet ve ruhsatların geri alınması ya da meslek ve sanatın yasaklanması yaptırımına hükmedilebilecektir.

Kısa süreli hapis cezasına mahkum olan kişinin cezası, hakim tarafından uygun görülmesi ve kendisinin de rızasının bulunması halinde kamuya yararlı bir işte çalıştırma tedbirine çevrilecektir. Hükümlünün çalışacağı kurumda kadrolu olması ve bir ücret alması da söz konusu değildir. Kısa süreli hapis cezasını gerektiren bir suç işlemiş olan ve eğitim derecesi elverişli bulunan bir kişinin örneğin okuma yazma öğreten bir kursta öğretici olarak görev yapmasına karar verilmesi, bu seçenek yaptırıma örnek olarak gösterilebilir.<sup>55</sup>

06.04.2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Ceza İnfaz Kurumları’nın Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirleri’nin İnfazı Hakkında Tüzük”ün 50. maddesinde, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların; “5237 sayılı kanununun 50. maddesinin birinci fıkrasının (a) ilâ (f) bentlerine göre, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlendiği özelliklere göre mahkemece belirlenen yaptırım şekillerini” ifade ettiği belirtilmiştir.

### a. Adli Para Cezası veya Tedbire Çevirme

YTCK m. 50’ye göre, işlediği suç dolayısıyla kısa süreli hapis cezasına mahkum edilen kişinin bu cezası yerine mahkeme adli para cezasına

<sup>55</sup> YTCK m. 50’nin gerekçesinde, bu tedbirin uygulanma usulünün ayrı bir tüzük veya yönetmelikte belirleneceği belirtilmiş ve bu konuda “Ceza İnfaz Kurumları’nın Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirleri’nin İnfazı Hakkında Tüzük”ün 51. maddesi ile “Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği”nin 35. maddesinde hüküm getirilmiştir.

veya seçenek yaptırımlara hükmedebilecektir (ikame sistemi).<sup>56</sup> Bunun sonucu olarak da, mahkemece hapis cezası yerine seçenek yaptırımlara hükmedilmesi halinde, faile ayrıca ceza verilmeyecektir.<sup>57</sup>

YTCK m. 50'nin getirmiş olduğu esaslar şunlardır:

Adli para cezası veya tedbire çevirmenin ilk koşulu, cezanın bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektirmesidir.<sup>58</sup> Bu açıdan, Mülga 647 sayılı kanunla, YTCK arasında bir fark bulunmamaktadır.<sup>59</sup> Birden çok cezaya hükümlülük halinde hapis cezasının kısa süreli olup olmadığının belirlenmesinde her bir cezanın süresi ayrı ayrı dikkate alınır.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> Özgenç, YTCK m. 50'deki adli para cezası dışındaki seçenek yaptırımları "güvenlik tedbiri" şeklinde ifade etmektedir. Bu konuda bkz., Özgenç, s. 638. Soyaslan ise, bu maddedeki tedbirleri, bir ceza yaptırımına alternatif bir tedbir olarak değerlendirmekte ve teknik anlamda bir güvenlik tedbiri olmadığını ileri sürmektedir. Yazara göre, buradaki tedbirlerin amacı hükümlüyü cezaevinin kötü koşullarından korumak, sosyal ve ekonomik hayattan koparmamaktır. Bu niteliğiyle de, YTCK m. 50'de öngörülenlerin, bir ceza yaptırımı yerine geçen ceza veya tedbir olup, bağımsız nitelik taşıdığı düşüncesindedir. Bkz., Soyaslan, s. 563.

<sup>57</sup> Özgenç, s. 638.

<sup>58</sup> "Sanık vekili 24.06.2005 tarihli oturumda "sınırlar içinde kaldığı takdirde lehe olan hükümlerin uygulanmasını isteriz" şeklinde talepte bulunduğu halde TCK'nın 50. maddesinin uygulanması konusunda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi, bozmayı gerektirmiştir": Y. 10. CD, T: 12.10.2005, E: 2005/8822, K: 2005/12711; Aynı yönde başka bir kararda: "Sanık müdafininin son oturumda, TCK'nın lehe hükümlerinin uygulanması isteminin, 5237 sayılı TCK'nın 50, 51. maddelerinin uygulanmasını da içerir nitelikte olduğu gözetilerek, bu hususta olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi, yasaya aykırıdır": Y. 10. CD, T: 9.11.2005., E: 2005/9860, K: 2005/14743.

<sup>59</sup> "3506 sayılı yasa ile değişik 647 sayılı cezaların infazı hakkındaki yasanın 3/3 ve 4/1. madde ve fıkraları hükümleri karşısında; Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza deyiminin bir yıla kadar olan hürriyeti bağlayıcı cezaları kapsadığı düşünülmeden, bu süreden fazla hapis cezası, yasal koşulları bulunmadığı halde ağır para cezasına dönüştürülmesi, bozmayı gerektirmiştir": Y. 8. CD, T: 29.06.1998, E: 1998/7676, K: 1998/10097; "3506 sayılı kanunun 5. maddesi uyarınca kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza sınırı bir yıla çıkarıldığından söz konusu kanununun 5 ve 6. maddeleri nazara alınarak 647 sayılı kanunun 4. maddesinin uygulanmaması konusunda bir karar verilmesi lüzumu": Y. 4. CD, T: 15.12.1988., E: 1988/7378, K: 1988/7805.

<sup>60</sup> "Konut dokunulmazlığını bozmak ve söz atmak suçlarından dolayı tayin olunan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar hakkında, 647 sayılı kanunun 4. maddesinin uygulanması mümkün iken bu cezaların toplam miktarı göz önüne alınarak yasal olmayan gerekçe ile para cezasına çevrilmesine yer olmadığına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir": Y. 4. CD, T: 02.03.1988, E: 1988/1344, K: 1988/1683 (YKD, C. 15, Ekim: 1989 s. 1489). Aynı şekilde daha önceki bir kararda ise, "Her bir suç için hükmedilen hapis cezaları toplamı altı ayı geçse bile, içtima ya dahil edilen kısa süreli hapis cezalarının, müstakilen para cezasına çevrilmesine yasal bir engel bulunmadığı düşünülmeden, toplam ceza miktarı nazara alınarak, 647 sayılı kanunun 4.

Kısa süreli hapis cezasının söz konusu seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin ikinci koşulu ise, çevirme halinde suçlunun kişiliğinin, sosyal ve ekonomik durumunun, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığın ve suçun işlenmesindeki özelliklerin, dikkate alınmasıdır. Mülga 647 sayılı kanuna göre, çevirme sırasında suçlunun kişiliği, sair halleri ve suçun işlenmesindeki özelliklerin dikkate alınacağı öngörülmüştü. YTCK, hükümlünün sosyal ve ekonomik durumu ile yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığın ve suçun işlenmesindeki özelliklerin çevirme sırasında dikkate alınacağını hükme bağlamıştır. Böylece, YTCK pişmanlığa yargılama sırasında da bir sonuç bağlamış olmaktadır. Gerçekten de suçun işlenmesinden sonraki pişmanlık, cezada indirim ya da cezasızlık sebebinin oluştururken, yargılama sırasındaki pişmanlık çevirme sebebidir.<sup>61</sup>

Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, hapis cezası yerine seçenek yaptırım olarak adli para cezasına hükmedilmesi halinde, bu ceza, Mülga 647 sayılı CİK'in 6. maddesindeki düzenlemenin aksine, ertelenemeyecektir.<sup>62</sup>

**aa. Adli para cezasına çevirme yasağı:** YTCK m. 50/2' de, bir kanun maddesinde hapis cezası ile adli para cezasından birinin hakim tarafından takdirine göre seçimlik ceza olarak uygulanabileceği belirtilmiş ve hakim, takdirini kullanarak hapis cezasına hükmetmiş ise artık bu cezayı, maddenin birinci fıkrasını uygulamak suretiyle, adli para cezasına çeviremeyeceği açıklanmıştır.<sup>63</sup> Yani, buna göre, suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü suçlarda hapis cezasına hükmedilmişse, bu ceza artık adli para cezasına çevrilemez. Örneğin, YTCK'nın "*Taksirle yaralama*" kenar başlıklı 89. maddesinin birinci fıkrası gereğince, taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Mahkemenin böyle bir seçim imkanının bulunduğu bu durumda sanık hakkında üç ay hapis cezasına hükmetmesi durumunda, söz konusu hapis cezasını adli para cezasına çeviremeyecektir. Gerçekten de, hakim adli para

---

maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" şeklinde karar verilmiştir: Y. 4. CD. T: 03.11.1987, E: 1987/7174, K: 1987/8989 (YKD C: 14, Mart: 1988, s. 424).

<sup>61</sup> Özbek, s. 494-495.

<sup>62</sup> Özgenç, s. 639.

<sup>63</sup> Madde gerekçesinden.

cezasının öngörüldüğü seçenek cezalar bakımından hapis cezasını tercih etmesinin gerekçesi büyük bir ihtimalle hükmedilen hapis cezasının neden adli para cezasına çevrilmediğinin de gerekçesini oluşturacaktır. Bu nedenle bu sınırlama yerinde olmuştur. Mülga 647 sayılı kanunun uygulandığı dönemde bu konuda bir düzenleme olmaması tartışmalara yol açmış ve 4.2.1974 tarihli ve 3/5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile para cezası verme imkanı varken kısa süreli cezaya hükmedilmiş olmasının çevirmeye engel olmayacağı kabul edilmişti.<sup>64</sup>

Ayrıca, çevirme yasağı sadece adli para cezası bakımından öngörülmüş bulunduğu hükmedilen hapis cezasının 50. maddedeki diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi mümkündür.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Özbek, s. 496.

<sup>65</sup> Özbek, s. 497. Benzer tartışmalar 1163 sayılı Kooperatifler Yasası'nun Ek 2. maddesinin 3476 sayılı kanun ile düzenlenen 5. fıkrasında "Bu maddede öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezalar paraya tahvil edilemez" hükmünün uygulamasında da yaşanmış ve CGK'nın 2003 tarihli kararında aşağıdaki biçimde karar verilmiştir:

"Yasa Koyucu, 647 sayılı yasanın 4. maddesinin 1. fıkrası ile, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların bu şekilde infazı yerine, bunları para cezasına veya aynen iade veya tazmin, altı ayı geçmemek üzere bir eğitim veya ıslah kurumuna devam etme, bir yılı geçmemek kaydıyla belirli bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri veya meslek ve sanatı icradan men, her nev'i ehliyet ve ruhsatnamenin bir aydan bir yıla kadar geçici süreyle geri alınması gibi tedbirlere çevirmeye olanak sağlamış, 2. fıkrasındaki düzenleme ile de suç tarihinde 18 yaşını bitirenlerin para cezası veya tedbire çevrilmiş olsa dahi önceden hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkum olmamaları şartıyla, bunlar hakkında hükmolunacak otuz güne kadar (otuz gün dahil) hapis ve hafif hapis cezalarının, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesini zorunlu kılmıştır. Ancak yasa koyucu, 647 sayılı yasadaki sonra yürürlüğe giren kimi yasalarda bu genel kuraldan ayrılmayı yeğlemiştir. Örneğin; Türk Ceza Yasası'nın 536. maddesinin 4209 sayılı yasa ile yürürlükten kaldırılan 6. fıkrasında; "...suçlardan dolayı hükmolunacak cezalar ertelenemez ve bunların yerine 647 sayılı cezaların infazı hakkındaki kanunun 4. maddesinde belirtilen ceza ve tedbirler uygulanamaz", yine icra ve iflas yasanın 8.6.1985 tarih ve 3222 sayılı yasa ile düzenlenen ve madde numarası 4949 sayılı yasa ile değiştirilen 352/b maddesinde; "Bu kanun uyarınca hükmolunan cezalar tecil edilemez, hürriyeti bağlayıcı cezalar 647 sayılı yasanın 4. maddesinde yazılı para cezasına ve tedbirlere çevrilemez, keza 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası'nın 13. maddesinde; "Bu kanun kapsamına giren suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez" hükümlerine yer verilmiştir. Oysa 1163 sayılı Kooperatifler Yasası'nın Ek 2. maddesinin 3476 sayılı yasa ile düzenlenen 5. fıkrasında "Bu maddede öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezalar paraya tahvil edilemez" hükmüne yer verilmiştir. Görüleceği üzere bu yasal düzenleme, yukarıda sayılan ve para cezası veya tedbire çevirme zorunluluğu ile cezanın ertelenmesi olanağını tümüyle kaldırın diğer yasal düzenlemelerden daha farklıdır. Sadece para cezasına çevirmeyi engellemiş olup, tedbire çevirme zorunluluğu yönünden genel kurala İstisna oluşturan bir hüküm içermemektedir.

**bb. Zorunlu çevirme:** 5237 sayılı YTCK'nın 50. maddesinin üçüncü fıkrasında, kısa süreli hapis cezasının adli para cezası veya diğer seçenek tedbirlerden birine çevrilmesi açısından mahkemenin takdir yetkisinin olmadığı haller belirlenmiştir. Bu hallerde, mahkeme kısa süreli hapis cezasını adli para cezasına veya diğer seçenek tedbirlerden birine çevirecektir. Bunun, için kişinin daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş olması ve hükmolunan hapis cezasının otuz günden fazla olmaması gerekir. Keza, daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş olmak koşuluyla, fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkum edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.<sup>66</sup> Yani, m. 50/3'e göre, hapis cezasından sabıkasız olmak koşuluyla, mahkum olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkum edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.<sup>67</sup>

---

Bunun bir unutkanlık eseri olduğu düşünülmemeyeceği gibi, Anayasa'mızın 38. maddesinde düzenlenen "tedbirlerin kanuniliği" ilkesi ve ceza hukukunun evrensel prensiplerinden olan "genişletici yorum yasağı" karşısında, "yasa koyucu hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesini engellediğine göre, tedbire çevrilmesini engellemeyi öncelikle murat etmektedir" şeklinde genişletici bir yorum yapılması da olanaksızdır. Kaldı ki, yasa koyucunun Kooperatifler Yasası'nın Ek 2. maddesinde öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezaların tedbire çevrilmesini engellemek istemesi halinde, diğer yasal düzenlemelerde olduğu gibi İstisnaya ilişkin hükme sadece "ve tedbire" ifadesini eklemesi yeterliydi. Bu itibarla, suç tarihinde 18 yaşını bitirdikleri ve geçmiş mahkumiyetleri bulunmadığı anlaşılan sanıklar hakkında Kooperatifler Yasası'nın Ek 2. maddesi uyarınca verilen 25 gün hapis cezasının 647 sayılı yasanın 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, aynı maddenin birinci fıkrasında yazılı tedbirlerden birine çevrilmesi zorunlu bulunmaktadır": YCGK T. 30.12.2003, E: 2003/7-298, K: 2003/306.

<sup>66</sup> "10.2.1987 doğumlu olup suçun işlendiği 18.11.2004 tarihinde 18 yaşını bitirmediği anlaşılan sanık hakkında, belirlenen kısa süreli 11 ay 20 gün özgürlüğü bağlayıcı cezanın 5237 sayılı TCY'nin 50/3. maddesi uyarınca anılan maddenin 1. fıkrasında yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin zorunlu olduğunun gözetilmesinin bozmayı gerektirir": Y. 6. CD, T: 22.12.2005, E: 2005/16217, K: 2005/12392.

<sup>67</sup> "Suç tarihinde on sekiz yaşını bitirmeyen sanığa müşteki Hanife'ye hakarettten tayin edilen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın, 647 sayılı kanunun 4/2. maddesi gereğince, aynı maddenin birinci fıkrasında yazılı ağır para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesi gerektiğinin düşünülmemesi bozmayı gerektirmiştir": Y. 4. CD. T: 03.02.1988, E: 1988/225, K: 1988/675 (YKD C. 15, Nisan: 1989 Sayfa: 578); "647 sayılı kanunun 4. maddesinin 2. fıkrasına göre, suç tarihinde 18 yaşını bitirmeyenler hakkındaki kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların, para cezası veya tedbire çevrilmesi zorunlu olup, sözü edilen kanunun 3506 sayılı kanunla değişik 3. maddesinde bir



Bu düzenleme, mülga 647 sayılı kanunda karşılığını oluşturan m. 4'ten bazı yönlerden farklılık taşımakta ve daha lehe düzenlemeler getirmektedir.<sup>68</sup> Gerçekten de, uygulamada asıl mahkumiyet YTCK m. 50 hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbir olduğuna göre (YTCK m. 50/5), daha önce hapis cezasından çevrilmiş para cezasına mahkum edilmiş olma, hükmolunan otuz güne kadar hapis cezasının para cezasına veya diğer seçenек yaptırımlara çevrilmesine engel ol-

---

yıl ve daha az süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar kısa süreli sayıldığına göre, TCK'nın 2. maddesi nazara alınarak, sanığa verilen on ay hapis cezasının 647 sayılı kanunun 4. maddesindeki para cezası veya tedbirlerden birine çevrilmesi lüzumu": Y. 2. CD. T: 18.4.1989, E: 1989/2966, K: 1989/3181.

- <sup>68</sup> "Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık, önceden özgürlüğü bağlayıcı cezadan çevrilme para cezasına mahkumiyeti bulunan sanık hakkında kendiliğinden hak alma suçundan tayin edilen 5 gün hapis cezasının, 647 sayılı yasanın 4/2. maddesi uyarınca para cezasına çevrilmesinde zorunluluk olup olmadığına ilişkindir. 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Yasa'nın 12/06/1979 gün ve 2248 sayılı yasa ile değişik 4. maddesinin 2. fıkrasında, "suç tarihinden önce para cezasına veya tedbire çevrilmiş olsa dahi hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilmemiş olanlar hakkında hükmolunan otuz güne kadar (otuz gün dahil) hürriyeti bağlayıcı cezalarla suç tarihinde 18 yaşını ikmal etmemiş olanların mahkum edildikleri kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yukarıdaki bentlerde yazılı ceza veya tedbirlerden birine çevrilir" hükmü getirilmiştir. Görüldüğü gibi bu hüküm ile getirilen düzenlemede 18 yaşını tamamlamış olan kişilerin otuz güne kadar (otuz gün dahil) özgürlüğü bağlayıcı cezaları ile 18 yaşını tamamlamamış olan kişilerin kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalarının (647 sayılı yasanın 3/3. maddesine göre, bir yıl ve daha az süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar kısa sürelidir.) para cezası veya tedbirlerden birisine çevrilmesinde zorunluluk öngörülmüştür. Ancak, bu zorunluluk hali öngörülürken 18 yaşını tamamlamış olanlar hakkında yasa koyucu bir de ön koşul getirmiştir. Bu ön koşul ise, "suç tarihinden önce para cezasına veya tedbire çevrilmiş olsa dahi özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum edilmemiş" olma halidir. O halde 18 yaşını tamamlamış olan kimse hakkında bu ön koşulun gerçekleşmesi halinde 30 gün dahil özgürlüğü bağlayıcı cezaya ilişkin mahkumiyetinde hakim bu cezayı para cezasına çevirmesi zorunlu olacak, aksi halde ise bu zorunluluk kalkacaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.02.1998 gün ve 368-29 sayılı, 20.12.1993 gün ve 289-326 sayılı kararlarında da aynı husus vurgulanmış olup; Ceza Dairesi'nin süre gelen uygulama ve kabulleri de bu doğrultudadır. Bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde; dosyada bulunan karar örneklerine göre, sanığın önceden Çobanlar Sulh Ceza Mahkemesi'nce 17.11.1994 gün ve 23/23 sayılı ile; sövme suçundan dolayı TCY'nin 482/3 ve 647 sayılı yasanın 4. maddeleri uyarınca özgürlüğü bağlayıcı cezası para cezasına çevrilmek suretiyle sonuç olarak 300.000 lira ağır para cezasına mahkum edildiği ve 23.12.1994 tarihinde infaz edilen bu mahkumiyeti esas alınarak sanık hakkında tekerrür hükümlerinin uygulandığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle 18 yaşını tamamlamış sanık hakkında yukarıda açıklanan ön koşul gerçekleşmemiş olmakla 647 sayılı yasanın 4. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen özgürlüğü bağlayıcı cezasının zorunlu olarak para cezasına veya tedbire çevirme halinden söz etmek olanaksızdır Yerel Mahkeme'nin direnme gerekçesi isabetlidir": YCGK T: 02.11.1999, E: 1999/4-200, K: 1999/254.

mayacaktır. YTCK burada sadece daha önce hapis cezası ile mahkum edilmemiş olma koşulunu aramaktadır. Oysa, mülga 647 sayılı kanun m. 4/2'ye göre hükmolunan otuz güne kadar (otuz gün dahil) hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin çevirme zorunluluğu suç tarihinden önce, para cezasına veya tedbire çevrilmiş olsa dahi, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilmemiş olanlar hakkında söz konusu olabilmekteydi. Bir diğer fark ise, YTCK'nın mülga 647 sayılı kanun döneminde yer almayan; fiili işlediği tarihte altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkum edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezasının m. 50/1'de yer alan seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi imkanının getirilmesidir. Böylece, fiili işlediği tarihte altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların kısa süreli hapis cezalarının, çocuk (on sekiz yaşını doldurmamış) hükümlülerde olduğu gibi, adli para cezası veya diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunlu hale gelmiştir.<sup>69</sup>

Yukarıda belirtilen durumlarda mahkemeye, hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birine çevirip çevirmeme konusunda takdir yetkisi verilmemiş olmakla beraber, mahkeme yine de hapis cezası yerine seçenek yaptırım olarak adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlardan birine çevirme hususunda, yani seçenek yaptırımın türünün seçiminde takdir yetkisine sahiptir.<sup>70</sup>

**cc. Taksirli suçlardan hükmolunan hapis cezasının paraya çevrilmesi:** Dördüncü fıkrada, taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli olsa da fail hakkında birinci fıkranın (a) bendinin uygulanabileceği belirtilmiştir. Ancak bu hükmün "*bilinçli taksir*" halinde uygulanamayacağı açıklanmıştır.<sup>71</sup>

YTCK m. 50/4'e göre (mülga CİK m. 4/3), taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezasının süresi ne kadar olursa olsun, diğer koşulların varlığı halinde önlemlere değil, sadece adli para cezasına çevrilebilir. Görüldüğü üzere, adli para cezasına çevirme bakımından, uzun süreli hapis cezaları açısından kanun koyucu bir ayrık durum öngörmüştür. Bu da, taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezasının, kısa süreli olmayıp uzun süreli olması halinde bile, adli para cezasına çevrilebileceğinin kanunda öngörülmesidir. Böylece kanun

<sup>69</sup> Özbek, s. 496.

<sup>70</sup> Özgenç, s. 638.

<sup>71</sup> Madde gerekçesinden.

koyucu çevirmeye esas tutulacak taksirli suçun cezasının mutlaka kısa süreli olmasını aramamıştır. Benzer düzenleme Mülga 647 sayılı kanun m. 4/1'de yer alan “*taksirli suçlarda ağır hapis cezası verilmiş olsa bile koşullarının bulunması halinde paraya çevrilmesinin mümkün olmasına*” ilişkin hükümde de yer almıştır.<sup>72</sup>

Ancak, bilinçli taksir durumunda hapis cezasının adli para cezasına çevrilebilmesi için, bunun kısa süreli hapis cezası olması gerekir. Bundan dolayı, bilinçli taksirin varlığı durumunda, mahkeme taksirli suçlardan dolayı hükmedilen uzun süreli hapis cezasını adli para cezasına çeviremeyecektir (YTCK m. 50/4; Mülga CİK m. 4/3).<sup>73</sup>

**dd. Hakimın takdir yetkisi:** YTCK m. 50/1'de yer alan “*çevrilebilir*” ibaresinden anlaşılacağı üzere, hakim tüm kısa süreli hapis cezasını seçenek yaptırımlardan birine çevirmek zorunda değildir. Aksine hakim bu konuda tam bir şekilde takdir yetkisi bulunmaktadır.<sup>74</sup> Hakim bu konuda takdir yetkisi iki konuya ilişkin bulunmaktadır. Birincisi, fail hakkında hapis cezası yerine seçenek yaptırıma hükmedip hükmetmemeye ilişkin bulunmaktadır. Ayrıca mahkeme, fail hakkında adli para cezasına mı yoksa seçenek yaptırıma mı hükmedeceğini takdir edecektir.<sup>75</sup>

Öte yandan, kısa süreli hapis cezasının adli para cezası ya da diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilip çevrilmemesi konusundaki takdir yetkisini keyfilik olarak algılamamak gerekir. Hakim, kısa süreli hapis cezasını seçenek yaptırımlardan birine çevirme veya çevirmeme konusundaki yasal ve yeterli gerekçesini göstermek zorundadır.<sup>76</sup> Talebin reddi halinde, maddedeki ibarelerin tekrarı ile yetinilmeyip, gerekçenin suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özelliklere dayanması

<sup>72</sup> Çınar, Ali Rıza, *Türk Ceza Hukuku'nda Cezalar*, Ankara 2005, s. 54.

<sup>73</sup> Çınar, s. 54.

<sup>74</sup> Dönmezer/Erman, C. II, s. 666; Özgenç, s. 638; Özbek, s. 494.

<sup>75</sup> Özgenç, s. 638.

<sup>76</sup> “Hiçbir gerekçe gösterilmeden sanık hakkında 647 sayılı kanunun 4. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilemez”: Y. 9. CD. T: 3.7.1981, E: 1981/2417, K: 1981/2598 (YKD Ekim 1981, S. 10, s. 1371). “Yasal gerekçe gösterilmeden, 647 sayılı yasanın 4. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesinin yasaya aykırıdır.”: Y. 2. CD. T: 27.10.1976, E: 1976/8113, K: 1976/9104 (YKD Ağustos 1978, S. 8, s. 1417).

ve olay ile uyumlu olması gerekir.<sup>77</sup> Aksi durumun bir bozma nedeni olduğu kabul edilmektedir.<sup>78</sup>

Ayrıca, çevirme sırasında hakimın esas alacağı bazı ölçütler, takdiri hafifletici sebepler içinde gerekçe olabilir.<sup>79</sup>

**ee. Adli para cezası ya da tedbire çevirmenin sonuçları:** Uygulamada asıl mahkumiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir.

Maddenin beşinci fıkrasında, hapis cezasının adli para cezasına veya tedbire çevrilmesindeki esas amaç göz önünde tutularak, asıl mahkumiyetin artık çevrilen adli para cezası veya tedbir olduğu belirtilmiş, böylece, gerek cezanın ertelenmesi gerek tekerrür açılarından hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine verilmiş olan para cezasına veya tedbire itibar olunması sağlanmıştır.<sup>80</sup>

Yine bundan sonra hükmolunan kısa süreli hapis cezasının, zorunlu olarak adli para cezası ya da tedbirlerden birine çevrilmesi sırasında da önceki hükümlülüğün, adli para cezası ya da tedbir olduğu esas alınır.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> Bu yönde kararlar için bkz., Y. 10. CD. T: 31.3.1992, E: 1992/2602, K: 1992/3413 (YKD Haziran 1992, S. 6, s. 979); Y. 7. CD. T: 20.12.1991, E: 1991/8772, K: 1991/14867 (YKD Mayıs 1992, S. 5, s. 808).

<sup>78</sup> "Sanık hakkında 765 sayılı TCK hükümleri uyarınca verilen önceki kararda yer alan hapis cezasının 647 sayılı yasanın 4. maddesi uyarınca para cezasına çevrildiği ve hükmün sanık tarafından temyiz edildiği gözetilmeyerek; uyarılama kararında 5237 sayılı TCK'nun 50. maddesi tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirir.": Y. 10. CD, T: 28.12.2005, E: 2005/11711, K: 2005/19667; Aynı şekilde: "1.6.2005 tarihinden önce kesinleşen hükmün anılan tarihte yürürlüğe giren 5237, 5252 ve 5271 sayılı yasaların lehe hükümlerinin değerlendirilmesi ve olaya uygulanması niteliğindeki başvuru üzerine 5237 sayılı TCK'nun 62. maddesi hükmü 765 sayılı TCK'nun 59. maddesine göre lehe bir düzenleme kabul edilerek; yine 5237 sayılı TCK'nun 50 ve 51. maddelerinin, 647 sayılı yasanın 4 ve 6. maddelerine göre lehe seçenek yaptırımlar ve erteleme koşulları taşıdığı, ikisinin birlikte uygulanma olanağı yoksa da bunlardan birinin uygulanmasının mümkün olabileceği göz önüne alınarak, duruşma açılıp gerekleri yerine getirilmek suretiyle lehe hükümlerin değerlendirilmesi ve bundan sonra bir hüküm kurulması gerektiği, olay ve uygulama itibarıyla burada 5252 sayılı yasanın 9. maddesinin 1. fıkrasındaki "lehe olan hükümlerin derhal uygulanabileceği" hükmüne dayanılmayacağı gözetilmeden, evrak üzerinde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.": Y. 8. CD, T: 26.10.2005, E: 2005/2892, K: 2005/10161.

<sup>79</sup> Özbek, s. 495.

<sup>80</sup> Madde gerekçesinden. Aynı yönde açıklamalar için bkz., Dönmezer/Erman, C. II, s. 665.

<sup>81</sup> Çınar, s. 55; Soyaslan, s. 565.

**ff. Çevrilen adli para cezası ve tedbir hükümlerine uyulmamasının yaptırımı:** Mülga 647 sayılı kanunun 4/5 maddesinde düzenlenen kısa süreli hapis cezasının çevrildiği seçenek yaptırımlardan olan adli para cezasının ödenmemesi ya da tedbirlere uyulmamasının yaptırımı, YTCK m. 50/6'da yer almaktadır. Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet Savcılığın'ca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir.<sup>82</sup> Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz. Maddenin altıncı fıkrasında, kısa süreli hapis cezası yerine hükmolunan adli para cezasının veya tedbirin gereklerinin yerine getirilmemesinin hukukî sonuçları düzenlenmiştir. Buna göre, hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet Savcılığın'ca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, uygulamada kısa süreli hapis cezası esas alınacaktır.<sup>83</sup> Görüldüğü üzere, YTCK'nın 50/5'de öngörülen uygulamada asıl cezanın, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası ya da tedbir olmasına ilişkin hükmüne istisna bir düzenleme öngörülmüştür.<sup>84</sup>

**gg. Tedbirin değiştirilmesi:** Yedinci fıkrada hükmolunan tedbire riayet etmek olanaksızlığının meydana çıkması halinde mahkemeye, bunun yerine başka bir tedbire karar vermek yetkisinin tanınması uygun görülmüştür. YTCK'nın 50/7'e göre, tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme tedbiri değiştirebilir. Bu nedenle, kısa süreli hapis cezası yerine seçenek yaptırım olarak adli para cezasına hükmolunmuş ve bu ceza

<sup>82</sup> Söz konusu 50. madde hükmüne dayanılarak hapis cezası yerine seçenek yaptırım olarak hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi halinde, hükümlü hakkında 5275 sayılı CGTİHK'nın 106. maddesine göre, tazyik hapsi uygulanmayacaktır. Zira, adli para cezasının ödenmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir (YTCK m. 50/6; CGTİHK m. 106/9-10). Yine bu durumda, hapis cezasına mahkumiyete bağlı bütün sonuçlar, hükümlü yönünden doğacaktır. Bu konudaki açıklamalar için bkz., Özgenç, s. 640.

<sup>83</sup> Madde gerekçesinden. Ayrıca bu konuda bkz., Özgenç, s. 640.

<sup>84</sup> Çınar, s. 55.

ödenmemişse, mahkeme seçenek yaptırım olarak birinci fıkradaki tedbirlerden birine hükmedemeyecektir. Bu durumda, YTCK'nın 50/7'e göre ancak seçenek yaptırım olarak hükmedilen tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilmemesi halinde, hükmü veren mahkemece birinci fıkradaki tedbirlerden birine hükmedilecektir.<sup>85</sup>

## b. Çevirmeye Konu Yaptırımlar

Çevirmeye konu olan yaptırımlar maddede sınırlı sayıda belirtilmiştir. Bu nedenle, kısa süreli hapis cezasının maddede sayılı yaptırımların dışındaki bir yaptırıma çevrilebilmesi mümkün değildir.

### aa. Adli Para Cezasına Çevirme

Kısa süreli hapis cezaları yerine para cezasının hükmedilmesi öğretide mukayeseli kanunlarda benimsenen bir usuldür.<sup>86</sup>

Bizim hukuk sistemimizde kısa süreli hapis cezası adli para cezasına çevrilebilir (YTCK m. 50/1). Bu çevirme sırasında esas alınacak para miktarları, YTCK'nın adli para cezasına ilişkin hükmünde yer almıştır (YTCK m. 52/2). Buna göre, bir gün karşılığı yirmi ile yüz Türk Lirası karşılığı olmak üzere, kısa süreli hapis cezaları adli para cezasına çevrilebilir. Bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı ise, mahkemece suçlu kişinin ekonomik ve diğer kişisel durumları gözetilerek belirlenir (YTCK m. 52/2). Ancak, belirlenecek bir gün karşılığı adli para cezası yirmi Türk Lirası'ndan az, yüz Türk Lirası'ndan da fazla olamayacaktır.<sup>87</sup> Bulunan gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen para miktarının çarpımı suretiyle, kısa süreli hapis cezası yerine hükmedilecek adli para cezası miktarı bulunacaktır.<sup>88</sup>

Hükümden önce şahsi özgürlüğü sınırlama sonucunu doğuran bütün durumlarda (yakalama, gözaltına alma, tutuklama vb.) geçirilen süreler nedeniyle, adli para cezasından indirim yapılırken bir gün yüz Türk Lirası sayılır. Bu konuda hüküm getiren YTCK m. 63'te, "Hüküm

<sup>85</sup> Özgenç, s. 640.

<sup>86</sup> Dönmezer/Erman, C. II, s. 664.

<sup>87</sup> Çınar, s. 50; Özgenç, s. 639.

<sup>88</sup> Özgenç, s. 639.

*kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir. Adli para cezasına hükmedilmesi durumunda, bir gün yüz Türk Lirası sayılmak üzere, bu cezadan indirim yapılır” hükmüne yer verilmiştir.*

Her bir suç için belirlenen kısa süreli hapis cezası ayrı ayrı paraya çevrilmelidir. Mülga 765 sayılı TCK ile 647 sayılı ÇİK'in uygulanması nedeniyle, Yargıtay'ın verdiği kararlarda bu durum açıkça belirtilmiştir.<sup>89</sup> YTCK'da cezaların toplanması (içtiması) öngörülmemiştir. Bu nedenle, her suçtan ayrı ayrı verilen kısa süreli hapis cezaları da toplanmayacağına göre, adli para cezasına çevrilmeleri de zorunlu olarak ayrı ayrı yapılacaktır.<sup>90</sup>

Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk Lirası'nın artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez (YTCK m. 61/6).

Türk Ceza Kanunu'nda geçen “Türk Lirası” ibaresi karşılığında, uygulamada, 28.1.2004 tarihli ve 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Para Birimi Hakkında Kanun hükümlerine göre ülkede tedavülde bulunan para “Yeni Türk Lirası” olarak adlandırıldığı sürece, bu ibare kullanılır (5252 sayılı kanun, m. 8).

06.04.2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren “Ceza İnfaz Kurumları'nın Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirleri'nin İnfazı Hakkında Tüzük”ün “Seçenekli yaptırımlarda uygulanacak rejim” kenar başlıklı 51. maddesinin birinci fıkrasında, *kısa süreli hapis cezasının yerine hükmedilen adli para cezasının infazı* konusuna yer

<sup>89</sup> “Her bir suç için belirlenen özgürlüğü bağlayıcı cezaların ayrı ayrı paraya çevrilmesinden sonra içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmesi” Y. 4. CD. T: 22.2.2005, E: 2003/12827; K: 2005/1233; “Saldırgan sarhoşluk ile sarhoşluk suçlarından verilen özgürlüğü bağlayıcı cezalara ayrı ayrı 647 sayılı yasanın 4. maddesi uygulandıktan sonra cezaların toplanması gerekirken, hapis cezalarının önce toplanıp daha sonra para cezasına çevrilmesi bozmayı gerektirmiştir”: Y. 4. CD. T: 28.2.2005, E: 003/17145. Yayımlanmamış bu kararlar için bkz., Çınar, s. 51.

<sup>90</sup> Çınar, s. 51. Önceki uygulamada, cezaların içtiması halinde, “kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza” tespit edilirken, içtimaya tabi kılınan her bir suçtan dolayı tayin edilen hürriyeti bağlayıcı cezanın ayrı ayrı ele alınarak, bunların teker teker bir yılı geçmeleri halinde 647/4 maddenin ayrı ayrı uygulanması gerekeceği kabul edilmişti. Yargıtay da bu yönde kararlar vermişti. Örneğin, YCGK, T: 18.4.1966, E: 134, K: 91; Y. 5. CD. T: 10.6.1991, E: 91/2942, K: 91/3123. Bu konuda bkz., Dönmezer/Erman, C. II, s. 666.

verilmiştir. Buna göre, *kısa süreli hapis cezasının yerine hükmedilen adli para cezasının infazı* aşağıdaki esaslara göre gerçekleştirilir:

a. 5237 sayılı kanunun 50. maddesine göre hapis cezasına seçenek olarak mahkemece belirlenen adli para cezası, hükümde yer alan para miktarı devlet hazinesine ödenerek yerine getirilir,

b. Kesinleşen adli para cezasını içeren ilam, Cumhuriyet Başsavcılığı'na verilir. Cumhuriyet Savcısı hapis cezasından çevrilen adli para cezasının otuz gün içinde ödenmesi için hükümlüye bir ödeme emri tebliğ eder,

c. Hükümde, adli para cezası taksidde bağlanmamış ise, otuz günlük süre içinde adli para cezasının üçte birini ödeyen hükümlünün isteği üzerine geri kalan kısmının birer ay ara ile iki eşit taksitte ödenmesine imkan sağlanır. İlk taksitin süresinde ödenmemesi halinde, durum mahkemeye bildirilir. Cumhuriyet Savcısı'nun talebi üzerine mahkemece, kısa süreli hapis cezasının kısmen infazına karar verilir ve bu karar derhal infaz edilir,

d. Hükümde adli para cezası taksidde bağlanmış ise kararda belirtilen süreye göre infaz edilir. Otuz gün içinde ilk taksitin ödenmemiş olması halinde, durum mahkemeye bildirilir, kararda yer almamış olsa bile Cumhuriyet Savcısı'nun talebi üzerine hükmü veren mahkemece kısa süreli hapis cezasının tamamen infazına, sonraki bir taksitin ödenmemiş olması halinde ise kısmen infazına karar verilir ve bu karar derhal infaz edilir,

e. Bu fıkra hükümlerine göre hapis cezasından adli para cezasına çevrilip de ödenmeyen adli para cezasının mahkemece hapis cezasına dönüştürülmesi halinde bu cezanın infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanır,

f. Bu fıkra hükümlerine göre çocuklar hakkında hapis cezasından adli para cezasına çevrilen ancak ödenmeyen adli para cezaları yeniden hapse dönüştürülemez. Bu cezalara ilişkin ilam, tahsili için mahallin en büyük mal müdürlüğüne gönderilir. Bu makamlarca, 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre adli para cezası tahsil edilir. İlamın gönderme tarihi esas alınmak suretiyle Cumhuriyet Başsavcılığı'nca infaz defterindeki kayıt kapatılır ve mahkemesine bildirilir,

g. 5237 sayılı kanunun 50. maddesinin dördüncü fıkrasına göre tak-



sirli suçlardan dolayı hükümlenen hapis cezalarının adli para cezasına çevrilmesi halinde, bu cezanın infazı hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır.

## bb. Diğer Seçenek Yaptırımlara Çevirme

### aaa. Mağdurun veya Kamunun Uğradığı Zararın, Aynen İade, Suçtan Önceki Hale Getirme veya Tazmin Suretiyle, Tamamen Giderilmesi (m. 50/1-b).

Mağdurun maruz kaldığı zararın giderilmesi konusu günümüzde oldukça fazla uygulanan ve ceza adaletinin bu yöntemle daha iyi bir şekilde gerçekleşmesine yarayan bir seçenek yaptırım türüdür. Burada suçluya bir şey yapılmamakta, suçlunun bir şey yapması ön plana çıkmaktadır. Böylece toplumsal uyum sağlanacağı gibi, suçluda da toplumun bir parçası olduğu bilinci yerleşecektir. Suçlu zarar verdiği kişinin bir insan olduğu bilincine varıp, ona ne denli üzüntü ve acı verdiğini görecektir. Bu kapsamda, Amerika Birleşik Devletleri'nde çeşitli uygulamalar geliştirilmiş ve fail ile mağdurun görüşmelerinin “zararın giderimi” sisteminin başarısını artırmakta olduğu düşüncesinden hareketle, fail ile mağdurun kontrol altındaki bir ortamda yüz yüze görüşmeleri sağlanmaktadır.<sup>91</sup> Alman CKŞ 56b, mağdurun zararının giderilmesini cezası ertelenen hükümlünün tabi tutulacağı yükümlülükler arasında göstermektedir. İngiltere’de ise, mağdurun zararının giderilmesi koşullu salıverme kurumu ile birlikte uygulanmaktadır.<sup>92</sup>

Aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, suçtan zarar gören mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi sağlanabilir. Asıl olarak kanunun burada ifade etmek istediği konu mağdurun suçtan doğan mağduriyetinin giderilmesidir. Bu kapsamda mağduriyetin giderilmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bunun bir ceza mı, yoksa tedbir mi veya bunların dışında üçüncü bir yaptırım türü mü olduğu yönündeki tartışmalar sürmektedir.<sup>93</sup>

<sup>91</sup> Sokullu/Akıncı, s. 684.

<sup>92</sup> Erdem, s. 209.

<sup>93</sup> Mağduriyetin giderilmesinin bir yaptırım olmaktan çok, suç politikası ilkelerinin hayata geçirilmesi konusunda bir araç olduğu ve bu yönüyle, mağduriyetin giderilmesinin ceza hukukunda değişik amaçlarla uygulanabileceği ileri sürülmüştür. Bu konudaki açıklamalar için bkz., Özbek, s. 498.

Mağdurun veya kamunun uğradığı zarar aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle olmak üzere üç şekilde giderilecektir. Mülga 647 sayılı kanun m. 4/2'de sadece aynen iade ve tazmine yer verilmişken, YTCK bu yaptırımlara "*suçtan önceki hale getirmeyi*" de eklemiştir. Burada belirtilmesi gereken konu, zararın kısmen giderilmesinin yeterli olmadığıdır. Zararın tamamen giderilmesi gerekmektedir. Ayrıca, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin medeni hukuk esaslarına göre yapılacaktır.<sup>94</sup>

Bir başka konu ise, Mülga 647 sayılı kanundan farklı olarak hükmün sadece suçtan zarar gören mağdurun değil, kamunun uğradığı zararın giderilmesi de seçenek bir yaptırım olarak düzenlenmiştir.<sup>95</sup>

YTCK'nın bazı suçlarda düzenlediği etkin pişmanlık başlığı altında kabul ettiği zararın giderilmesine ilişkin hükümler ile m. 50/1-b hükmünün birlikte uygulanabilmesi, her iki hükmün hukuki niteliklerinin birbirinden farklı olması sebebiyle mümkün görülmemektedir. Çünkü YTCK'nın çeşitli maddelerinde düzenlenen etkin pişmanlık halleri cezayı etkileyen bir sebep iken, YTCK m. 50 anlamında aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin, ceza yerine geçen bir tedbirdir. Bu durumda, etkin pişmanlık hallerinde sadece cezanın azalması, ancak varlığını devam ettirmesi söz konusu iken, YTCK m. 50 uygulandığında artık ceza uygulanmayacaktır.<sup>96</sup>

Öte yandan, 06.04.2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "*Ceza İnfaz Kurumları'nın Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirleri'nin İnfazı Hakkında Tüzük*"ün "*Seçenekli yaptırımlarda uygulanacak rejim*" kenar başlıklı 51. maddesinin ikinci fıkrasında, *mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi yaptırımının infazına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi yaptırımının infazı aşağıdaki esaslara göre gerçekleştirilir:*

a. Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi, suç nedeniyle uğranılan zararın aynen iade edilmesi, suçtan önceki hale getirilmesi veya tazmin edilmesi suretiyle tamamen giderilmesi şeklinde yerine getirilir,

<sup>94</sup> Özbek, s. 498.

<sup>95</sup> Öztürk/Erdem, s. 277; Özbek, s. 499.

<sup>96</sup> Daha geniş açıklamalar için bkz., Özbek, s. 499.

**1. Zararın aynen iade edilmesi;** hükümlünün işlediği suç nedeniyle haksız olarak ele geçirdiği şeyi aynen ya da satın almak suretiyle suçtan zarar görene iade etmesidir.

**2. Suçtan önceki hale getirme;** suç nedeniyle verilen zararın, hükümlü tarafından ya da başkası aracılığıyla çalışmak, çalıştırılmak, tamir etmek veya buna benzer faaliyetlerle giderilmesidir.

**3. Zararın tazmin edilmesi;** suç nedeniyle verilen zararın bedelinin suçtan zarar görene ödenerek tazmin edilmesidir.

**b.** Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın miktarı, mahkemece kararda belirtilmemiş ise, 5275 sayılı kanununun 98. maddesine göre Cumhuriyet Savcısı'nın talebi ile uğranılan zararın tespiti mahkemeden istenir,

**c.** Mağdurun ya da kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesini içeren kesinleşmiş ilam, Cumhuriyet Başsavcılığı'na verilir. Cumhuriyet Savcısı, zararın otuz gün içinde tamamen giderilmesini hükümlüye tebliğ eder,

**d.** Hükümlü adresine yapılan bu tebligatta gösterilen zararı, otuz günlük süre içinde tamamen gidermezse Cumhuriyet Başsavcılığı'nca, durum hükmü veren mahkemeye bildirilir.

### **bbb. En Az İki Yıl Süreyle Bir Meslek veya Sanat Edinmeyi Sağlamak Amacıyla, Gerektiğinde Barınma İmkânı da Bulunan Bir Eğitim Kurumuna Devam Etme (m. 50/1-c).**

Kısa süreli hapis cezası yerine, hükümlünün barınma imkanı bulunan bir eğitim kurumuna bir meslek ya da sanat öğrenmesi amacıyla devam etmesine karar verilebilir.

Bu süre en az iki yıldır. Mahkemenin daha fazla bir süre belirlemesi de mümkündür. Eğitim kurumu, hükümlünün koşulları ya da eğitimin özelliği gereği barınma imkanı olan bir kurum olabilir. Yaptırım, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlama amacına yönelik olmalıdır.<sup>97</sup>

Bu konuda, Mülga 647 sayılı kanununun 4/1, b 3'te ise, "Altı ayı geçmemek üzere bir eğitim veya ıslah kurumuna devam etme" yaptırımını düzenlenmişti.

<sup>97</sup> Çınar, s. 52; Özbek, s. 500.

Öte yandan, 06.04.2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Ceza İnfaz Kurumları’nın Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirleri’nin İnfazı Hakkında Tüzük”ün “Seçenekli yaptırımlarda uygulanacak rejim” kenar başlıklı 51. maddesinin üçüncü fıkrasında, *bir eğitim kurumuna devam etme yaptırımının infazına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, bir eğitim kurumuna devam etme yaptırımının infazı aşağıdaki esaslara göre gerçekleştirilir:*

a. Bir eğitim kurumuna devam etme yaptırımının infazı, hükümlünün mahkeme kararıyla en az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla gerektiğinde barınma imkanı da bulunan eğitim kurumunda eğitime tabi tutulması suretiyle yerine getirilir,

b. Denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosu, ilgili kurumlarla işbirliği yaparak, bölgelerinde bulunan eğitim kurumlarını belirler ve mahkemelere verir,

c. Kesinleşen bir eğitim kurumuna devam etme yaptırımını içeren ilam Cumhuriyet Başsavcılığı’na verilir. Cumhuriyet Başsavcılığı’na ilam denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğüne ya da bürosuna gönderilir. Bu birimlerce yapılacak tebligatta on gün içinde hükümlünün kararın infazı için başvurması istenir. Başvuru halinde hükümlüye eğitim kurumuna devam etme yaptırımının infaz şekli bildirilir.

Hükümlünün, haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın on gün içinde gelmemesi ve otuz gün içinde seçenek yaptırımın infazına başlanmaması halinde durum Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile mahkemeye bildirilir.

Diğer taraftan, “Eğitim kurumuna devam etme yaptırımı”nın yerine getirilmesi ile ilgili olarak, 20.12.2005 tarihli ve 26029 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği”nin<sup>98</sup> 32. maddesinde ayrıntılı

<sup>98</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri’nin İnfazı Hakkında Kanun’da düzenlenmiş bulunan; adli kontrol, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar, kamuya yararlı bir işte çalıştırma, cezanın koşullara bağlı ve denetimli olarak ertelenmesi, büyüklere, çocuklara, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü güvenlik tedbirleri, koşullu salıverilme, koşullu salıverilenler ile mükerrerler ve özel tehlikeli hükümlüler hakkında denetimli serbestlik, cezanın konutta infazına ilişkin hükümlerle örtüşen ve bu kanunlarla getirilen yeni sistemin işleyebilmesi için çok önem

hükümlere yer verilmiştir.

Söz konusu hükme göre, “bir eğitim kurumuna devam etme yaptırımı”, 5237 sayılı kanununun 50. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi gereğince hükümlünün mahkeme kararıyla en az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesi suretiyle, yerine getirilir.<sup>99</sup>

Hükümlünün en az iki yıl süreyle bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine ilişkin mahkeme ilamı Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir. Cumhuriyet Başsavcılığı'nca; ilam ve infaz evrakı denetimli serbestlik genel defterine<sup>100</sup> kaydedildikten sonra dene-

---

taşıyan bu görevlerin yerine getirilebilmesi, suçtan zarar görenlere psiko-sosyal ve diğer yardımların yapılabilmesi, salıverilme sonrası iş sağlanmasına yardımcı olması konularında başarıya ulaşılabilmesi için gerekli merkezler ile kurulların oluşturulması amacıyla hazırlanan 03.07.2005 tarihli ve 5402 sayılı “Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu” Resmi Gazete'nin 20 Temmuz 2005 tarihli ve 25881 sayısında yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Buna paralel olarak, Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Danışma Kurulu'nun, Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı'nın, denetimli serbestlik ve yardım merkezleri ile koruma kurullarının teşkilat, görev ile çalışma usul ve esaslarını düzenlemek amacıyla hazırlanan “Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği” Resmi Gazete'nin 20.12.2005 tarihli ve 26029 sayısında yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Yönetmelik; Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Danışma Kurulu'nun, Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı'nın, denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlükleri ve büroları ile koruma kurullarının teşkilat, görev, çalışma ve denetimine ilişkin usul ve esasları ile yapılacak yardım ve infaz işlemleri hakkındaki kuralları, bu sürece katılan kişilerin görev, yetki, hak ve yükümlülüklerini kapsamaktadır.

<sup>99</sup> Bu maddede geçen “yıl” ifadesi Milli Eğitim Bakanlığı'nca uygulanan eğitim ve öğretim yılıdır (Denetimli Serbestlik Yön. m. 32/Son).

<sup>100</sup> 20.12.2005 tarihli ve 26029 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, “Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği”nin 80. maddesi gereğince Cumhuriyet Başsavcılıkları'nda “denetimli serbestlik genel defteri”, şube müdürlükleri ve bürolarda ise “denetimli serbestlik defteri” tutulması zorunludur. 1.6.2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, “Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik”in 9 ve 13. maddelerinde yapılan ve 20.12.2005 tarihli ve 26029 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren değişiklik; tedbir kararlarının düzenli ve aksamayacak bir şekilde yerine getirilmesi amacıyla denetimli serbestlik genel defterinin tutulması öngörülmüştür. Bu deftere; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin birinci fıkrasının (c), (d), (e) ve (f) bentleri ile 51. maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde, 53. maddesinin beşinci ve altıncı fıkrasında, 191. maddesinin ikinci fıkrasında, 221. maddesinin beşinci

timli serbestlik şube müdürlüğü veya bürosuna gönderilir. Şube müdürlüğü veya büro ilamı, denetimli serbestlik defterine<sup>101</sup> kaydettikten sonra hükümlüye on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurması hususunda bildirim yapar. Bu yaptırım hükümlünün eğitim kurumuna başladığı tarihte başlar. Hükümlünün, haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde gelmemesi ve otuz gün içinde seçenek yaptırımın infazına başlanmaması, halinde şube müdürlüğü veya büro ilgili defterdeki kaydı kapatarak durumu Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile mahkemeye bildirilir (Denetimli Serbestlik Yön. m.32/2-5).

Hükümlünün bu süre içinde başvurması halinde ise, kararın yerine getirilmesi için şube müdürlüğü veya büro bir denetim planı hazırlar. Bu planda; hükümlünün hangi kurum veya kuruluşta, hangi gün ve

---

fıkrasında, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri'nin İnfazı Hakkında Kanun'un 105. maddesinin dördüncü fıkrasında, 107. maddesinin yedinci ve sekizinci fıkrasında, 108. maddesinin dördüncü ve altıncı fıkrasında, 110. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 19. maddesi ile 23. maddesinde belirtilen ilamlar kaydedilecektir. Denetimli serbestlik genel defteri; sıra numarası, hakkında tedbir uygulanan kişinin; kimliği, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, kararı veren Cumhuriyet Başsavcılığı veya mahkemenin adı, kararın tarih ve numarası, suçu, kararın geldiği tarih, kararın konusu, takip eden uzmanın kimliği, kararın uygulanmasına başlanıldığı ve bitirildiği tarih sütunlarını içerir (Kalem Yönetmeliği m.13/5-6).

Hapis ve adli para cezasına ilişkin ilamlar Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bendinde belirtilen seçenek yaptırımlar, 53. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen güvenlik tedbiri, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60. maddelerinde belirtilen güvenlik tedbirleri ile sadece rehber görevlendirilmesine ilişkin kararlar denetimli serbestlik genel defterine kayıt edilmezler.

<sup>101</sup> "Denetimli serbestlik defteri", "Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği"nin 81. maddesi gereğince, tedbir kararlarının düzenli ve aksamayacak bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak amacıyla tutulması gereken defterdir. Denetimli serbestlik defterine; eğitim kurumuna devam etme yaptırımı veya yükümlülüğü, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma yaptırımı, ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması ve belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma seçenek yaptırımı, kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımı veya yükümlülüğü, cezanın konutta infazı yaptırımı, belli hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanması güvenlik tedbiri, meslek ve sanatın icrasının yasaklanması ya da sürücü belgesinin geri alınması güvenlik tedbiri, etkin pişmanlık halinde hükmedilen güvenlik tedbiri ile tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri kaydedilir. Bu defter; sıra numarası, denetimli serbestlik genel defter numarası, hakkında tedbir uygulanan kişinin kimliği, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, kararı veren mahkemenin adı, kararın tarih ve numarası, suçu, kararın geldiği tarih, kararın konusu, takip eden uzmanın kimliği, kararın uygulanmasına başlanıldığı ve bitirildiği tarih ile düşünceler sütunlarını içerir.

saatlerde ne tür bir eğitim alacağı ve hükümlünün hangi aralıklarla şube müdürlüğü veya büroyu ziyaret edeceği, denetimli serbestlik görevlilerinin hangi aralıklarla hükümlünün okul, aile ve sosyal çevresi ile görüşeceği gibi bilgiler yer alır. Bu çerçevede denetimli serbestlik görevlileri öncelikle hükümlünün ailesi, öğretmenleri ile gerektiğinde hükümlünün eğitim gördüğü yerdeki kurum amiri veya varsa rehber öğretmenle düzenli görüşmeler yapar. Şube müdürlüğü veya büroca hazırlanan denetim planı, hükümlüye, çocuk hükümlünün yasal temsilcisine ve ilgili eğitim kurumuna bildirilir. Hükümlünün denetim planına uyup uymadığı şube müdürlüğü veya büroca her zaman denetlenir. Denetim planına uyulmadığının ilgili eğitim kurumu tarafından bildirilmesi ya da şube müdürlüğü veya büro tarafından tespit edilmesi halinde durum bir tutanakla mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilerek ilgili eğitim kurumundan evrak istenir ve kayıt kapatılır (Denetimli Serbestlik Yön. m. 32/6-9).

Hükümlünün devam ettiği eğitim kurumunun disiplin kurallarını ihlal etmesi halinde, bu durumun söz konusu yaptırımın ihlali olup olmadığı, şube müdürlüğü veya büroca değerlendirilerek bu konuda gerekçeli bir karar verilir. Fiilin yaptırımın ihlali olarak değerlendirilmesi halinde, evrak gereği için mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir. Fiilin yaptırımın ihlali olarak değerlendirilmemesi halinde aynı usulde işlem yapılarak mahkemeye bilgi verilir (Denetimli Serbestlik Yön. m.32/10).

Yaptırım sona erdiğinde durum ilgili eğitim kurumuna iletilerek evrakın iadesi istenir, kayıt kapatılır ve evrak mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir.

Şube müdürlüğü veya bürolar, bölgelerinde bulunan örgün ve yaygın eğitim kurumlarıyla görüşmeler yaparak hükümlüleri bu eğitim kurumlarından hangilerinde ve ne surette eğitime alacaklarına dair bilgi alırlar ve bu kurumlara ait listeleri her yılın Eylül ayına kadar oluşturarak mahkemelere verirler. Bu yaptırım ve yükümlülüklerin uygulanmasında gizlilik ilkesine öncelikle uyulur (Denetimli Serbestlik Yön. m. 32/11-13).

### ccc. Mahkum Olunan Cezanın Yarısından Bir Katına Kadar Süreyle, Belirli Yerlere Gitmekten veya Belirli Etkinlikleri Yapmaktan Yasaklanma (m. 50/1-d).

Kısa süreli hapis cezası yerine hükümlünün belli bir yere gitmesi veya bazı etkinlikleri yapması yasaklanabilir. Bunun süresi ise, mahkemece hükmedilen hapis cezasının yarısından bir katına kadardır. Başka bir anlatımla bu süre, hapis cezasının süresinin yarısından az olamayacaktır. Ayrıca, hükmedilen hapis cezasının süresinin bir katını da geçemeyecektir.<sup>102</sup>

Mülga 647 sayılı kanununun 4/1-4'te ise bu konuda "Bir yılı geçmemek kaydıyla muayyen bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri veya meslek ve sanatı icradan men" tedbirine yer verilmişti.

Öte yandan, 06.04.2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Ceza İnfaz Kurumları'nın Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirleri'nin İnfazı Hakkında Tüzük" ün "Seçenekli yaptırımlarda uygulanacak rejim" kenar başlıklı 51. maddesinin dördüncü fıkrasında, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma yaptırımının infazına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma yaptırımının infazı aşağıdaki esaslara göre gerçekleştirilir:

a. Belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma yaptırımının infazı, hükümlünün mahkeme kararıyla mahkum olduğu hapis cezasının yarısından, bir katına kadar süreyle belirli yerlere gitmekten ya da belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanması şeklinde yerine getirilir,

b. Kesinleşen mahkeme kararında gösterilen belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinliklere katılmaktan yasaklanma yaptırımı içeren ilam Cumhuriyet Başsavcılığı'na verilir. Cumhuriyet Başsavcılığı'nca ilam denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosuna gönderilir. Bu birim tarafından, yapılacak tebligatta on gün içinde hükümlünün kararın infazı için başvurması istenir. Başvurması halinde hükümlüye belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinliklere katılmaktan yasaklanma yaptırımının infaz şekli bildirilir. Hükümlünün haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın on

<sup>102</sup> Çınar, s. 52; Özbek, s. 500-501.



gün içinde gelmemesi ve otuz gün içinde seçenek yaptırımın infazına başlanmaması halinde durum Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile mahkemeye bildirilir.

Diğer taraftan, “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma yaptırımı”nın yerine getirilmesi ile ilgili olarak, 20.12.2005 tarihli ve 26029 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği”nin 33. maddesinde ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir.

Söz konusu maddeye göre, “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma yaptırımı”, 5237 sayılı kanununun 50. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi gereğince, mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle hükümlünün belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanması suretiyle yerine getirilir<sup>103</sup> (Denetimli Serbestlik Yön. m.33/1). Belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma yaptırımına ilişkin ilam, mahkemece Cumhuriyet Başsavcılığı’na gönderilir. Cumhuriyet Başsavcılığın’ca ilam denetimli serbestlik genel defterine kaydedildikten sonra şube müdürlüğü veya büroya gönderilir. Şube müdürlüğü veya büro ilamı, denetimli serbestlik defterine kaydettikten sonra hükümlüye on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurması hususunda bildirim yapar. Hükümlünün, haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde gelmemesi ve en geç otuz gün içinde seçenek yaptırımın infazına başlanmaması halinde defterdeki kayıt kapatılarak durum Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile mahkemeye bildirilir. Bu yaptırım, hükümlü veya çocuk hükümlünün yasal temsilcisine bildirildiği tarihte başlar. Hükümlüye yapılacak bildirimde geçerli, haklı ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmadığı halde gelmemesinin, yükümlülüğü ihlal sayılacağı ile gelmemenin kanuni sonuçları mutlaka hatırlatılır. Hükümlünün bu süre içinde başvurması halinde ise, şube müdürlüğü veya büro kararın yerine getirilmesi için hükümlü ile görüştüktan sonra bir denetim planı hazırlar. Bu planda; hükümlünün gitmemesi gereken yerler veya yapmaması gereken etkinlikler belirtilir. Ayrıca hükümlünün hangi aralıklarla şube müdürlüğü veya büroyu

<sup>103</sup> Maddede geçen “belirli yerler ve etkinlikler”; hükümlünün suç işlemede, suç yönelmesinde ya da kötü alışkanlıklar kazanmasında veya bağımlılık yapan maddeler kullanmasında; çevresel, psikolojik, sosyal veya ekonomik etkisi bulunan ya da onun yeniden suç işlemesine yol açan etkenleri güçlendirecek yerler veya etkinliklerdir (Denetimli Serbestlik Yön. m. 33/2).

ziyaret edeceği, denetimli serbestlik görevlilerinin hangi aralıklarla hükümlünün aile ve sosyal çevresi ile görüşeceği gibi bilgiler yer alır. Şube müdürlüğü veya büroca hazırlanan denetim planı, hükümlüye, çocuk hükümlünün yasal temsilcisine, ilgili kurum ve kuruluşlar ile kolluğa bildirilir. Hükümlünün denetim planına uyup uymadığı şube müdürlüğü veya büroca her zaman denetlenir. Ancak ulaşım güçlüğü veya güvenlik gibi nedenlerin bulunması halinde denetim planı ilgili kurum ve kuruluşlar ile kolluk tarafından takip edilir. Denetim planına uyulmadığının kolluk, ilgili kurum veya kuruluş tarafından bildirilmesi ya da şube müdürlüğü veya büro tarafından tespit edilmesi halinde durum mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilerek kolluk ile ilgili kurum ve kuruluştan evrak istenir ve kayıt kapatılır. Yaptırım sona erdiğinde durum kolluk ile ilgili kurum ve kuruluşa iletilerek evrakın iadesi istenir, kayıt kapatılır ve evrak mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir (Denetimli Serbestlik Yön. m. 33/2-Son).

**ddd. Sağladığı Hak ve Yetkiler Kötüye Kullanılmak Suretiyle veya Gerektirdiği Dikkat Ve Özen Yükümlülüğüne Aykırı Davranılarak Suç İşlenmiş Olması Durumunda; Mahkum Olunan Cezanın Yarısından Bir Katına Kadar Süreyle, İlgili Ehliyet ve Ruhsat Belgelerinin Geri Alınmasına, Belli Bir Meslek ve Sanatı Yapmaktan Yasaklanma (m. 50/1-e).**

Bu yaptırımın uygulanabilmesi bakımından çevirme için aranan koşullar dışında, üçüncü bir koşul getirilmiş bulunmaktadır.<sup>104</sup> İlgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya ilişkin yaptırımların uygulanabilmesi için, bunların sağladığı hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle veya belli bir meslek ve sanatın gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması gerekmektedir. Böylece, ancak suçun, ehliyet ve ruhsatla ya da meslek ve sanatın yerine getirilmesiyle bağlantılı olması gerekir. Suçla bağlantılı olmak koşuluyla, her türlü ehliyet ve ruhsat belgesi geri alınabilir. Yine, suçun yapılan meslek ve sanatla ilgili olması koşuluyla her türlü meslek ve sanatın yasaklan-

<sup>104</sup> Özbek, s. 501.

ması söz konusu olabilir. Ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması ile belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma süreleri, hükümlü hakkında hükmedilen hapis cezasının yarısından az, bir katından fazla da olamaz.<sup>105</sup>

Kısmen de olsa, benzer bir düzenlemeye Mülga 647 sayılı kanunun m. 4/1, b 4 ve 5'te yer verilmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasının (4) numaralı bendinde "*bazı faaliyetleri veya meslek ve sanatı icradan men*", (5) numaralı bendinde ise, "*her nev'î ehliyet ve ruhsatnamenin bir aydan bir yıla kadar muvakkaten geri alınması*" tedbirleri yer almıştır.

Bu konuda, 06.04.2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "*Ceza İnfaz Kurumları'nın Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirleri'nin İnfazı Hakkında Tüzük*"ün "*Seçenekli yaptırımlarda uygulanacak rejim*" kenar başlıklı 51. maddesinin beşinci fıkrasında, *ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımının infazına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımının infazı aşağıdaki esaslara göre gerçekleştirilir:*

**a.** Ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması ile belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımının infazı, mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, hükümlünün ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanması şeklinde yerine getirilir,

**b.** Kesinleşen ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımını içeren ilam, Cumhuriyet Başsavcılığı'na verilir. Cumhuriyet Başsavcılığı'ca, ilam denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosuna gönderilir. Bu birim tarafından yapılacak tebligatta on gün içinde hükümlünün kararın infazı için başvurması istenir. Başvurması halinde hükümlüye belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımının infaz şekli bildirilir. Hükümlünün haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın on gün içinde gelmemesi ve otuz gün içinde seçenek yaptırımın infazına başlanmaması halinde durum Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile mahkemeye bildirilir.

<sup>105</sup> Çınar, s. 52-53; Özbek, s. 501.

Diğer taraftan, “ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması ve belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma seçenek yaptırımını”nın yerine getirilmesi ile ilgili olarak, 20.12.2005 tarihli ve 26029 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği”nin 34. maddesinde ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir.

Söz konusu maddeye göre, “ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması ve belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımını”, 5237 sayılı kanunun 50. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi gereğince sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanması suretiyle yerine getirilir.<sup>106</sup> Mahkemece ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması ve belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımına ilişkin ilam Cumhuriyet Başsavcılığı’na gönderilir. Cumhuriyet Başsavcılığı’nca ilam denetimli serbestlik genel defterine kaydedildikten sonra şube müdürlüğü veya büroya gönderilir. Şube müdürlüğü veya büro ilamı denetimli serbestlik defterine kaydettikten sonra hükümlüye on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurması hususunda bildirim yapar. Ayrıca ilamın bir örneğini Türkiye İş Kurumu ile ilgili kurum ve kuruluşlara gönderir. Bu yaptırım, hükümlüye bildirildiği tarihte başlar.

Makbuz karşılığında teslim alınan ehliyet ve ruhsat belgeleri ilgilinin dosyasında saklanır.

Hükümlünün, haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın on gün içinde gelmemesi ve otuz gün içinde seçenek yaptırımın infazına başlanmaması halinde şube müdürlüğü veya büro ilgili defterdeki kaydı kapatarak durumu Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile mahkemeye bildirir (Denetimli Serbestlik Yön. m. 34/3-7).

Hükümlünün bu süre içinde başvurması halinde ise, şube müdürlüğü veya büro ilamın yerine getirilmesi için bir denetim planı hazır-

<sup>106</sup> Bu maddenin uygulanmasında hükümlü tarafından kullanılmakta olan ehliyet ve ruhsat veya yürütülmekte olan meslek ve sanat, sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmesine neden olan ehliyet ve ruhsat ile meslek ve sanattır (Denetimli Serbestlik Yön. m. 34/2).

lar. Bu planda; meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımının başlangıç ve bitiş tarihleri, gerektiğinde hükümlünün hangi aralıklarla şube müdürlüğü veya büroyu ziyaret edeceği, denetimli serbestlik görevlilerinin hangi aralıklarla hükümlünün aile ve sosyal çevresi ile görüşeceği gibi bilgiler yer alır. Şube müdürlüğü veya büroca hazırlanan denetim planı, hükümlüye, ilgili meslek kuruluşuna, mahalli idareye ve kolluğa bildirilir. Hükümlünün denetim planına uyup uymadığı şube müdürlüğü veya büroca her zaman denetlenir. Ancak ulaşım güçlüğü veya güvenlik gibi nedenlerin bulunması halinde denetim planı ilgili meslek kuruluşu ile kolluk tarafından takip edilir. Denetim planına uyulmadığının kolluk, mahalli idare veya ilgili meslek kuruluşu tarafından bildirilmesi ya da şube müdürlüğü veya büro tarafından tespit edilmesi halinde durum mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilerek kolluk, mahalli idare ile ilgili meslek kuruluşundan evrak istenir ve kayıt kapatılır. Yaptırım veya yükümlülük sona erdiğinde durum kolluk, mahalli idare ile ilgili meslek kuruluşuna iletilerek evrakın iadesi istenir, kayıt kapatılır ve evrak mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir (Denetimli Serbestlik Yön. m. 34/8-Son).

### **eee. Mahkum Olunan Cezanın Yarısından Bir Katına Kadar Süreyle ve Gönüllü Olmak Koşulu ile Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma (m. 50/1-f).**

Esasen tüm suçların kamu düzenini bozan eylemler olduğu düşünülürse, her suçta değişmeyen bir mağdur bulunmaktadır ki, o da toplumdur. Başka bir anlatımla, birçok suçun, o suçun mağdurları dışında topluma da zarar verdiği bilinmektedir. Toplumun uğradığı zararın en iyi giderim yöntemi de hükümlünün cezasının toplum hizmetinde çalıştırılması suretiyle infaz edilmesidir. Birçok ülkede bunun çeşitli uygulamalarının yapıldığı bilinmektedir.<sup>107</sup>

İngiltere toplum hizmetini bir yaptırım türü olarak 1972'den beri on yedi yaşından büyük kişilere uygulamaktadır. Bu konudaki yasanın yürürlüğe girişiyle birlikte, mahkumları 40 ila 240 saat çalışmaya

<sup>107</sup> Sokullu/Akıncı, s. 684; Çalışma cezasının diğer cezalara oranla çok önemli üstünlükleri olmakla beraber, özellikle piyasa ekonomisi koşullarında işsizliğin gittikçe yaygınlaştığı bir ortamda, bu cezanın uygulanmasında bazı güçlüklerin yaşanacağı da ifade edilmiştir. Bu konuda bkz., Erdem, s. 211.

mahkum etmek mümkün hale gelmiştir. İçişleri Bakanlığı'nın yaptığı bir araştırma, uyuşturucu ve uyarıcı madde tutkunu, alkolik ve şiddet içeren suçlar işlemiş suçluların bile, toplum hizmetlerini başarıyla tamamlamış olduklarını ortaya koymuştur.<sup>108</sup> Hükümlü kendisine uygun işi, denetim memurunun göstereceği listeden veya bizzat belirleyebilme olanağına sahiptir. Daha çok gündeme gelen işler; yaşlılar yurdu, hastane ve çocuk yurdu gibi yerlerde hizmet görme; park bahçe ve mezarlıklarda temizlik işlerini görme; yaşlı hasta ve bakıma muhtaç kişilere bakma; sosyal kuruluşların inşaat ve tamir işleri gibi işlerdir. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde, ya belli bir miktara kadar para cezasına hükmolünmakta veya önceki hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı yoluna gidilmektedir.<sup>109</sup>

Fransa'da, 1983 tarihli bir kanunla cezanın ertelenmesi ile bağlantılı biçimde bir yükümlülük olarak hükümlüyü kamu yararına çalıştırma yoluna gidilmektedir.<sup>110</sup> Burada, hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkum olan kişi, hakimün uygun görmesi durumunda 40 ila 140 saat arasında kamu yararına çalıştırılabilir. Ancak, çalışmak istemeyen veya duruşmaya gelmeyen hükümlüye bu ceza uygulanmaz.<sup>111</sup>

İtalya'da, İnfaz Yasası'nın 47. maddesi toplumsal hizmet konusunu ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir. Düzenlemedeki temel amaç suçlunun yeniden eğitimi ve başka suçları işlemesi tehlikesini önlemektir. Bunun başarıya ulaşacağı kanısının doğması halinde, bu yaptırım uygulanacaktır. Hürriyeti bağlayıcı cezanın süresi üç yılı geçmiyorsa, hükümlü çekeceği cezaya eşit bir dönem için kurum dışında toplum hizmetine mahkum edilir. Bunun için hükümlünün kurumda en az bir ay süreyle; sosyal davranışları ve kişiliği gözlemlenir. Bu uygulamaya talep üzerine karar verilir. Bu konuda verilen karar üzerine, hükümlü salıverilirken düzenlenen tutanağa hükümlünün uyması gereken koşullar ve yapacağı hizmetin ayrıntıları, örneğin hareket özgürlüğünün sınırları ve belirli yerlere gitme yasağı belirtilir. Ayrıca birden fazla yerde kalıp kalamayacağı veya kalacağı belli bir yer gösterilir. Özellikle başka suçları işlemesine yol açabilecek kişisel ilişkileri veya faaliyetlerinin önlenmesine ilişkin bazı yasaklara da tutanakta yer verilir. Sosyal Hiz-

<sup>108</sup> Sokullu/Akıncı, s. 684.

<sup>109</sup> Erdem, s. 211.

<sup>110</sup> Erdem, s. 211.

<sup>111</sup> Sokullu/Akıncı, s. 684, dn. 32.

met Kurumu, hükümlünün davranışlarını denetleyerek ailesi ve diğer çevresi ile temaslar kurarak, sosyal yaşama uyum sağlama konusundaki güçlüklerin aşılmasına yardımcı olur. Bu kurum, düzenli aralıklarla hükümlünün davranışları hakkında gözetim yargıcına bilgi verir. İnfaz sırasında gözetim yargıcı hükümlünün sergilediği duruma göre, gerek görürse bu hükümlerde değişiklik yapabilir. Hükümlünün davranışları yasaya ve tutanakta belirlenen koşullara aykırılık oluşturursa ve toplum hizmetinin uygulanması ile bağdaşmaz olduğu ortaya çıktığında, bu uygulama sonlandırılır. Toplum hizmeti dönemi başarılı bir şekilde sona erince ceza tüm sonuçları ile ortadan kalkar.<sup>112</sup> 1981 tarihli bir kanunla da, denetimli serbestlik kurumuna yer verilmiş ve ödenmeyen para cezasının hükümlünün kabul etmesi durumunda çalışmak suretiyle ödenmesine olanak sağlanmıştır. Bu takdirde, çalışma hafta içerisinde sadece bir iş günü için toplum yararına herhangi bir ücret ödenmeksizin gerçekleşmektedir.<sup>113</sup>

Almanya'da kamuya yararlı bir işte çalıştırma, genellikle cezanın ertelenmesiyle bağlantılı olarak gündeme gelmektedir. Burada gerek savcı tarafından kamu davasının açılmasının ertelenmesi, gerek deneme amacıyla cezanın ertelenmesi durumunda bir hastane veya yaşlılar yurdu, çocuk yurdu veya kamuya yararlı herhangi bir başka kurumda hükümlünün çalışması bir yükümlülük olarak getirilmiştir. Bunun dışında Genç Ceza Hukuku'nda bir iyileştirme tedbiri olarak, cezanın ertelenmesiyle bağlantılı biçimde çalışma yükümlülüğü gündeme gelebilmektedir.<sup>114</sup>

Amerika Birleşik Devletleri'nde, zararın giderilmesinde olduğu gibi, toplum hizmetinde de, suçun doğurduğu sonuçların failin aktif katılımını gerektirmekte olduğu kabul edilmektedir. Bu amaca hizmet eden toplum hizmeti kurumu, zararın giderilmesi cezasının koşulları bulunup da, zararı giderilecek bir mağdurun bulunmadığı zaman, hatta böyle bir mağdur olsa bile, gerektiğinde faile uygulanabilecek bir ceza yaptırımıdır. Amerikan federe devletlerinin bir çoğunda toplum hizmeti yasalarla yürürlüğe konulmuştur. 60'lı yıllarda California'da bu günkü anlamda toplum hizmeti bir yaptırım olarak uygulanmaya başlanmıştır. Özellikle trafik suçu işleyen kadın sürücülerin, ailelerine

<sup>112</sup> Sokullu/Akıncı, s. 685.

<sup>113</sup> Erdem, s. 210.

<sup>114</sup> Erdem, s. 211.

zarar vereceği düşüncesiyle hapis cezası yerine toplum hizmetinde çalıştırıldıkları görülmüştür. Amerikan Yüksek Mahkeme'si de, para cezasına mahkum edilmiş olup da, bunu isteği dışında ödeyememiş olan hükümlülerin cezalarının mahkemelerce hapis cezasına çevrilmesini yasaklayarak ve ödenmeyen para cezalarının toplum hizmeti olarak infaz edilmesi gerektiğini belirterek bu uygulamayı desteklemiştir. Yine, Yüksek Mahkeme'ce, 1983 yılında verilen bir başka kararla da, zararın giderilmesine mahkum edilen suçluların, bu ödemeyi yapmamaları durumunda cezalarının toplum hizmeti uygulamasına dönüşmesine karar verilmiştir.<sup>115</sup>

Amerikan sistemine göre, hükümlülerin ücretsiz olarak çalıştırılmaları Anayasa'ya aykırı değildir. Buna bağlı olarak, pek çok federe devlette toplum hizmetini düzenleyen yasalar çıkarılmış ve özellikle 1980'den sonra çıkarılan içkili araç kullanmayı yasaklayan kanunlarda, toplum hizmeti yaptırımına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Öte yandan toplum hizmeti uygulamasının Amerika'da devlet bütçesinden önemli bir yükü kaldırdığı görülmüştür. Buradaki uygulamalarda ilk dikkate alınan husus, suçun ağırlığıdır. Mahkeme belirli bir miktar saat çalışmaya hükmedebileceği gibi, belirli bir işin tamamlanmasına da karar verebilir. Bu suçlunun zarar verdiği malın onarımı veya temizlenmesi şeklinde de gerçekleştirilebilir. Hükümlü bir plana bağlı olarak günün veya haftanın belli saatlerini bu işin bitirilmesine ayırmak zorundadır. Bazen iş bulana kadar toplum hizmetinde çalışmasına karar verilir. Ancak her durumda programın makul olması ve hükümlünün iş saatleri ve ailesine ayıracağı zamanın da dikkate alınması gereklidir.<sup>116</sup>

Mülga 647 sayılı kanunda yer almayan bu yaptırım, bizim hukuk sistemimizde ilk defa YTCK'da düzenlenmiştir. Mahkemece takdir edilmesi ve hükümlünün de rızasının bulunması durumunda, kısa süreli hapis cezası kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımına çevrilebilir. Burada önemli olan husus, bu yaptırma çevrilme bakımından gönüllülük esasının getirilmiş bulunmasıdır.<sup>117</sup> Hükümlünün isteği, cezanın bu

<sup>115</sup> Sokullu/Akıncı, s. 686.

<sup>116</sup> Sokullu/Akıncı, s. 686.

<sup>117</sup> Kamuya yararlı bir işte çalıştırma tedbirinin, Anayasa'nın 18/2 maddesi gereğince gönüllülük esasına bağlanması gerekli değilse de, kanun koyucu bu konuda gönüllülük esasının bulunmasını tercih etmiştir. Bu konudaki açıklamalar için bkz., Özbek, s. 501.



önleme çevrilmesi bakımından mutlaka arandığından, istek olmadığı hallerde hükümlünün çalıştırılması da mümkün değildir.<sup>118</sup> Kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın süresi, hükmedilen hapis cezasının süresinin yarısından az, bir katından fazla olamaz.

5275 sayılı CGTİK'nın 105. maddesinde kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın infaz şekli düzenlenmiştir. Buna göre;

1. Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde yer alan kısa süreli hapis cezasının yaptırım seçeneklerinden kamuya yararlı bir işte çalıştırma; hükümlünün, ücretsiz olarak bir kamu kurumunun veya kamu yararına hizmet veren bir özel kuruluşun belirli hizmetlerinde çalıştırılmasıdır.

2. Denetimli serbestlik ve yardım merkezleri, bölgelerinde bulunan bu tür kurumlardan hükümlüleri ne suretle çalıştırabileceklerine dair bilgi alırlar ve hizmetler listesini oluştururlar. Bu listeler mahkemelere verilir. Mahkeme, bu listelerden uygun gördüğü hizmeti ve süresini hükümlüye önerir ve bunu reddetme hakkına sahip olduğunu hatırlatır.

3. Diğer bir hapis cezasına hükmedildiğinde kamu yararına çalıştırma kararı verilemez.

4. İki yıl veya daha az süre ile hapis cezasına mahkum olanlardan, hükümlülük süresinin yarısını iyi hale geçirenlerin, istekleri bulunmak koşuluyla kendilerinin veya yasal temsilcilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın istemi üzerine, mahkumiyet sürelerinin geriye kalan yarısını kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına mahkemece karar verilebilir.

5. Mahkeme kararında belirtilen çalışma esasları ile rejimlere uymama halinde, geriye kalan ceza aynen çektirilir."

Bu konuda, 06.04.2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Ceza İnfaz Kurumları'nın Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirleri'nin İnfazı Hakkında Tüzük"ün "Seçenekli yaptırımlarda uygulanacak rejim" kenar başlıklı 51. maddesinin altıncı fıkrasında, kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infazına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, "kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infazı" aşağıdaki esaslara göre gerçekleştirilir:

<sup>118</sup> Çınar, s. 53; Özbek, s. 501.

a. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma; hükümlünün, bir kamu kurumu veya kuruluşunda belirli hizmetlerde, mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla ücretsiz olarak çalıştırılmasıdır,

b. Denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosu, bölgesinde bulunan kamu kurum ve kuruluşlarında hükümlülerin ne suretle çalıştırabileceklerine ilişkin olarak bilgi alırlar ve hizmetler listesini oluştururlar. Bu listeler mahkemeye verilir. Mahkeme bu listelerden uygun gördüğü hizmeti ve süresini hükümlüye önerir ve bunu reddetme hakkına sahip olduğunu hatırlatır,

c. Diğer bir hapis cezasına hükmedildiğinde kamu yararına çalıştırma kararı verilemez,

d. İki yıl veya daha az süre ile hapis cezasına mahkum olanlardan, hükümlülük süresinin yarısını iyi halle geçirenlerin, istekleri bulunmak koşuluyla kendilerinin veya yasal temsilcilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın istemi üzerine, mahkumiyet sürelerinin geriye kalan yarısını kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına mahkemece karar verilebilir,

e. Çalışma süresinin hesabında hükümlünün çalıştığı kurumun bu konudaki mevzuatı esas alınır,

f. Kesinleşen kamuya yararlı bir işte çalışma yaptırımını içeren ilâm Cumhuriyet Başsavcılığı'na verilir. Cumhuriyet Başsavcılığı'nca ilâm, denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosuna gönderilir. Bu birim tarafından, yapılacak tebligatta on gün içinde hükümlünün kararın infazı için başvurması istenir. Hükümlünün haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın on gün içinde gelmemesi ve otuz gün içinde seçenek yaptırımın infazına başlanmaması halinde durum Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile mahkemeye bildirilir.

Diğer taraftan, "kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımı"nın yerine getirilmesi ile ilgili olarak, 20.12.2005 tarihli ve 26029 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği"nin 35. maddesinde ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir.

Söz konusu maddeye göre, "kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımı" hükümlünün, 5237 sayılı kanununun 50. maddesinin birinci fıkrasının

(f) bendi gereğince mahkum olduğu cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla ücretsiz olarak kamuya yararlı bir işte çalıştırılması suretiyle yerine getirilir.

Mahkemece kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımına ait ilam Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir. Cumhuriyet Başsavcılığı'na ilam denetimli serbestlik genel defterine kaydedildikten sonra şube müdürlüğü veya büroya gönderilir. Şube müdürlüğü veya büro ilam veya kararı, denetimli serbestlik defterine kaydettikten sonra hükümlüye on gün içinde şube müdürlüğüne veya büroya başvurması hususunda bildirim yapar. Bu yaptırım veya yükümlülük, hükümlünün çalışmaya başladığı tarihte başlar (Denetimli Serbestlik Yön. m. 35/2-4).

Hükümlünün, haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde gelmemesi ve otuz gün içinde seçenek yaptırımın infazına başlanmaması, halinde, şube müdürlüğü veya büro ilgili defterdeki kaydı kapatarak durumu Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile mahkemeye bildirir. Hükümlünün bu süre içinde başvurması halinde ise, şube müdürlüğü veya büro kararın yerine getirilmesi için bir denetim planı hazırlar. Bu planda; hükümlünün hangi kurum veya kuruluşta, hangi gün ve saatlerde çalışacağı ve hükümlünün hangi aralıklarla şube müdürlüğü veya büroyu ziyaret edeceği, denetimli serbestlik görevlilerinin hangi aralıklarla hükümlünün iş, aile ve sosyal çevresi ile görüşeceği gibi bilgiler yer alır. Şube müdürlüğü veya büroca hazırlanan denetim planı; hükümlüye, ilgili kamu veya özel kurum ve kuruluş ile kolluğa bildirilir. Hükümlünün denetim planına uyup uymadığı şube müdürlüğü veya büroca her zaman denetlenir. Ancak ulaşım güçlüğü veya güvenlik gibi nedenlerin bulunması halinde denetim planı ilgili kamu veya özel kurum ve kuruluşlar ile kolluk tarafından takip edilir (Denetimli Serbestlik Yön. m. 35/5-8)).

Denetim planına uyulmadığının kolluk, ilgili kamu ya da özel kurum veya kuruluş tarafından bildirilmesi ya da şube müdürlüğü veya büro tarafından tutanakla tespit edilmesi halinde durum mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilerek kolluk ile kamu ya da özel kurum veya kuruluştan evrak istenir ve kayıt kapatılır. Ayrıca, yaptırım sona erdiğinde durum kolluk ile ilgili kamu ya da özel kurum veya kuruluşla iletilerek evrakın iadesi istenir, kayıt kapatılır ve evrak mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir (Denetimli Serbestlik Yön. m. 35/9,11).

Hükümlünün devam ettiği iş yerinin disiplin kurallarını ihlal etmesi halinde bunun yaptırım veya yükümlülüğün ihlali olup olmadığı şube müdürlüğü veya büroca değerlendirilerek bu konuda gerekçeli bir karar verilir.

Fiilin, yaptırım veya yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirilmesi halinde evrak gereği için mahkemeye veya yetki alanında şube müdürlüğü veya büro bulunmayan Cumhuriyet Başsavcılığı'na iletilmek üzere derhal bağlı bulunulan Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir. Fiilin yaptırım veya yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirilmemesi halinde aynı usulde işlem yapılarak mahkemeye bilgi verilir (Denetimli Serbestlik Yön. m. 35/12).

Çalışma süresinin hesabında hükümlünün çalıştığı kurumun bu konuda tabi olduğu mevzuat esas alınır. On beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak hakkında böyle bir karar verilmişse, on dört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişimlerine; eğitimini sürdürenler ise okullarına devamına engel olmayan, hafif işlerde çalıştırılabilir. Bu konuda 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 71, 85 ve 87. maddesi hükümleri uygulanır (Denetimli Serbestlik Yön. m. 35/13-14).

### c. Kısa Süreli Hapis Cezalarının Özel İnfaz Usulleri

Kısa süreli hapis cezalarının özel infaz usullerine CGTİHK'in 110. maddesinde yer verilmiştir.<sup>119</sup>

<sup>119</sup> Mülga 647 sayılı CİK'in 8. maddesinde, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların yerine getirilmesi konusunda üç özel şekil kabul edilmiştir. Buna göre;

“Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların hükümlünün veya varsa kanuni vekili veya Cumhuriyet Savcısı'nın talebi üzerine;

1. Hükümlü 65 yaşını ikmal etmiş veya sıhhi durumu cezaevinde bulunmasına mani olacak derecede bozuk olduğu tabip raporu ile belgelendirilmiş ve hükümlülük süresi 60 günü geçmemişse oturduğu yerde,

2. Hükümlülük süresinin 60 günü geçmemesi halinde her hafta Cuma günleri en geç 19.00'da girmek ve pazar günleri aynı saatte çıkmak suretiyle bir cezaevinde,

3. Hükümlülük süresinin 4 ayı geçmemesi halinde serbestçe çalışabilmesini temin için her gün saat 19.00'da girmek ve sabahları 07.00 'de çıkmak suretiyle bir cezaevinde çektirilmesine mahkemece karar verilebilir.

Yukarıdaki fıkralardan birinin tatbikatına ait karara hükümlü tarafından kasten veya ihmali neticesi riayet olunmadığı takdirde bir aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Geri kalan cezası da ayrıca çektirilir.”

Altı ay veya daha az süreli hapis cezaları özel infaz usulüne göre çektirilebilir. Özel infaz usullerinin uygulanması ihtiyaridir.

Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde “hafta sonu infaz”, (b) bendinde ise “geceleri infaz” usulüne yer verilmiştir.

Buna göre, hükmü veren mahkeme veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkeme, altı ay veya daha az süreli hapis cezasının;

a. Her hafta cuma günleri saat 19.00’da girmek ve pazar günleri aynı saatte çıkmak suretiyle hafta sonları,

b. Her gün saat 19.00’da girmek ve ertesi gün saat 07.00’de çıkmak suretiyle geceleri, ceza infaz kurumlarında çektirilmesine karar verebilir.

“Yarı özgürlük rejimi” olarak da adlandırılan bu usul, İtalyan İnfaz yasasında da düzenlenmiş ve hükümlünün iş, eğitim veya topluma uyum sağlayacağı faaliyetleri yapabilmesi için günün belirli bir bölümünü kurum dışında geçirmesi kabul edilmiştir.

Hükümlü sosyal yaşama yeniden katılma isteğini gösterdiğinde, cezasını çekmeye başlamadan önce yarı özgürlüğe hükmedilebilir. Bu hükümlüler özel cezaevlerinde veya normal cezaevlerinin bu işe ayrılmış özel bölümlerinde tutulurlar.

Hükümlü toplum hizmetine verilmemişse, hafif hapis ve altı aydan fazla olmayan hapis cezasını yarı özgürlük rejiminde geçirebilir. Bu hal dışında hükümlü cezasının en az yarısını çektikten sonra yarı özgürlük rejimine geçirilebilir. Toplum hizmetine verilen hükümlülerin, bu yaptırıma uygun olmadığı belirlenirse, mafya tipi örgütlü suçlar dışındaki suçların faillerine cezalarının yarısı infaz edilmeden de yarı özgürlük rejimi uygulanabilir.

Hükümlü öngörülen tedbirlere uygun davranmadığında, yarı özgürlük rejimi her zaman kaldırılabilir.

Hükümlü haklı bir neden olmadan, on iki saati geçmemek üzere kurumda bulunmaz ise kendisine disiplin cezası uygulanır, daha uzun süre bulunmama halinde ise firar suçu işlenmiş kabul edilir.<sup>120</sup>

<sup>120</sup> Sokullu/ Akıncı, s. 688.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, “konutta infaz” konusu düzenlenmiştir.<sup>121</sup> 6.4.2006 tarihli ve 5485 sayılı<sup>122</sup> “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la, 5275 sayılı CGTİHK’ın 110. maddesinin ikinci fıkrasında değişiklik yapılmış, üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve diğer fıkra numaraları da buna göre teselsül ettirilmiştir.<sup>123</sup> Söz konusu değişiklik gereğince, mahkumiyete konu suç nedeniyle doğmuş zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine dair hukuki sorumlulukları saklı kalmak üzere;

a. Kadın veya altmış beş yaşını bitirmiş kişilerin mahkum oldukları altı ay,

b. Yetmiş yaşını bitirmiş kişilerin mahkum oldukları bir yıl,

c. Yetmişbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkum oldukları üç yıl,

veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine hükmü veren mahkemece veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemece karar verilebilir.

Konutta infazın en büyük avantajı, mali yönüdür. Gerçekten de, bu tür özel infazın maliyeti, hapis cezasının cezaevinde infazının ma-

<sup>121</sup> Cezanın konutta infazında, hükümlü oturduğu yerde normal hayatını yaşamakta ve iş ve gücüyle uğraşmakta serbesttir. Bulunduğu yeri hiçbir suretle ve sebeple terk edememek şartıyla, kendi üzerinde başka bir kısıtlama yoktur. Hükümlünün bu yükümlülüğe kasten veya taksirle riayetsizlikten kaçınması gerekir. Bkz., Dönmezer-Erman, C. II, s. 670; Sokullu/Akıncı, s. 680; Önder (Ceza), s. 554-555.

<sup>122</sup> 22 Nisan 2006 tarihli ve 26147 sayılı *Resmî Gazete’de* yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>123</sup> Maddenin iki ve üçüncü fıkraları değişiklikten önce aşağıdaki şekilde düzenlenmişti:

“(2) Kadın veya altmış beş yaşını bitirmiş hükümlülerin mahkum oldukları altı ay veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine hükmü veren mahkeme veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemece karar verilebilir.”

“(3) Yetmiş beş yaşını bitirmiş olup da üç yıl ve daha az süreli hapis cezasına mahkum olanların, bu cezalarının ceza infaz kurumlarında çektirilmesi sağlık durumları itibarıyla elverişli olmadığı, tam teşekküllü devlet veya üniversite hastanelerince verilecek raporla tespit edilenler hakkında cezanın konutlarında çektirilmesine hükmü veren mahkemece veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemece karar verilebilir. Ancak, mahkumiyete konu suç nedeniyle herhangi bir zarar doğmuşsa, bu zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şartı da ayrıca aranır. Bunlar hakkında beşinci fıkra hükümleri uygulanmaz.”

liyetinden çok daha düşüktür. Konutta infazın ikinci bir avantajı farklı durumlara uydurulmaya oldukça uygun olmasıdır. Bu infaz türünün en önemli avantajı, cezaevinde infazın ortaya çıkaracağı sorunlar olmaksızın hükümlünün etkisiz hale getirilmesini sağlamasıdır. Suçlu hem yol açtığı zararları ödeyebilecek, hem de devlet hapis cezasının yüksek maliyetinden kurtulmuş olacaktır. Örneğin, cezaevinde infazın suçlu üzerinde hiçbir olumlu etkisinin olmayacağı, aksine olumsuz sonuçlar doğuracağı açıksa, ceza konutta infaz edilmelidir.<sup>124</sup> Konutta infazın yararları dışında bazı zorluk ve sakıncaları da uygulamada görülmüştür. Öncelikle, hükümlünün konutunda cezasını çekmesinin takibi konusunda bazı teknik zorluklar yaşanabileceği gibi, hükümlünün kontrolü konusunda yeterli personel bulunamamasından kaynaklanan sıkıntılar bulunabilir. Ayrıca, yoğun suçun işlendiği bölgelerde yaşayan suçluların, bu çevrede kalmaya devam etmeleri sakıncalar doğurabilir. Örneğin, uyuşturucu bağımlılarının yoğun olduğu bir çevrede yaşayan bir hükümlü açısından konutta infaz usulünün tercih edilmemesi gerekir.<sup>125</sup>

İtalya'da 1975 tarihli "Cezaevlerindeki Düzene ve Özgürlüğü Kısıtlayan Tedbirlere İlişkin 354 Sayılı Kanun'un" (Ordinamento Penitenziario) VI. Bölümünde, hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek alternatifler arasında "konutta hapis" müessesesini 47 ter. maddesinde düzenlemiştir. Hükme göre, daha uzun süreli bir cezanın geri kalan bölümü de olsa, üç yılı aşmayan hapis veya hafif hapis cezasını, belirli özellikleri taşıyan hükümlüler kendi konutlarında, konut niteliği taşıyan ikamete uygun özel bir yerde veya tedavi ya da yardım için oluşturulmuş kamusal bir yerde çektirilebilirler. Bu tür infazdan yararlanabilecek hükümlüler şunlardır;<sup>126</sup>

- a. Hamile veya kendi çocuğunu emziren veya kendisi ile yaşayan beş yaşından küçük çocuğu olan anne,
- b. Sağlığı özellikle ağır bir şekilde bozuk olup, ülkedeki bir sağlık kuruluşu ile sürekli temas halinde bulunan kişi,
- c. Altmış yaşın üstünde olup, kısmi de olsa, bedensel bakımdan özürli olanlar,

<sup>124</sup> Sokullu/Akıncı, s. 680-681.

<sup>125</sup> Sokullu/Akıncı, s. 681.

<sup>126</sup> Sokullu/Akıncı, s. 682.

d. Yirmi bir yaşından küçük olup da sağlık, okul, iş ve aile gereksinimlerinin bulunduğunu kanıtlamış kişiler.

İtalya da, gözetim mahkemesi konutta infazın koşullarını belirler. Ayrıca, sosyal hizmet faaliyetine katılmaya ilişkin hüküm de verilir. Bu hüküm ve emirler, infazın gerçekleştirildiği yerdeki yetkili gözetim yargıcı tarafından değiştirilebilir.

Cezası konutta infaz edilen hükümlü, hapis cezasına ilişkin infaz rejimine tabi değildir ve kendisinin bakımı, tedavisi ve sağlık yardımı konusunda cezaevi idaresinin hiçbir yükümlülüğü yoktur. Cezanın konutta infaz koşulları ortadan kalktığına ya da hükümlünün davranışı yasaya veya belirtilen emirlere aykırı ve tedbirin devamı ile bağdaşmaz bir nitelik gösteriyorsa konutta infaz uygulamasına son verilir. Ayrıca, hükümlünün cezasının infaz edildiği konuttan ayrılması halinde firar suçu işlenmiş olur.<sup>127</sup>

Amerika Birleşik Devletleri'nde cezanın konutta infazı ve hükümlünün elektronik yöntemlerle izlenmesi 1980'li yıllardan beri uygulanmakta olup, hükümlünün işe gitme dışında evinden çıkmaması şeklinde tanımlanabilir. Bu ülkede pek çok eyalet çıkardıkları yasalarla, elektronik izleme yöntemleriyle evde infazı; denetimli serbestliğin koşulu olarak veya alternatif bir ceza olarak uygulamaktadır. Burada genellikle hedef kitle, normalde cezaları cezaevinde çektirilmesi gereken hükümlülerdir. Bu anlamda, hapis cezasına gerçek anlamda bir seçenek olmaktadır. Amerika'da konutta infazın uygulanması farklı şekillerde görülse de, bu tür programların hemen hepsinde ortak olan nokta, elektronik izleme yöntemlerinin kullanılmasıdır.

En çok uygulanan yöntemler; “telefon robotu”, “kilitli bilezik” ve “telefon gerektirmeyen verici cihazların” kullanıldığı yöntemlerdir. Bunun dışında, konutta infazın uygun olmadığı durumlarda, “kamuya ait bir yerde zorunlu kalma” şeklinde bir özel infaz usulü de uygulanmaktadır. Daha çok Amerika Birleşik Devletleri'nde görülen bu yöntemde, “yarı yol evlerinde infaz” veya “bir tedavi merkezinde kalmak” şeklinde uygulamalar bulunmakta ve hükümlü elektronik izlemeye tabi tutulmaktadır. İnfazın koşullarına riayet edilmemesi durumunda hükümlünün cezaevine gitmesi söz konusudur.<sup>128</sup>

<sup>127</sup> Sokullu/Akıncı, s. 682.

<sup>128</sup> Sokullu/Akıncı, s. 682-683.



Ülkemizde, cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesi kararı, infaza başlanmadan önce verilebileceği gibi, infaza başlandıktan sonra da verilebilir (CGTİHK m. 110/3).

Cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesine karar verilenler, koşullu salıverilme hükümlerinden faydalanamazlar. Bu infaz usulünün gereklerine geçerli bir mazeret olmaksızın uyulmaması halinde, cezanın baştan itibaren infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir. Ayrıca, verilen kararlara karşı itiraz yolu açıktır (CGTİHK m. 110/4,5,6).

Özel infaz usulüne, hükmü veren mahkemece veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkeme tarafından karar verilebilir.

06.04.2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “*Ceza İnfaz Kurumları’nın Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirleri’nin İnfazı Hakkında Tüzük*”ün “*Özel infaz usulleri*” kenar başlıklı 52. maddesinin birinci fıkrasında, *hafta sonu veya geceleri infaza ilişkin aşağıdaki hükümlere yer verilmiştir.*

a. 5275 sayılı kanununun 110. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre altı ay veya daha az süreli hapis cezasının infazı aşağıdaki şekilde yapılır;

1. Hükümlü, her hafta cuma günleri saat 19.00’da kuruma girmek ve pazar günleri de aynı saatte kurumdan çıkmak suretiyle cezası hafta sonları infaz edilir.

2. Hükümlü her gün saat 19.00’da kuruma girmek ve ertesi gün de saat 07.00’de kurumdan çıkmak suretiyle cezası geceleri infaz edilir.

3. Bu hükümlüler, kurumlarda diğerlerinden ayrı yerlerde barındırılır.

4. Cezanın bu şekilde çektirilmesine karar verilenler hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.

b. Hükümlü, bu fıkrada belirtilen yükümlülüklere uymaması halinde, durum, kurum tarafından Cumhuriyet Başsavcılığı’na bildirilir.

Aynı Tüzüğün 52. maddesinin ikinci fıkrasında ise, *cezanın konutta infazına ilişkin aşağıdaki hükümler yer almıştır:*

a. 5275 sayılı kanunun 110. maddesinin ikinci fıkrasına göre altı ay ve daha az süreli hapis cezalarının konutta infazı aşağıdaki şekilde yapılır,<sup>129</sup>

1. Bu cezalara ilişkin ilamlar, Cumhuriyet Başsavcılıkları'nca infazı amacıyla denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosuna gönderilir ve cezalar bu birimler tarafından infaz edilir.

2. Konutta infaz hükümlünün mahkemeye beyan etmiş olduğu yerleşim yerinde yapılır.

3. Cezanın bu şekilde çektirilmesine karar verilenler hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.

b. 5275 sayılı kanunun 110. maddesinin üçüncü fıkrasına göre üç yıl ve daha az süreli hapis cezalarının konutta infazı aşağıdaki şekilde yapılır,<sup>130</sup>

1. Bu cezalara ilişkin ilamlar, Cumhuriyet Başsavcılıkları'nca infazı amacıyla denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosuna gönderilir ve cezalar bu birimler tarafından infaz edilir.

2. Konutta infaz hükümlünün mahkemeye beyan etmiş olduğu yerleşim yerinde yapılır.

3. Cezanın bu şekilde çektirilmesine karar verilenler hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanır.

c. Cezaları konutta infaz edilen hükümlülerin meşru ve kabul edi-

<sup>129</sup> 22.04.2006 tarihli ve 26147 sayılı *Resmî Gazete'de* yayımlanarak yürürlüğe giren 6.4.2006 tarihli ve 5485 sayılı "Ceza ve Güvenlik Tedbirleri'nin İnfazı Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"la, 5275 sayılı CGTİHK'in 110. maddesinin ikinci fıkrasında değişiklik yapılmış, üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve diğer fıkra numaraları da buna göre teselsül ettirilmiş olduğundan, tüzüğün 52. maddesi ile 5275 sayılı kanunun 110. maddesinin ikinci fıkrasına yapılan bu atfın uygulama olanağı kalmamışsa da, cezanın infazına ilişkin tüzük hükümleri varlığını sürdürmektedir. Ancak, metinler arasında paralellik sağlamak bakımından tüzükte de gerekli değişiklik yapılması gerekir.

<sup>130</sup> 5485 sayılı kanunla, 5275 sayılı CGTİHK'in 110. maddesinin ikinci fıkrasında değişiklik yapılmış, üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve diğer fıkra numaraları da buna göre teselsül ettirilmiş olduğundan, tüzüğün 52. maddesi ile 5275 sayılı kanunun 110. maddesinin üçüncü fıkrasına yapılan bu atfın uygulama olanağı kalmamışsa da, cezanın infazına ilişkin hükümler varlığını sürdürmektedir. Ancak, bir üst atfta da açıklandığı üzere, metinler arasında paralellik sağlamak bakımından tüzükte de gerekli değişiklik yapılmasında fayda bulunmaktadır.

lebilir mazeretine binaen konuttan geçici süreli ayrılmayı gerektiren sebeplerin ortaya çıkması halinde, bu durum denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosuna hükümlü tarafından yazılı olarak bildirilir. Talep, Cumhuriyet Savcısı tarafından değerlendirilir,

d. Cezaları konutta infaz edilen hükümlülerin talepleri halinde konutlarının değiştirilmesine, Cumhuriyet Savcısı'nın talebi ile mahkeme tarafından karar verilebilir,

e. Hükümlünün konutta infazın gereklerine uyup uymadığı denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosu tarafından değerlendirilir. Hükümlünün yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi halinde durum, Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilir. (3) Bu infaz usulünün gereklerine geçerli bir mazeret olmaksızın uyulmaması halinde, cezanın baştan itibaren kurumda çektirilmesine karar verilir.

4. Bu madde hükümlerine göre “verilen kararlara itiraz yolu açıktır.”

Öte yandan, “cezanın konutta infazı” ile ilgili işlemler konusunda, 20.12.2005 tarihli ve 26029 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği”nin 38. maddesinde çeşitli hükümlere yer verilmiştir.

Söz konusu hüküm gereğince 5275 sayılı kanunun 110. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenen hapis cezasının konutta infaz edilmesi şeklindeki özel infaz usullerine ilişkin ilam, mahkemece Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir. Cumhuriyet Başsavcılığı'nca ilam denetimli serbestlik genel defterine kaydedildikten sonra şube müdürlüğü veya büroya gönderilir. Şube müdürlüğü veya büro ilamı denetimli serbestlik defterine kaydettikten sonra hükümlüye on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurması hususunda bildirim yapar. Hükümlünün, haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde gelmemesi halinde, şube müdürlüğü veya büro ilgili defterdeki kaydı kapatarak durumu Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile mahkemeye bildirir (Denetimli Serbestlik Yön. m. 38/1-3).

Hükümlünün bu süre içinde başvurması halinde ise şube müdürlüğü veya büro kararın yerine getirilmesi için bir denetim planı hazırlar. Bu planda; mahkeme kararında belirtilen konutun adresi, infazın baş-

lama ve bitiş tarihi, denetimli serbestlik görevlilerinin hangi aralıklarla hükümlünün aile ve sosyal çevresi ile görüşeceği ve diğer hususlara dair bilgilerin yer alması gerekir. Şube müdürlüğü veya büroca hazırlanan denetim planı hükümlüye ve kolluğa bildirilir. Hükümlünün denetim planına uyup uymadığı şube müdürlüğü veya büro tarafından her zaman denetlenir (Denetimli Serbestlik Yön. m. 38/3-6).

Hükümlünün mahkeme kararında belirtilen konutta cezasını çekip çekmediğinin denetimi, öncelikle şube müdürlüğü veya büro tarafından, ulaşım güclüğü veya güvenlik gibi nedenlerin bulunması halinde ise kolluk tarafından yapılır. Denetim planına uyulmadığının kolluk tarafından bildirilmesi ya da şube müdürlüğü veya büro tarafından tespit edilmesi halinde durum mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilerek kolluktan evrakın iadesi istenir ve kayıt kapatılır (Denetimli Serbestlik Yön. m. 38/7-8).

Hükümlünün haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazeretine dayanarak, konuttan geçici süreli ayrılmaya ilişkin talebi şube müdürlüğü veya büroya yazılı olarak iletilir. Şube müdürlüğü veya büro, talebin haklılığı konusunda bir karar vermek üzere evrakı Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderir. Sağlık, yangın, deprem gibi konutu terk etmenin zorunlu olduğu durumlarda, şube müdürlüğü veya büroya bilgi verilir ve durum tutanakla tespit edilerek zorunlu halin takibi ve hükmün infazının devam edilmesi sağlanır. Hükümlünün konutunu değiştirme yönündeki talebi, şube müdürlüğü veya büroya yazılı olarak iletilir. Talep şube müdürlüğü veya büro tarafından Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilerek mahkemesinden bu konuda bir karar istenir (Denetimli Serbestlik Yön. m. 38/9-11).

Cezanın konutta infazı tamamlandıktan sonra, kolluktan evrakın iadesi istenir, kayıt kapatılır ve evrak mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir.

## KAYNAKÇA

- Çınar, Ali Rıza, *Türk Ceza Hukuku'nda Cezalar*, Ankara 2005.
- Çolak, Haluk, *Güncel Ceza Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2005.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ceza)*, Ankara 2002.
- Demirbaş, Timur, *İnfaz Hukuku, Özellikle Cezaevlerinin Tarihçesi, Uluslararası Belgelerle Karşılaştırmalı Olarak Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Ceza İnfaz Kurumları'nın İdaresi (İnfaz)*, Ankara 2003.
- Erdem, Mustafa Ruhan, *Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler, İnfaz Hukuku'nun Sorunları Sempozyumu, 24-25.11.2000, Başkent Üniversitesi Yayını*, Ankara 2001, s. 192-213.
- Dönmezer, Sulhi, *Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayını*, İstanbul 2004.
- Dönmezer, Sulhi/Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II*, İstanbul 1997.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, 2. Baskı*, İstanbul 1992.
- Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, İzmir Şerhi, Genel Hükümler, C. 1, 2. Baskı*, Ankara 2005.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, 3. Bası*, Ankara 2006.
- Öztürk, Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı*, Ankara 2005, s. 261.
- Pradel, Jean, *Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, İSİSC Kolokyumlarının Sentez Raporu, Çeviren; Sulhi Dönmezer, 1. Baskı*, İstanbul 2000.
- Sokullu/Akıncı Füsün, *Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatif Ceza Yaptırımları, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 1996, Yıl. 2, S. 10, s. 679-689*.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı*, Ankara, 2005.

# SÜPER BAŞKANLIK YA DA BAŞKANCI PARLAMENTER SİSTEM: WEİMAR ALMANYA'SI İLE RUSYA FEDERASYONU ÖRNEKLERİ VE ÇIKARTILACAK DERSLER

Hasan DURSUN \*

Gerek hukuk, gerekse siyaset bilimi yazınında yasama ile yürütme arasındaki ilişkiler bakımından hükümet sistemleri sınıflandırılırken genel olarak başkanlı ya da süper başkanlık sistemi şeklinde ayrı bir hükümet rejimine yer verilmemekte; söz konusu sistem, ezici çoğunlukla yarı başkanlık sistemi altında incelenmektedir. Hatta çeşitli ansiklopedilerde bile başkanlı ya da süper başkanlık sistemi diye ayrı bir kavrama yer verilmemekte, başkanlı ya da süper başkanlık sistemine sahip ülkeler için “*yarı başkanlık sistemini benimsemiş ülkeler*” deyimini kullanılmaktadır. Örneğini, ünlü bir ansiklopedi olan “*Wikipedia, the free Encyclopedia*”ya göre ([http://en.wikipedia.org/wiki/Semi-presidential\\_system](http://en.wikipedia.org/wiki/Semi-presidential_system), erişim tarihi; 6.4.2006) 1919-1933 yılları arasındaki Weimar Almanya'sı ile günümüz Rusya'sı yarı başkanlık sistemini benimsemiş ülkeler arasında gösterilmektedir. Söz konusu ansiklopedi, yarı başkanlık sisteminin; hükümetin günlük faaliyetlerinde başkan ve başbakanın aktif olduğu bir hükümet sistemi olduğunu, söz konusu sistemde devlet başkanının genel oyla seçildiğini, bu sistemin; devlet başkanının sembolik nitelikte yetkilere sahip olmaması nedeniyle parlamenter sistemden farklı olduğunu ve yasama organına karşı sorumlu bir başbakanın bulunması nedeniyle de başkanlık sisteminden farklı olduğunu ifade etmektedir.

*Wikipedia, the free Encyclopedia'*nın yukarıda belirtilen internet sayfasında yarı-başkanlık sistemi hakkında şu ek bilgilere de yer verilmektedir: “*Yarı-başkanlık sistemine sahip ülkelerde başkan ile başbakan arasındaki*

---

\* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) doktora öğrencisi. Bu çalışmanın yürütülmesinde, eşsiz yol göstericiliğinden yararlandığım AÜ Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Yrd. Doç. Dr. Levent Gönenç'e teşekkürü borç bilirim.

*yetki dağılımı ülkeden ülkeye oldukça farklılık göstermekte ve söz konusu sistemi benimsemiş ülkelerde başkan ile başbakanının ayrı ayrı seçimle geldiği ve her birisinin sık sık farklı partilerden seçildiği durumlarda birbirine katlanma denilen (cohabitation) durumuyla karşılaşmaktadır. Bu durum; etkili bir denge (checks and balances) olgusuna yol açabildiği gibi sertlik ve birbirini engelleme (tökezletme) dönemine de yol açabilir. Birbirine katlanma durumunun hangi duruma yol açacağı başkan ile başbakanın tutumuna, partilerin ideolojilerine ve seçmenlerin istemlerine bağlıdır.”*

Ünlü siyaset bilimcisi Duverger’de başkancı ya da süper başkanlık sistemi diye bir hükümet sistemi kabul etmemekte, başkancı ya da süper başkanlık sistemi olarak adlandırılacak rejimi; bir yarı-başkanlık türü olarak kabul etmektedir. Yazara göre bir ülkenin anayasası şu üç unsuru eş anlı olarak bünyesinde toplamışsa yarı-başkanlık sistemi olarak adlandırılmalıdır. Bu unsurlar;

- a. Devlet başkanının genel oyla seçilmesi,
- b. Devlet başkanının oldukça önemli yetkilerle donatılması,
- c. Devlet başkanının yanında başbakan ve bakanların icrai ve hükümet yetkileriyle donatılması ve başbakan ile bakanların, parlamento tarafından bir muhalefet gösterilmediği müddetçe görevde kalmaya devam etmesidir (Duverger, s. 142).

Duverger’e göre, yarı-başkanlık sistemini öngören anayasalar göreceli olarak türdeştir. Yazar, sadece devlet başkanının yetkileri açısından bir takım farkların olduğunu ancak söz konusu farklılığın sistemin niteliği açısından ikincil derecede olduğunu ifade etmektedir. Yazar, yarı başkanlık sistemini benimsemiş ülkeler bakımından devlet başkanının yetkilerinin farklı olmasının ülkeler arasındaki siyasi uygulama farklılıklarından daha az önemli olduğunu ifade etmekte, kuralların benzerliği ve oyunun farklı oynanabilmesi ilkesinden hareketle Avrupa’daki yedi ülkeyi yarı başkanlık sistemini benimsemiş ülke olarak adlandırmaktadır.

Yazara göre, devlet başkanının sembolik yetkilerinin bulunduğu Avusturya, İrlanda ve İzlanda, güçlü bir başkanının bulunduğu Fransa ve başkan ile hükümet arasındaki yetki dağılımının dengeli olduğu Weimar Cumhuriyeti, Finlandiya ve Portekiz yarı-başkanlık sistemini benimsemiş ülkelerdir (Fazla bilgi için bkz., Duverger, s. 142-146).

Bir başka ünlü siyaset bilimcisi Elgie'de başkancı ya da süper başkanlık sistemi diye ayrı bir tür hükümet rejimi kabul etmemekte, başkancı ya da süper başkanlık sistemi olarak adlandırılacak sistemi; yarı-başkanlığın bir türü olarak kabul etmektedir. Elgie, başkan ile başbakanın uygulamadaki gücünü dikkate almaksızın anayasal bağlamda yarı başkanlık sistemini şu şekilde tanımlamaktadır: Halk tarafından belirli bir dönem için seçilen başkanın, başbakanla yan yana bulunduğu ve kabinenin parlamentoya karşı sorumlu olduğu hükümet tipine yarı-başkanlık rejimi denir (Bkz., Elgie, s. 13).

Elgie; Duverger'in yarı-başkanlık sistemi tanımlamasından farklı olarak, devlet başkanının genel oyla seçilmesinin yarı-başkanlık sisteminin koşullarından birisi olamayacağını, başkanın, doğrudan veya doğrudan benzeri (örneğin Finlandiya) bir şekilde seçilmesinin bir ülkenin yarı-başkanlık sistemi olarak tanımlanması açısından yeterli olduğunu ifade etmektedir. Diğer yandan, yazar, yarı-başkanlık sistemi tanımlaması açısından başkanın yetkilerinin de önemli olmadığını ifade etmektedir. Elgie'ye göre, Avusturya, Bulgaristan, İzlanda ve İrlanda gibi başkanının zayıf bir konumda ülkeler; Finlandiya, Polonya ve Portekiz gibi başkanın sınırlı yetkiye sahip bulunduğu ülkeler ve Fransa ile Rusya gibi başkanın güçlü bulunduğu ülkelerin tümü, eşit derecede olmasa bile yarı-başkanlık sistemini kabul eden ülkeler olarak adlandırılmalıdır. Yazara göre, nasıl parlamenter ve başkanlık sistemi ayrı kategori bir rejim şekli ise yarı-başkanlık sistemi de ayrı kategori bir rejim şeklidir (Elgie, s. 13).

Elgie'ye göre yarı-başkanlık sistemini kabul eden ülkeler, bir takım temel anayasal yapıyı paylaşmaktadır. Yazara göre, yarı-başkanlık sistemini kabul eden ülkelerin tümünün anayasalarına göre, başkan doğrudan veya doğrudan benzeri bir yapıda halk tarafından seçilmekte, bu ülkelerin tümünde başbakan ve kabinenin parlamentoya karşı sorumluluğu bulunmaktadır. Yazar, bununla birlikte, uygulamada, yarı-başkanlık sistemini benimseyen ülkelerde sistemin farklı şekillerde işlediğini ifade etmektedir. Elgie'ye göre, nasıl ki, başkan, başbakan ve kabinelerin siyasi gücü farklılık gösterdiği gibi başkan, başbakan ve kabinelerin anayasal güçleri de yarı-başkanlık sistemini kabul eden ülkeler arasında farklılık gösterir. Yazar, bunun en belirgin örneği olarak anayasal bakımdan güçlü başkanların bazen siyasi olarak zayıf, anayasal açıdan zayıf olan başkanların ise bazen siyasi olarak güçlü olması olgusunu vermekte ve bazı durumlarda başbakanlara nazaran başkanların,



bazı durumlarda ise başbakanlara nazaran başkanların baskın olduğunu ifade etmektedir. Ancak, Elgie, bu durumların sistemin yarı başkanlık rejimi olmasını engellemeyeceğini ifade etmektedir (Elgie, s. 14).

Bir diğer ünlü siyaset bilimcisi Sartori’de başkancı ya da süper başkanlık sistemi diye ayrı bir kategori hükümet sistemi kabul etmemekte; Rusya ve Weimar Cumhuriyeti’nin yarı-başkanlık başlığı altında incelenmesinin daha doğru olduğunu ifade etmektedir. Sartori; bir sistemin yarı-başkanlık sistemi olarak adlandırılabilmesi için;

a. Devlet başkanı doğrudan doğruya veya dolaylı olarak halk tarafından seçilmelidir,

b. Devlet başkanı yürütme yetkisini bir başbakanla paylaşmalı, böylelikle ikili bir otorite yapısı oluşmalıdır. Sartori, ikili otorite yapısının belirleyici koşulları olarak da şu üç durumun oluşabileceğini belirtmektedir. Bunlar;

ba. Başkanın, parlamentodan bağımsızlığı söz konusudur, bu durumda başkanın tek başına veya doğrudan doğruya hükümet etme yetkisi yoktur, iradesini hükümet kanalıyla açıklaması gerekir,

bb. Tersine, başbakan ve kabinesi parlamentoya bağımlı, ancak başkana karşı bağımsızdırlar; hükümet, parlamentonun güvenoyuna ve/veya güvensizlik oyuna tabidir ve her iki durumda da bir parlamento çoğunluğunun desteğine muhtaçtır,

bc. Yarı-başkanlık sisteminin ikili otorite yapısı, yürütme organı içerisinde farklı dengelere ve değişken üstünlüklere yol açabilir; ancak durum ne olursa olsun yürütmenin yapıcı birimlerinden her birinin “özerklik gizilgücü” devam eder (Bkz., Sartori, s. 170, 173, 174, 182).

Çağdaş siyaset bilimcilerinden Lijphart ise hükümet sistemlerini parlamenter ve başkanlık hükümeti şeklinde ikiye ayırmakta ve yarı-başkanlık diye ayrı bir hükümet sistemi kategorisi yaratmanın gerekli olmadığını ifade etmektedir. Yazar, bir ülkede yasama organının güvenine dayanan bir başbakanın bulunması halinde ülkenin bu durum itibarıyla parlamenter, aynı zamanda o ülkenin halkça seçilen bir cumhurbaşkanına sahip olması durumunda ise o durum itibarıyla başkanlık sistemine sahip olacağını ifade etmekte dolayısıyla böyle bir ülkenin herhangi bir sınıfa sokulmasının güç olduğunu ifade etmektedir (Bkz., Lijphart, s. 80). Lijphart’ın ilginç olan bu yaklaşımı çerçevesinde Weimar Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu’nun herhangi (parlamenter veya

başkanlık) bir hükümet kategorisine sokulamayacağı açıktır.

Tarihte görülen ve günümüzde uygulanan kimi çağdaş hükümet sistemlerinin yarı-başkanlık kategorisine sokulamayacağı, bunların kendisine özgü ayrı bir kategori olduğu gerçeğinden hareketle Shugart ve Carey, kimi rejimleri başkancı-parlamenter (president-parliamentary) rejim olarak kabul etmektedir. Yazarlara göre başkanının, bakanları seçtiği ve azlettiği, bakanların ise parlamentonun güvenoyuna tabi olduğu rejimler, başkancı-parlamenter rejimlerdir. Yazarlar; başkancı-parlamenter rejimlerin iki temel karakteri bulunduğunu, bunların devlet başkanının üstünlüğü ve kabinenin parlamentoya bağlı olması olduğunu ifade etmekte ve başkancı-parlamenter rejimleri;

a. Başkanın halk tarafından seçildiği,

b. Başkanın, bakanları atadığı ve azlettiği (bakanları azletme yetkisi sadece devlet başkanına aittir),

c. Kabinenin, parlamentonun güvenoyunu almasının şart olduğu,

d. Başkanın parlamentoyu feshetme veya kararname çıkarma veya her iki yetkisinin bulunduğu rejimler olarak tanımlamaktadır (Fazla bilgi için bkz., Shugart ve Carey, s. 24).

Shugart ve Carey; ülkelerin anayasalarına bakılarak; yasama ile yürütmenin birbirinin hukuki varlığına son verebilmesi ve devlet başkanının hükümet üzerindeki yetkilerini temel alarak çağdaş hükümet rejimlerini beşli bir ayrıma tabi tutmaktadır. Yazarlara göre demokratik rejim tipleri;

a. Başkancı-parlamenter (president-parliamentary),

b. Başbakanı parlamenter (premier-presidential)

c. Başkanlık (Presidential),

d. Parlamenter (parliamentary),

e. Parlamentodan- bağımsız hükümet (Assembly-Independent) “tek örneği İsviçre olmak üzere” rejimleri şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir (Shugart ve Carey, s. 160).

Shugart ve Carey; Weimar Almanya’sı ve Sri Lanka’yı başkancı-parlamenter rejim tipine örnek olarak göstermekte ve bu sistemde başkana rağmen parlamentonun varlığını sürdüremeyeceğini ve baş-

kanın kabine üyelerini parlamentonun kararına bağlı olarak atadığını ve kabine üyelerini azletme yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir. Yazarlar; başkancı-parlamenter sistemlerde başbakanın hükümet başkanı olarak görülemeyeceğini, hükümet üzerindeki otoritenin, başkana ait olduğu fikrini ileri sürmektedirler (Bkz., Shugart ve Carey, s. 160, 161). Shugart ve Carey'in ortaya koyduğu ölçütler bakımından Rusya Federasyonu'nun da başkancı-parlamenter rejim tipine sahip olduğu yönünde en küçük bir kuşku bulunmamaktadır.

Fish ise Rusya'nın siyasi sistemini; süper-başkanlık rejimi olarak adlandırmaktadır. Yazara göre, Rusya'nın süper başkanlık sistemine sahip olduğu, Anayasası'na bakılınca kolaylıkla anlaşılır. Çünkü Rusya Anayasası'nda olağanüstü güçlü bir başkan ve göreceli olarak zayıf bir parlamento öngörülmektedir. Fish, bir sistemin süper-başkanlık sistemi olarak adlandırılabilmesi için şu ölçütlerin sistemde eş anlı olarak bulunmasını aramaktadır. Bunlar;

- a. Başkan, kararname çıkartma yoluyla yasama yetkilerine sahip olmalı,
- b. Başkanın, hükümetin oluşum biçimine karar verebilmeli,
- c. Başkanın, hükümeti yasama denetiminden koruyabilme yetkisinin bulunması gerekir.

Fish, süper başkanlık sisteminin sadece Rusya'ya özgü olmadığını; Doğu Avrupa'da nadir bulunmasına karşılık, değişik şekillerde bazı post-Sovyet ülkelerinde ve özellikle Latin Amerika olmak üzere değişik coğrafi bölgelerde bulunduğunu ve bu sistemin de demokrasinin bir türü olduğunu ifade etmektedir (Fish, s. 326). Fish'in koyduğu ölçütlere aynen uyduğu için kanımca Weimar Cumhuriyeti'nin de süper başkanlık olarak adlandırılmasına Fish itiraz etmeyecektir.

Çağdaş hükümet sistemleri klasik olarak; parlamenter, başkanlık ve yarı-başkanlık sistemi olarak üçe ayrılmakta ve klasik sistemi benimseyen yazarlar, Weimar Almanya'sı ile Rusya Cumhuriyeti'ni; yarı-başkanlık sisteminin bir türü olarak kabul etmektedir. Kuşkusuz; Weimar Almanya'sında uygulanmış sistem ile Rusya Cumhuriyeti'nin siyasi sistemi birçok açılardan yarı-başkanlık sistemiyle örtüşmektedir.

Örneğin, bu sistemlerde de, yarı başkanlık sisteminde olduğu şekilde; devlet başkanı halk tarafından seçilmekte, devlet başkanı ve

parlamento tarafından azledilebilen bir hükümet bulunmakta ve başbakanın önereceği bakanların devlet başkanı tarafından onaylanması gerekmektedir.

Ancak yarı-başkanlık sistemiyle olan söz konusu hususlardaki örtüşmelerine rağmen kanımca Weimar Almanya'sı ile Rusya Cumhuriyeti'ni ya Shugart ve Carey'in kullandığı bir kavram olan başkancı parlamenter sistem ya da Fish'in kullandığı deyişle süper başkanlık olarak adlandırmak yerinde olacaktır. Çünkü gerek Weimar Almanya'sında, gerekse Rusya Cumhuriyeti'nde devlet başkanı; aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere, yarı-başkanlık sisteminden farklı olarak çok daha fazla yetkilere sahip bulunmaktadır.

Bu arada başkanlık sistemleri arasında devlet başkanı ya da cumhurbaşkanına en fazla yetki veren sistemin başkancı parlamenter sistem ya da süper başkanlık sistemi olduğunu ifade etmek yerinde olacaktır.

Bu çalışmada ilk önce, başkancı parlamenter ya da süper başkanlık sisteminin tarihsel bir örneğini oluşturan Weimar Almanya'sı (1919-1933) incelenecektir. Daha sonra ise süper başkanlık sisteminin günümüzdeki sembol örneğini oluşturan Rusya Federasyonu incelenecektir.

Söz konusu iki ülke örneği incelenirken daha çok yasama ve yürütme erkleri ile sistemi süper başkanlık olarak adlandırmamızı sağlayan yasama-yürütme ilişkileri üzerinde durulacaktır. Sonuç kısmında ise başkancı parlamenter ya da süper başkanlık sisteminden Türkiye için çıkartılabilecek dersler üzerinde durulacaktır.

## I. Weimar Almanya'sı

Weimar Anayasası'nı anlatmadan önce bir hususun belirtilmesi yerinde olacaktır. 1919 tarihli hayalet Weimar Anayasası sadece Almanya'nın siyasi tarihinde kalmış bir olgu değildir.

Türkiye'de 1982 Anayasası yapılırken Weimar Anayasası'nın olumlu ve olumsuz yönleri Türk Anayasa yapıcıları tarafından da dikkate alınmıştır (Rumpf, s. 215).

Türk anayasacılık çalışmaları ve süper başkanlık sisteminin ilk örneği olması açılarından büyük önem taşıyan Weimar Anayasası hükümlerini incelemeyen önce Almanya'nın demokrasiye geçişi ve Weimar Anayasası'nın yapım süreci üzerinde kısaca durmak faydalı olacaktır.

## 1. Almanya'da Demokrasiye Geçiş ve Weimar Anayasası Yapım Süreci

Avusturya Veliahdı'nın 28 Haziran 1914 tarihinde öldürülmesi üzerine Birinci Dünya Savaşı başlamıştır. Bu savaşta bir yanda Almanya ile Avusturya, diğer yanda ise Fransa, Rusya ve İngiltere birlik oluşturarak birbirleriyle savaşa tutuşmuşlardır. Birinci Dünya Savaşı'nda Almanya'nın Fransa'yı çabuk bir şekilde yenilgiye uğratma planı gerçekleşmemiştir. Tam aksine, Almanlar, Marne Meydan Savaşı'nda Fransızlar karşısında bozguna uğramışlar ve bozgunundan sonra savaş, her iki taraf açısından da büyük kayıplara yol açan anlamsız bir mevzi savaşına dönüşmüştür. Bu savaşta, Alman İmparatoru II. Wilhelm geri planda kalmış, başbakanlar ise savaş boyunca Almanya'nın görünürdeki ordu şefi Mareşal Paul von Hindenburg, gerçekte gücü kullanan General Erich von Ludendorff'un yoğun baskısı altında kalarak silik bir konumda bulunmuşlardır. Amerika Birleşik Devletleri'nin I. Dünya Savaşı'na katılması, Almanya açısından bir hezimet oluşturmuştur. Almanya; I. Dünya Savaşı'nda büyük zayıf vermesine rağmen durumun ciddiyetini kavrayamayan General Ludendorff, 1918 Eylül'üne kadar bir zafer barışı üzerinde ısrar etmiş ancak daha sonra ani olarak bir mütareke talebinde bulunmuştur. I. Dünya Savaşı Almanya'ya askeri ve siyasi açıdan büyük bir yenilgi getirmiştir. İmparator II. Wilhelm ve prensler, herhangi bir direniş göstermeden barışçı olarak 1918 Kasım'ında tahtlarından vazgeçmişler, böylelikle Almanya'da monarşi dönemi resmen sona ermiştir (işte Almanya, s. 120).

Alman İmparatorluğu'nun, Amerika Birleşik Devletleri ve müttefikleri tarafından yenilgiye uğratılması ve monarşi döneminin resmen sona ermesi, Almanya'nın demokrasiye geçmesi yönünde uygun bir ortam oluşturmuştur. Bu çerçevede, Almanya, gerçek anlamda ilk demokrasi deneyimini, bir cumhuriyet oluşturabilmek için Ocak 1919 tarihinde bir kurucu meclis seçerek yaşamıştır. Bazıları önde gelen anayasa akademisyenleri olan kurucu meclisin üyeleri, Almanya'nın Weimar kentinde toplanmış ve 6 aylık bir zaman dilimi içerisinde Almanya'nın ilk demokratik Anayasası'nı oluşturmuşlardır. Söz konusu Anayasa, Alman Devleti'ni yeniden şekillendirerek demokrasi ve genel oy prensibine uygun olarak parlamentonun oluşturulması esasını benimsemiş ve Almanya'yı büyük ve küçük 17 federe devletten oluşan başkancı ve parlamenter rejimin karışımı bir siyasi sistem olarak düzenlemiştir (Bkz., Dragnich/Rasmussen/Moses, 1991, s. 328).

Almanya'nın demokrasiye geçişi ve Weimar Anayasası'nın yapım süreci üzerinde kısaca durduktan sonra aşağıda çalışmamızın konusuna uygun olarak Weimar Anayasası'nın sadece yürütme ve yasama kısmı üzerinde durulacak ve daha sonra Weimar Anayasası'nın çöküşü ve sona eriş nedenleri üzerinde durulacaktır.

## 2. Yürütme

Weimar Anayasası'nda yürütme içerisinde devlet başkanının yetkileri son derece ağırlıklıdır. Bu husus, aşağıda devlet başkanının yetkileri üzerinde durulurken daha açık bir şekilde anlaşılacaktır. Yürütme içerisinde devlet başkanının yetkilerinin oldukça fazla olmasının nedenini, kanımca tarihsel bir olguda aramak gerekir.

Çünkü 1918 yılına kadar imparatorlukla yönetilen bir ülke 1919 yılında demokratik bir rejime geçerken imparatorun kullandığı yetkilerin büyük kısmını, yetki boşluğu doğmaması için devlet başkanına tanımaktan çekinmemiştir. Weimar döneminde; devlet başkanının yetkilerini incelemeye geçmeden önce devlet başkanının seçimi, görev süresi, azli ve devlet başkanına vekalet konuları üzerinde kısaca durulması yerinde olacaktır.

Weimar Cumhuriyeti Anayasası, Devlet Başkanı'nun halk tarafından seçilmesi ilkesini benimsemektedir. Gerçekten de, Anayasa'nın 41. maddesinde (11 Ağustos 1919 tarihli Weimar Anayasası'nın İngilizce tam metni için bkz., [http://www.Zum.de/psm/weimar/weimar\\_vve.php](http://www.Zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php), erişim tarihi: 11.4.2005) başkanın, halk tarafından seçileceği ve Alman devlet başkanı seçilebilmek için 35 yaşını bitirmenin şart olduğu belirtilmiştir. 42. maddede başkanın göreve başlamadan önce yemin etmesi gerektiği belirtilerek maddede yemin metni gösterilmiş ve söz konusu metnin dışında başkanın isterse ek bir dinsel yemin edebileceği şeklinde ilginç bir hükme yer verilmiştir.

Anayasa'nın 43. maddesinde devlet başkanının görev süresinin yedi yıl olduğu ve tekrar seçilme olanağının bulunduğu ifade edilmiştir. Devlet başkanının tekrar seçilmesine dönem sınırı konulmamasından, devlet başkanının ömrü yettiği müddetçe halk tarafından sürgit bir şekilde tekrar seçilebileceği anlaşılmaktadır.

Oldukça güçlü yetkileri bulunan devlet başkanının yasama ve icra organı arasında dengeyi bozabileceği fikrinden hareketle, Weimar Ana-

yasası, devlet başkanının azil yoluyla görevinden alınabileceği ilkesini benimsemiştir (Bkz., Aldıkaçtı, s. 101). Weimar Anayasası'nda "*Devlet Başkanı*"nın azli iki türlü olarak düzenlenmiştir. Birinci yol Anayasa'nın yukarıda bahsedilen 43. maddesinde gösterilmiştir. Bu maddede; belirli bir sebebe dayanmaya gerek olmaksızın Alman Parlamentosu'nun alt kanadı olan Reichstag'ın 2/3 ünün oyuyla devlet başkanının azledilmesinin referanduma götürülebileceği, başkanın azledilmesi işinin referanduma götürülmesi durumunda başkanın yetkilerinin referandum sonucuna kadar askıya alınacağı, başkanının azlinin referandumun sonucu reddedilmesi durumunda Reichstag'ın feshedilmiş ve başkanın tekrar seçilmiş sayılacağı vurgulanmıştır. Devlet başkanının azli konusunda öngörülen bu yol, Weimar Cumhuriyeti döneminde hiç işletilmemiştir. Kanımca, bu yol işletilip referandum sonucu devlet başkanının azli reddedilseydi, belki de Weimar Cumhuriyeti çok daha önceden çökebilirdi. Çünkü referandum sonucu yapılan azil oylamasından kurtulan bir devlet başkanı, Reichstag feshedilmiş sayılacağı için hızla diktatörlüğe kayabilirdi.

Devlet başkanının ikinci tür azil şekli, onun cezai sorumluluğu (impeachment) yoluna gidilmesidir. Anayasa'nın 43. maddesi gereği Reichstag'ın izni olmadan hakkında sıradan nitelikteki cezai kovuşturma ve soruşturmanın yapılamayacağı belirtilen dolayısıyla dokunulmazlığı bulunan devlet başkanı, cezai sorumluluğu yoluyla azli Anayasa'nın 59. maddesinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte 59. maddede; devlet başkanı, başbakan ve bakanların azli aynı usule tabi tutulmuştur. Maddeye göre; Anayasa'yı veya bir federal yasayı kasıtlı olarak ihlal ettiği savıyla Reichstag tarafından, Almanya adına, devlet başkanı, başbakan ve bakanların temyiz mahkemesi huzurunda suçlanabileceği ifade edilmiştir. Söz konusu kişilerin temyiz mahkemesinde yargılanabilmesi için en az 100 milletvekilinin önergeyi imzalaması ve anayasayı değiştirecek bir çoğunluğun karar vermesinin şart olduğu yine bu maddede ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere devlet başkanı, başbakan ve bakanlar için öngörülen bu impeachment usulünün işletilebilmesi oldukça zordur. Ayrıca, maddede, yargılama sonucu mahkum olan devlet başkanının görevde oturup oturamayacağı hakkında bir hüküm bulunmamaktadır. Her ne kadar maddede hüküm olmasa da yargılanıp mahkum olmuş bir devlet başkanının görevini sürdürmeye devam etmesinin işin doğasına aykırı olacağı açıktır.

Weimar Anayasası; yetkileri oldukça fazla olan devlet başkanına vekalet konusuna özel bir önem vermiş ve konuyu ayrı bir maddede düzenlenmiştir. Daha somut bir deyişle, Anayasa'nın 51. maddesinde; devlet başkanının kısa süreli yokluğu durumunda başbakanın onun yerine vekalet edeceği, devlet başkanının uzun süreli yokluğu veya görev süresinden önce görevinden ayrılması durumunda yeni devlet başkanlığı seçimleri yapılınca kadar geçecek süredeki vekaletin kanunla düzenleneceği ifade edilerek konu hakkında özgün bir düzenleme yapılmıştır.

Weimar Cumhuriyeti Anayasası, güçlü bir devlet başkanı yaratabilmek için devlet başkanına çok güçlü yetkiler tanımıştır. Devlet başkanına tanınan yetkileri; yasama, atama ve azil ile diğer yetkiler olmak üzere üçe ayırmak olanaklıdır.

Devlet başkanının yasamaya ilişkin yetkilerinden birisi, parlamentoyu fesih yetkisidir. Gerçekten de, Anayasa'nın 25. maddesine göre, devlet başkanı aynı nedenden dolayı sadece bir kez başvurmak üzere parlamentonun alt kanadı Reichstag'ı feshedebilir. Fesihten itibaren seçimlerin en geç 60 gün içerisinde yapılacağı yine bu madde de belirtilmiştir. Aldıkaçtı'ya göre Weimar Cumhuriyeti'nde devlet başkanına tanınan fesih yetkisi, o zamanki devlet başkanı Hindenburg tarafından uygulamada kötüye kullanılmıştır. Yazara göre, 1933 yılında Almanya'da Nazi döneminin başlamasına yol açan nedenlerden birisi, parlamentoyu fesih hakkının kötüye kullanılmasıdır (bkz., Aldıkaçtı, s. 122, 123). Kanımızca, Aldıkaçtı'nın bu görüşüne katılma olanağı yoktur. Çünkü fesih hakkının kötüye kullanılması; istikrarsız hükümetler sorununa yol açmasına rağmen Nazilerin başa geçmesi nedenlerden biri olarak kabul edilemez. Nazi döneminin başlamasına dolayısıyla Weimar Cumhuriyeti'nin çöküşüne yol açan nedenler aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere Aldıkaçtı'nın düşüncesinden oldukça farklıdır.

Devlet başkanının yasamaya ilişkin yetkilerinden bir başkası, veto yetkisidir. Weimar Anayasası; veto konusunda çok ilginç hükümlere yer vermiş ve konuyu ayrıntılı bir şekilde incelemiştir. Anayasa'nın 73. maddesinde, Reichstag tarafından kabul edilen bir kanunun devlet başkanı tarafından 1 ay içerisinde istenmesi durumunda halkoyuna (plebisite) götürüleceği, Reichstag üyelerinin 1/3'ünün halk oylaması talebinin olduğu bir kanun tasarısının seçmenlerin 1/20'sinin talebiyle



yürürlüğünün askıya alınacağı, seçmenlerin 1/10'unun talebi olması halinde kanun taslaklarının halkoyuna sunulmasının zorunlu olduğu, halk tarafından istenilen referandum talebinin kabul edilebilmesi için kanun taslağının hükümet tarafından hazırlanmasının ve taslakla birlikte hükümet yorumunun Reichstag'a bildirilmesinin gerekli olduğu, bununla birlikte hükümet tarafından hazırlanan kanun taslağının Reichstag tarafından değiştirilmeksizin kabul edilmesi durumunda halkoyuna gidilemeyeceği belirtilmiştir.

Bütçe, vergi kanunları ve ödemeyele ilgili kanunlar konusunda yalnızca devlet başkanının halkoyuna gitme yetkisinin bulunduğu yine 73. maddede belirtilmiştir.

Devlet başkanının diğer bir tür veto yetkisi Anayasa'nın 74. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede; Reichstag tarafından kabul edilen kanunlara karşı Reichsrat'ın itiraz hakkının bulunduğu, itiraz hakkında Reichstag'ın karar vereceği ve vereceği sonul kararın iki hafta içerisinde hükümete bildirileceği ve bildirimden itibaren iki hafta içerisinde de sonul kararın gerekçesinin hükümete sunulacağı, kanun taslağına itiraz halinde, taslağın ikinci defa Reichstag'a sunulacağı, Reichstag ile Reichsrat arasında uzlaşmanın bulunmaması halinde devlet başkanının üç ay içerisinde halkoyuna başvurabileceği, devlet başkanının halk oylamasına başvurmadığı hallerde kanunun kabul edilmiş sayılamayacağı belirtilmiştir. Reichsrat'ın itirazına karşı Reichstag 2/3'ten fazla oyla kanunu tekrar kabul ederse bu durumda devlet başkanının üç ay içerisinde kanunu kabul edildiği şekliyle yayımlayabileceği veya halk oylamasına başvurabileceği yine bu maddede belirtilmiştir.

Halk oylaması yoluyla Reichstag kararlarının geçersiz kılınabilmesi için seçime katılma yeterliliği olanların çoğunluğunun oy verme işlemine katılmasının şart olduğu 75. maddede belirtilmiştir. Weimar Cumhuriyeti'nde devlet başkanının sahip olduğu bu veto yetkisini, Aldıkaçtı, devreden veto olarak adlandırmaktadır. Yazara göre, söz konusu veto türüyle, yasama organınca kabul edilen bir kanunun halk oylamasına götürüldüğünü, bir başka deyişle kanunun kabul veya reddi hakkının halka devir olduğunu, böylelikle halkın, demokratik ilkelere uygun olarak konu hakkındaki fikir ve düşüncelerini açıklama olanağına kavuştuğunu ifade etmektedir (Aldıkaçtı, s. 130). Kanımızca Aldıkaçtı'nın görüşünde ancak kısmi bir haklılık payı bulunmaktadır. Çünkü devreden veto kavramının kullanılması sonucu veto konusun-

da tek yetkili merciin halk olduğu gibi bir görüntü doğmaktadır ki, bu durum gerçekleri yansıtmamaktadır. Yukarıda da ayrıntılı bir şekilde görüldüğü üzere devlet başkanının, halkoyuna başvuru konusunda çok önemli yetkileri bulunmaktadır.

Devlet başkanının yasamaya ilişkin bir başka yetkisi; kararname çıkarma yetkidir. Anayasanın ünlü 48. maddesinin 2. fıkrasında; kamu güvenliği veya düzeninin ciddi olarak tehlike altında bulunduğu veya bozulduğu durumlarda, devlet başkanının hukuk ve düzeni tekrar sağlamak üzere askeri kuvvetlerin kullanılması dahil gerekli önlemleri alacağı ve temel hak ve özgürlükleri kısmen veya tamamen askıya alabileceği belirtilmiş, bu maddenin 3. fıkrasında ise devlet başkanının almış olduğu önlemler hakkında derhal Reichstag'ı bilgilendireceği, Reichstag'ın talebi halinde alınan önlemlerin geçerliliğinin askıya alınacağı ifade edilmiştir.

Weimar Cumhuriyeti döneminde devlet başkanı Anayasa'nın 48. maddesinin 2. fıkrasına dayanarak özellikle 1931-1932 yılları arasında yoğun bir şekilde kararname çıkarma yetkisini kullanmış; buna karşın, söz konusu dönemde parlamentonun kanun çıkartma faaliyeti önemli ölçüde azalmıştır. Kıyasa olanak sağlayabilmek için 1930 yılındaki kural koyma faaliyetini de içeren aşağıdaki tabloda bu durum açıkça görülmektedir.

**Tablo 1. Weimar Cumhuriyeti'nde  
1930-1932 Yılları Arasında Kural Koyma Faaliyetleri**

Yıllar	Parlamento Tarafından Çıkartılan Kanunlar	Başkan Tarafından Çıkartılan Kararnameler	Reichstag'da Oturum Günleri
1930	98	5	94
1931	34	44	41
1932	5	66	13

*Kaynak: Lepsius (1978) (Nakleden, Shugart ve Carey, s. 70).*

Devlet başkanının yasamaya ilişkin bir başka yetkisi; kanunları imzalama ve yayımlama ile erteleme yetkisidir. Anayasa'nın 70. maddesine göre; Anayasal süreçlere uygun olarak geçirilen bir kanunun devlet başkanı tarafından imzalanacağı ve bir ay içerisinde Alman *Resmi Gazete*'sinde yayınlanacağı belirtilmiştir. Kanunların ne zaman yürürlüğe

gireceği de Anayasa'da çözüme kavuşturulmuştur. Anayasa'nın 71. maddesine göre; aksi gösterilmedikçe kanunlar, Almanya'nın başkentinde (o dönemde de başkent Berlin idi) çıkan *Resmi Gazete'de* yayımlandıktan 14 gün sonra yürürlüğe girer. Anayasa'nın 72. maddesinde ise milletvekillerinin 1/3'ünün talebi halinde bir kanunun yayımlanmasının iki ay erteleneceği, Reichstag ve Reichsrat tarafından acil olarak nitelenen bir kanunun, milletvekillerinin 1/3'ünün erteleme talebi olsa bile devlet başkanı tarafından derhal yayımlanabileceği belirtilmiştir.

Weimar Anayasası devlet başkanına çeşitli atama ve azil yetkisi vermiştir. Devlet başkanının atama ve azil yetkilerinden birisi bakanlar kurulunu atamak ve azletmektir. Anayasa'nın 53. maddesine göre başbakan ile başbakanın talebi üzerine bakanların atanması ve görevden azilleri konusunda devlet başkan yetkilidir. Bu maddeye dayanarak, Devlet Başkanı Mareşal Hindenburg, parlamentonun eğilimlerini dikkate almayarak istediği kabineleri kurmuş ve azletmiş; bu durum ise hükümet istikrarsızlığı sorununa yol açmıştır (Fazla bilgi için bkz., Aldıkaçtı, s. 90, 112).

Weimar Anayasası'nın devlet başkanına tanıdığı bir başka tür atama ve azil yetkisi; devlet memurlarını atama ve işten çıkarma yetkisidir. Anayasa'nın 46. maddesine göre, federal kanun tarafından ayrıksı olarak belirtilenler dışında, devlet başkanı, özel statülü devlet memurlarını (Beamte) atama ve işten çıkarma konusunda yetkilidir. Başkanın bu yetkisi dışında, diğer bir takım yönetsel görevlerinin olabileceği yine maddede belirtilmiştir. Dikkat edileceği üzere bu maddede sadece özel statüye sahip olan memurların atanması ve işten atılması konusunda yetki devlet başkanına verilmiştir.

Weimar Anayasası, çeşitli defalar belirtildiği üzere güçlü bir devlet başkanı yaratmak istediğinden, yasama, atama ve azil yetkileri dışında devlet başkanına başka bir takım diğer yetkiler de tanımıştır. Bu yetkilerden birisi, devlet başkanının yabancı devletlerle olan ilişkilerinin sağlanması ve yabancı devletlerle anlaşma ve ittifak yapma yetkisidir. Gerçekten de, Anayasa'nın 45. maddesine göre, uluslararası hukuk alanında, Almanya'nın devlet başkanı tarafından temsil olunacağı, başkanın; Alman Devleti adına yabancı ülkelerle ittifak ve diğer anlaşmaları imzalayacağı, yabancı devletler nezdinde elçi tayin edeceği ve yabancı devlet elçilerini kabul edeceği belirtilmektedir. Ayrıca, devlet başkanı tarafından yabancı devletlerle yapılan ittifak ve anlaşmaların Alman

Parlamentosu'nu ilgilendirmesi durumunda söz konusu anlaşma ve ittifakların parlamento tarafından onaylanması gerektiği bu maddenin 3. fıkrasında belirtilmiştir.

Weimar Anayasası'nın devlet başkanına tanıdığı diğer yetkilerden birisi, devlet başkanının başkomutanlık yapma yetkisidir. Weimar Anayasası'nda devlet başkanının savaş ilan etme yetkisi konusunda herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen, devlet başkanının başkomutanlık yapma yetkisi konusunda açık bir hüküm bulunmaktadır. Gerçekten de, Anayasa'nın 47. maddesine göre devlet başkanı bütün ordu kuvvetleri üzerinde başkomutanlık yapma yetkisine sahiptir.

Weimar Anayasası'nın devlet başkanına diğer yetkilerden bir başkası, devlet başkanının ordu kuvvetlerini kullanma yetkisidir. Anayasa'nın 48. maddesinin 1. fıkrasına göre; bir eyalet, Anayasa'da veya federal yasada gösterilen yükümlülüklerini yerine getirmese, devlet başkanının, o eyaletin yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamak üzere ordu kuvvetlerini kullanma yetkisi vardır.

Devlet başkanına tanınan diğer yetkilerden bir diğeri; hususi af çıkartma yetkisidir. Anayasa'nın 49. maddesine göre, hususi af konusunda devlet başkanının yetkisi koşulsuz olup mutlaklıdır. Bununla birlikte, genel af konusunda devlet başkanının doğrudan bir yetkisi bulunmamaktadır. Genel affın özel bir kanuna dayanması gerektiği bu maddede açıkça belirtilmiştir.

Weimar Anayasası'nda yürütmenin bir başka unsuru hükümet olarak belirlenmiş ancak devlet başkanına kıyasla hükümetin yürütme iş görüsellığı bakımından rolü son derece silik ve zayıf olarak düzenlenmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere Anayasa'nın 53. maddesi gereği başbakan (chancellor) ve bakanlar, devlet başkanı tarafından atanmakta ve azledilmektedir.

Çeşitli defalar belirtildiği üzere başkancı parlamenter ya da süper başkanlık sisteminin ayırıcı özelliğinden birisinin hükümetin sadece devlet başkanı tarafından değil, aynı zamanda parlamento tarafından da güvensizlik oyuyla düşürülebileceği esastır. Nitekim Weimar Anayasası'nda da bu esas kabul edilmiştir. Daha somut bir deyişle, Anayasa'nın 54. maddesine göre başbakan ve bakanların görevlerine başlayabilmeleri için Reichstag'ın güvenoyuna sahip olmaları gerekmekte, Recihstag tarafından açık bir güvensizlik oyu alan başbakan veya bakanın istifa etmesi gerektiği belirtilmektedir.

Bakanlar Kurulu'nun çalışma ve usulleri hakkında, Anayasa'nın 55. maddesinde ilginç bir hükme yer verilmiştir. Bu maddede; Bakanlar Kurulu'nun toplantılarına başbakanın başkanlık edeceği, Bakanlar Kurulu'nun çalışma usul ve esaslarının hükümet tarafından belirlenecek ve devlet başkanı tarafından onaylanacak kurallara tabi olacağı ifade edilmiştir. Türkiye'de günümüzde bile Bakanlar Kurulu'nun çalışma usul ve esaslarını gösteren bir kurallar demeti bulunmaması ve bunun yokluğunun hissedilmesine rağmen, yaklaşık 90 yıl önce Almanya'da, Bakanlar Kurulu'nun çalışma usul ve esasları hakkında Anayasa'ya bir hüküm konulmasının takdir edilecek bir husus olduğu açıktır.

Başbakan ve bakanların görevi ve sorumluluğu Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk tümcesinde; başbakanın siyasi yol haritasını belirleyeceği ve söz konusu haritadan dolayı Reichstag'a karşı sorumlu olduğu belirtilmiş, ikinci tümcesinde ise bakanların siyasi yol haritası çerçevesinde bakanlığını özgür bir şekilde yöneteceği ve yönetiminden dolayı Reichstag'a karşı sorumlu olduğu belirtilmiştir.

Bakanlar Kurulu'nun karar alma usulü Anayasa'nın 58. maddesinde gösterilmiştir. Bu maddede; Bakanlar Kurulu'nun oy çokluğuyla karar alacağı, kararın alınmasında bir dar boğazın bulunması halinde devlet başkanının kararının belirleyici olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm bile hükümetin yürütme içerisinde zayıf ve silik bir şekilde düzenlendiğini tek başına kanıtlamaya yetmektedir.

### 3. Yasama

Weimar Anayasası'nda, Alman Parlamentosu iki kamaralı olarak öngörülmüştür. İlginç bir düzenleme tarzı olarak; parlamentonun alt kamarası olan Reichstag ikinci bölümde, üst kamarasını oluşturan Reichsrat ise dördüncü bölümde düzenlenmiştir.

Weimar Anayasası'nın ikinci bölümünde Reichstag'ın yapısı ve çalışma usulü ayrıntılı bir şekilde gösterilmektedir. 20. maddede Reichstag üyelerinin bir başka deyişle milletvekillerinin Alman halkı tarafından seçilecek temsilcilerden oluşacağı, 21. maddede ise milletvekillerinin sadece seçim bölgelerini değil tüm ulusu temsil edecekleri, milletvekillerinin talimata göre değil vicdani kanaatlarına göre hareket edecekleri belirtilmiştir.

Anayasa'nın 22. maddesinde milletvekilliği seçiminde oy verme (seçme) yeterliliği ve seçim ilkesine temas edilmektedir. Bu maddede; 20 yaşını geçen kadın ve erkeklerin oy hakkına sahip olduğu, milletvekilliği seçiminin genel, eşit, tek dereceli ve gizli oy esaslarına uygun olarak yapılacağı, seçimlerin pazar günü veya bir resmi tatilde yapılacağı belirtilmiştir. Bu maddede ayrıca, kimi yazarlarca Weimar Cumhuriyeti'nin çöküş nedeni olarak gösterilen milletvekilliği seçiminin nispi temsil esasına göre yapılacağı da vurgulanmıştır.

Anayasa'nın 23. maddesinde Reichstag'ın 4 yıl için seçileceği, gelecek parlamento seçimlerinin 4 yıllık sürenin son ermesinden itibaren en geç 60 gün içerisinde yapılacağı ve seçimlerin yapılmasından itibaren en geç 30 gün içerisinde Reichstag'ın ilk toplantısını yapacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 24. maddesinde Reichstag'ın toplantıları düzenlenmektedir. Maddede, Reichstag'ın her yıl, hükümetin iştirakiyle, kasım ayının ilk çarşamba günü toplanacağı, devlet başkanı veya milletvekillerinin 1/3'ünün talebiyle Reichstag Başkanı tarafından daha önce de toplantıya çağrılacağı ifade edilmektedir.

Anayasa'nın 26. maddesinde Reichstag'ın; başkanını, başkan vekilini ve sekreterlerini seçeceği ve iç tüzüğünü kendisinin oluşturacağı ifade edilmiş, 27. maddede ise yasama dönemi aralığı veya seçim sürecinde görev süresi dolan başkan ve başkan vekilinin işleri görmeye devam edeceği belirtilmiştir.

Anayasanın 28. maddesinde; Reichstag başkanının yönetsel yetkisi konusunda ilginç bir hükme yer verilmektedir. Maddede, başkanın, Reichstag'ın iç faaliyetlerini yöneteceği ve Reichstag binasında güvenlik yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Yine maddede; Başkanın, Almanya Federal bütçesiyle uyumlu olarak Reichstag'ın gelir ve giderleri konusunda karar verme yetkisinin bulunduğu ve Reichstag'ın yönetiminden sorumlu olduğu ifade edilmiş, başkanın, Reichstag'ın yönetimiyle ilgili uyuşmazlıklarda ve hukuki işlerde Reichstag'ı temsil edeceği vurgulanmıştır.

Weimar Anayasası, Reichstag'ın yasama faaliyetlerinin saydam olması esasını benimsemiştir. Anayasa'nın 29. maddesinde; Reichstag oturumlarının halka açık olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, elli milletvekilinin başvurması ve Reichstag'ın 2/3'ünün kararıyla kapalı

oturum yapılabileceği ayrık bir durum olarak bu maddede belirtilmiştir. 30. maddede ise, halka açık nitelikteki Reichstag genel kurulu veya komisyonlarında yapılan görüşmelerin halka doğru bir şekilde duyurulmasının herhangi bir sorumluluk doğurmayacağı ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 31. maddesi; Reichstag bünyesinde bir mahkemeden söz eden ilginç bir maddedir. Maddede; Reichstag bünyesinde "*Seçim Soruşturma Mahkemesi*" kurulacağı, söz konusu mahkemenin görevinin Reichstag üyesinin milletvekilliğinin düşürülüp düşürülmeyeceğine karar vermek olduğu, "*Seçim Soruşturma Mahkemesi*"nin üyelerinin üçünün milletvekilliği dönemiyle sınırlı olmak üzere Reichstag milletvekillerinden, ikisinin ise Almanya Yönetim Mahkemesi Kurulu tarafından önerilen ve devlet başkanı tarafından atanacak Almanya Yönetim Mahkemesi üyelerinden oluşacağı belirtilmiştir. Yine bu maddede; Seçim Soruşturma Mahkemesi'nin söz konusu beş üyeye toplanacağı, halka açık ve sözlü oturum usulü sonucu kararını vereceği, Seçim Soruşturma Mahkemesi'nin Reichstag dışında uygulayacağı usulü, devlet başkanı tarafından atanan Almanya Hükümet Komiseri'nin belirleyeceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 32. maddesinde Reichstag'ın karar yeter sayısı düzenlenmektedir. Maddede; Anayasa'da aksi gösterilmedikçe Reichstag'ın karar yeter sayısının basit çoğunluk olduğu, Reichstag seçimleri sırasında iç tüzüğün bu kuraldan ayrık durumlar öngörebileceği, toplantı yeter sayısının iç tüzükte ayrıca gösterileceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 33. maddesi; Reichstag'da yapılan toplantılara hükümetin ve diğer birimlerin çağrılması olgusunu düzenlemektedir. Maddede; Reichstag ve Reichstag komitelerinin başbakan dahil bakanların ve bakanlık mensuplarının toplantıda hazır bulunmalarını isteme yetkilerinin bulunduğu, başbakan, bakanlar ve bakanlık yetkililerinin de Reichstag ve komitelerinde yapılan oturumlara katılma haklarının bulunduğu, ayrıca, söz konusu oturumlara eyaletlerin konu hakkındaki görüşünü sunmak üzere kendi yetkili temsilcilerini gönderme haklarının bulunduğu, Reichstag ve komitelerinin gündeminde olmasa bile eyalet ve özeksel yönetim temsilcilerinin dinlenilmesi gerektiği, öngörülen bu usulden Reichstag başkanı veya ilgili komite başkanının sorumlu olduğu belirtilmiştir.

Weimar Anayasası; Reichstag bünyesinde soruşturma komiteleri kurulabileceği esasını benimsemektedir. Anayasa'nın 34. maddesine

göre Reichstag bünyesinde soruşturma komiteleri kurulabilir, hatta milletvekillerinin 1/5'i talep ettiği takdirde soruşturma komitelerinin kurulması zorunludur. Soruşturma komitelerinin kamuya açık oturumlarda gerekli kanıtları toplayacağı, ancak üyelerinin 2/3'ünün kabul etmesi halinde, komite çalışmalarının halka kapatılacağı, komitelerin istemlerine mahkeme ve yönetimin yanıt vermesinin zorunlu olduğu, komitelerin yönetim tarzı ile soruşturma usulünün Ceza Usulü Kanunu'nda öngörülen süreçlere tabi olduğu, ancak soruşturma yapılırken mektup, telgraf ve telefonların gizliliğinin ihlal edilemeyeceği maddede ayrıca belirtilmiştir.

Weimar Anayasası; Reichstag bünyesinde çeşitli daimi komitelerin kurulacağını da belirtmektedir. Daha somut olarak Anayasa'nın 35. maddesinde; dış ilişkiler konusunda görev yapmak üzere Reichstag'ın tatile girdiği, süresinin bittiği veya Reichstag'ın feshedilip yenisi toplanıncaya kadar dönemde de toplantı yapan bir daimi komitenin kurulacağı ve söz konusu komitenin toplantılarının halka kapalı olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, komite üyelerinin 2/3'ünün kabul etmesi halinde komite toplantısının halka açık olacağı yine bu maddede belirtilmiştir. Anayasa'nın 35. maddesinde kurulması öngörülen bir başka komite, parlamentonun haklarını koruyacak ve hükümete karşı ileri sürecek olan daimi komitedir. Bu komitenin de dış ilişkiler konusunda kurulacak daimi komite gibi toplanacağı maddede belirtilmiş ve daimi komitelerin statülerinin soruşturma komitelerinin statüleriyle eş olduğu maddede ayrıca vurgulanmıştır.

Milletvekillerinin yasama sorumsuzluğu Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, milletvekilleri; görevini yerine getirirken yaptığı konuşmalardan veya parlamento içi veya dışında kullanmış olduğu oylardan dolayı herhangi bir mahkemede yargılanamaz.

Milletvekillerinin yasama dokunulmazlığı ise Anayasa'nın 37. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, milletvekilleri; suçüstü veya suçtan bir gün sonra yakalanmadıkça Reichstag'ın izni olmadan yasama dönemi boyunca tutuklanamaz, sorguya çekilemez. Maddede, milletvekilinin görevini yerine getirmesine engel olacak nitelikteki kişisel özgürlük sınırlamaları durumunda da izin sisteminin geçerli olduğu, milletvekili hakkındaki cezai soruşturma ve kovuşturmalarda



milletvekilinin tutulması veya başka türlü özgürlüğünü sınırlandıracak cezai süreçlerin Reichstag'ın talebi üzerine yasama döneminin sonuna bırakılacağı da belirtilmiştir.

Milletvekillerinin sır saklama yükümlüğü Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede, milletvekillerinin görevini yerine getirirken öğrendikleri veya milletvekillerine kişisel olarak verilen gizli bilgiler hakkında milletvekillerinin açıklama yapmayı reddetme haklarının bulunduğu belirtilmiş ve Reichstag odalarında yapılacak arama veya el koymanın Reichstag başkanının izni olmadan yapılamayacağı ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 39. maddesi izin konusunda ilginç bir hükme yer vermektedir. Maddede yüksek dereceli memur (beamte) ve askerlerin milletvekili seçilmeleri halinde görevlerinden istifa etmelerinin zorunlu olmadığı, bunlara yeteri kadar izin verileceği belirtilmiştir.

Weimar Anayasası'nda milletvekillerine çeşitli ayrıcalıklar da tanımlanmıştır. Anayasa'nın 40. maddesinde; milletvekillerinin Alman demiryollarında ücretsiz seyahat edeceği ve onların diğer seyahat harcamalarının ilgili kanuna göre tazmin edileceği belirtilmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere Weimar döneminde üst kamara olarak Reichsrat teşkil edilmiştir. Anayasa'nın 60. maddesine göre Reichsrat; Alman eyaletlerini sadece yasama erkinde temsil etmek üzere oluşturulmamış; bunun yanında, yürütme erkinde de temsil etmek üzere oluşturulmuştur. Anayasa'nın 61. maddesinde; Reichsrat'ta her eyaletin en az bir oyu bulunması koşuluyla eyaletin, Reichsrat'taki temsilci sayısının, nüfusunun 700.000 ve katlarına göre belirleneceği, yapılan hesaplama sonucu eyaletin nüfusunun 350.000 ve üzeri artık nüfusunun bulunması durumunda, bunun da 700.000 olarak kabul edileceği, hiç bir devletin Reichsrat'ın toplam sandalye sayısının 2/5'inden fazla oy hakkına sahip olmayacağı ve oy sayılarının her genel nüfus sayımından sonra yeniden saptanacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 62. maddesinde Reichsrat tarafından oluşturulan komitelerde bir eyaletin birden fazla temsilci bulunduramayacağı, 63. maddede ise Reichsrat bünyesinde eyaletlerin; ilgili hükümetlerinin üyeleri tarafından temsil edileceği, bununla birlikte Prusya eyaletini temsil edecek üyelerin yarısının Prusya eyaletindeki yerel kuruluşlar tarafından seçileceği belirtilmiştir.

Kanımızca, Prusya eyaletinin kalabalık olması nedeniyle bu şekilde bir özel hüküm konulmuştur.

Anayasa'da; Reichsrat ile Alman hükümeti arasında bir takım görev bağımlılıklarına da temas edilmektedir. Gerçekten de, Anayasa'nın 64. maddesinde Reichsrat üyelerinin 1/3'ünün talep etmesi halinde, Alman hükümetinin Reichsrat'ı toplantıya çağırmakla yükümlü olduğu, 65. maddede ise Reichsrat ve onun komitelerinin başkanlığını hükümet üyelerinden birisinin yapacağı, hükümet üyelerinin talep üzerine zorunlu olmak üzere Reichsrat ve onun komitelerinin toplantılarına katılma yetkisinin olduğu ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 66. maddesi önerge hakkından bahsetmektedir. Maddede; Alman hükümeti ile Reichsrat üyelerinin Reichsrat'ta önerge verme haklarının bulunduğu, Reichsrat'ın çalışma usul ve esaslarının onun iç tüzüğüyle düzenleneceği, Reichsrat'taki yapılacak genel kurul toplantılarının; ayrıkısı durumlar dışında halka açık olduğu ve karar yeter sayısının basit çoğunluk olduğu ifade edilmektedir.

Reichsrat'ın Almanya'nın yönetimi konusunda rolü ise bu bölümün son maddesi olan 67. maddede düzenlenmiştir. Maddede; bakanların, Almanya'nın yönetimi konusunda Reichsrat'ı bilgilendirmek zorunda olduğu, önemli konuların tartışıldığı hallerde Bakanların ilgili Reichsrat komitesinin fikrini almak zorunda olduğu belirtilmiştir.

Weimar Anayasası'nın beşinci bölümü yasama sürecini düzenlemektedir. Bu bölümün ilk maddesi olan 68. maddede; kanun taslaklarının hükümet üyeleri veya milletvekilleri tarafından önerilebileceği ve kanunların Reichstag tarafından kabul edileceği belirtilmiştir.

Kanun tasarılarında Reichsrat'ın rolü 69. maddede belirtilmiştir. Bu maddede; hükümet tarafından bir kanun tasarısının sunulabilmesi için Reichsrat'ın onayının şart olduğu, hükümet ile Reichsrat'ın uyuşmadığı durumlarda da hükümetin kanun tasarısı sunabileceği, ancak Reichsrat'ın farklı görüşünü de tasarımı sunarken belirtmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Reichsrat'ın hükümetin benimsemediği bir kanun tasarısını kabul etmesi durumunda; tasarının Reichsrat tarafından Reichstag'a gönderilirken hükümetin farklı görüşünün de tasarıya eklenmesi gerektiği yine bu maddede belirtilmiştir.

Reichstag ile Reichsrat arasındaki yasama süreci ilişkileri, yukarıda devlet başkanının veto yetkisi incelenirken temas edildiğinden burada

tekrar üzerinde durulmayacaktır. Yasama süreci bakımından son olarak iki konu incelenecektir. Bunlardan birisi anayasa değişikliği yapılması, diğeri ise genel yönetsel düzenleme yapılması konusudur. Anayasa değişikliği yapılması Anayasa'nın 76. maddesinde işlenmiştir. Maddede; Anayasa'nın kanunla değiştirilebileceği, Anayasa değişiklik tekliflerinin Reichstag'da görüşülebilmesi için milletvekillerinin ez az 2/3'ünün hazır bulunması, hazır bulunan milletvekillerinin ise 2/3'ünün değişiklik önerisini kabul etmesinin gerektiği, bu koşulların Reichsrat bakımından da geçerli olduğu, Anayasa değişikliklerinin halkoyuna götürülmesi durumunda, Anayasa değişikliğinin kabul edilebilmesi için seçime katılanların çoğunluğunun değişiklik yönünde oy kullanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu maddenin son fıkrasında dikkat çekici bir hükme yer verilmiştir. Söz konusu fıkraya göre, Reichsrat'ın itirazına rağmen Reichstag anayasa değişiklik teklifini kabul etse bile bu durumda devlet başkanı Anayasa değişikliğini yürürlüğe sokamaz; yeter ki Reichsrat, Reichstag'ın kararından itibaren iki haftalık bir zaman dilimi içerisinde halkoyuna gidilmesine karar vermiş olsun. Bu hüküm devlet başkanının Anayasa değişikliklerini yürürlüğe sokma yetkisine ilginç bir sınırlama oluşturmaktadır.

Bu bölümün son maddesinde (77. maddede) genel yönetsel düzenlemeler konusuna yer verilmektedir. Maddeye göre, aksi mevzuatta gösterilmediği müddetçe, hükümetin genel idari düzenlemeler yapma yetkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte; yürütülmesi eyalet organlarının sorumluluğunda bulunan genel yönetsel düzenlemelerin geçerli olabilmesi için Reichsrat'ın kabulünün aranacağı ayrıca bu maddede belirtilmiştir.

#### 4. Weimar Anayasası'nın Çöküşü ve Nedenleri

19 Ağustos 1919 tarihinde yürürlüğe giren Weimar Anayasası resmi olarak II. Dünya Savaşı sonrası 1948 yılında ortadan kaldırılmasına rağmen, fiilen 1933 yılında Hitler'in Başbakanlığı döneminde çıkartılan bir yasayla örtülü olarak çökmüştür. Bu açıdan Weimar Anayasası'nı çökerten Hitler ve Naziler'in nasıl iktidara geldiğinin kısaca incelenmesi yerinde olacaktır.

Weimar Cumhuriyeti döneminde, Almanya, hiç bir zaman temel bir siyasi uzlaşma yapmayı başaramamıştır. Ülke bu dönemde, demok-

rasiye inanmayan ve toplumun geniş kesimlerinden destek bulan aşırı sağ ve aşırı sol şeklindeki kutuplara da ayrılmıştır. Bu dönemde ülke, aynı zamanda ekonomik bir felaket halinde de bulunmaktaydı. Birçok Alman yurttaşına göre, Weimar dönemi; yoksulluk, ulusal onursuzluk ve Reichtag'ta yapılan kısır tartışmalarla eş anlam taşımaktaydı. Weimar Almanya'sı döneminde, Hitler; güçlenebilmesini sağlayabilmek için daha önceden toplum içerisinde var olan endişe ve korkuyu sürgit bir şekilde abartmış ve beslemiş; bir başka deyişle, toplumsal yarayı sürgit bir şekilde kaşımıştır. Bu dönemde var olan siyasal parçalanmışlık, bir lider ve etkin bir organizasyon tarafından siyasal bir güce dönüştürülmüştür. Bu dönüşümü sağlayan Hitler ve Naziler'dir (Dragnich, Rasmussen, Moses, 1991, s. 329). Ülkede var olan siyasal parçalanmışlığın, Hitler ve Naziler tarafından nasıl bir siyasi güce dönüştürüldüğü aşağıda anlatılmaktadır.

I. Dünya Savaşı sonrası imzalan Wersailles Barış Antlaşması'nın Almanya açısından getirdiği ağır koşullar ve yaygın ekonomik sıkıntılardan duyulan hoşnutsuzluktan dolayı Almanya'da hızla milliyetçilik akımları yükselmiş ve 1930 yılına doğru seçmenlerin 1/3'ü aşırı partilere oy vermişlerdir. Bunların arasında omurgasını sivil yaşama uyum sağlayamayan askerlikten terhis edilmiş kişilerin oluşturduğu Hitler'in Nazi Partisi de bulunmaktaydı. Bu parti kurulduktan kısa bir süre sonra topluma uyum sağlayamayanları, huysuz ve garip tipleri (cranks), siyasi maceracıları, sabikalıları ve bazı idealist grupları bünyesinde toplamıştır. Nazi Partisi, 1930 yılına doğru alt-orta gelir gruplarından, gençlerden ve askerlerden, finans ve iş dünyasından da de büyük destek görmeye başlamıştır. Askeri bir sıra düzenine uygun olarak organize olan bu parti, heyecanlı grupları tahrik etmiş, diğer partilerin toplantılarını basarak şiddeti sokağa taşımıştır (Dragnich, Rasmussen, Moses, 1991, s. 329, 330).

1932 yılında yapılan seçimde, Hitler'in Nazi Partisi 14 milyon oy alarak diğer tüm partileri geride bırakmış ve Reichstag'ın toplam %40'lık sandalyesini kazanmıştır. Bu durum Hitler'in yasal olarak güç elde etmesine olanak sağlamıştır. Ülke o yıl siyasi, ekonomik ve sosyal kaosun ortasında bulunduğu için Başkan Hindenburg, Nazi sempatizanı olmasa da, bir iç karışıklığa meydan vermemek için Hitler'i çağırarak bir "Ulusal Güç Birliği" hükümeti kurmasını istemiş, böylelikle Nazi ve milliyetçilerin iktidar gücünü paylaşmalarını istemiş ve onlara ül-

kenin sorunlarını çözmelerini salık vermiştir. Hitler; kurmuş olduğu hükümette sadece üç bakanlığı kendi partisine bırakmıştır. Hitler'in kendi partisine bıraktığı bakanlıkların sayısı az da olsa Nazi Partisi; söz konusu bakanlıklarda kilit bir konumda bulunduğu için bu bakanlıklar aracılığıyla hükümeti kolaylıkla denetim altına almıştır (Bkz., Dragnich, Rasmussen, Moses, 1991, s. 330).

Hitler'in başbakanlığı sırasında, 27 Şubat 1933 tarihinde Reichstag binasında bir yangın çıkmış, Hitler; yangınla ilgili olarak komünistleri suçlamıştır. Ertesi gün başkan Hindenburg'un yanına giden Hitler, hazırlanmış olduğu Reichstag Yangını Kararnamesi'ni Başkan Hindenburg'a imzalatmış, Anayasa'nın 48. maddesine dayanan bu kararnameyle kişi hak ve hürriyetleriyle ilgili anayasanın bir kısım maddeleri askıya alınmış ve hükümete siyasi toplantılara karşı sert ve katı önlemler alma yetkisi verilmiştir ([http://en.wikipedia.org/wiki/Weimar\\_Republic](http://en.wikipedia.org/wiki/Weimar_Republic), erişim tarihi, 6.4.2006).

Ajan provokatörlük ve diğer yöntemlerle yangını çıkartanları bulacağı vadiyle Başkan Hindenburg'u kandırarak böyle bir kararname elde eden Hitler, kararnamenin çıktığı günden bir hafta sonra, bir başka deyişle, 5 Mart 1933 tarihinde yapılmak üzere Reichstag'ın seçimle yenilenmesi kararını almıştır. Bu tarihte yapılan parlamento seçimleri sadece görünüşte demokratik bir nitelik taşımıştır. Naziler, bu seçimde, muhalefetin radyo ve yazılı basını kullanmasını engellemiş; muhaliflerin siyasi toplantılarını engellemiş, diğer partilerin binalarını yağmalamış, tahrip etmiş ve onların etkinliklerine baskın yapmışlardır. Böyle bir atmosferde yapılan seçim sonucunda da, Nazi ve onun müttefiki milliyetçiler meclisteki sandalye sayısının yarısından çoğunu kazanmışlardır ([http://en.wikipedia.org/wiki/Weimar\\_Republic](http://en.wikipedia.org/wiki/Weimar_Republic), Erişim Tarihi, 6.4.2006 ve Dragnich, Rasmussen, Moses, 1991, s. 330).

Naziler tarafından 23 Mart 1933 tarihinde Reichstag'tan geçirilen Yetkilendirme Kanunu (Gleichschaltung) ile Weimar Anayasası örtülü bir şekilde ortadan kaldırılmıştır. Bu kanunla, geleneksel yöntem olan yasaların Reichstag tarafından çıkarılması usulüne ek olarak, hükümete de kanun çıkartma yetkisi tanınmıştır. Söz konusu kanunla, yasama süreciyle ilgili Anayasa'nın 68-77. maddelerinin, hükümet tarafından çıkartılacak kanunlar açısından geçerli olmadığı ifade edilmiştir. Yetkilendirme kanunuyla, Anayasa'da öngörülen yasama süreci değiştirildiği için Weimar Anayasası örtülü olarak kaldırılmıştır (<http://en.wikipedia>.

org/wiki/Weimar\_constitution, Erişim Tarihi, 10.05.2006).

Weimar Anayasası'nın 1933 yılında örtülü olarak kaldırıldığı konusunda öğretide bir uzlaşma olmasına rağmen, Weimar Anayasası'nın neden çöktüğü konusunda yazarlar arasında düşünce farklılıkları bulunmaktadır.

Sartori'ye göre Weimar Anayasası'nın çöküş nedeni; büyük ölçüde anayasa-dışı unsurlardır. Bunlardan ilki, ülkenin çok parçalanmış ve kutuplaşmış bir sistemi sisteme sahip olmasıdır. Parçalanmış ve kutuplaşmış parti sistemini ise Anayasada ifade edilen tek bir ulusal seçim çevresine sahip "saf" bir nispi temsil sistemi beslemiştir (Sartori, s. 170).

Weimar Anayasası'nın çöküşünün Sartori'ye göre ikinci nedeni; başkanın basit çoğunlukla seçilmesidir. Yazara göre Weimar döneminde devlet başkanlığı seçiminde yapılan ikinci tur usulü; birinci turda en fazla oy alan üç kişinin ikinci tura katılmasına olanak sağladığı için iki köşeli ve iki kutupluluğu teşvik edecek bir yarışın ortaya çıkmasını engellemiş, parçalı bir siyasi yapıya yol açmıştır (Sartori, s. 170).

Sartori; devlet başkanına tanınan kararname çıkarma, fesih ve referandum araçları gibi yetkilerin kötüye kullanılmasının Anayasa'nın çöküşü için bir neden olamayacağını, bu araçların kötüye kullanıldığını ancak kötüye kullanılmasının haklı sebepleri bulunduğunu, Weimar Anayasası'nı çökerten öldürücü nedenin, Almanya'yı diğer batı ülkelerinden çok daha kötü bir şekilde etkileyen 1929 "Büyük Depresyon"unun olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, Weimar Anayasası çeşitli kusurlarına rağmen son derece zeki ve kıvrak bir yaklaşımla hazırlanmıştır. Yazar; eğer Almanya 1919 yılında yarı başkanlık rejimi yerine parlamenter rejim tipinde bir anayasa yapmış olsaydı, söz konusu anayasanın Weimar Anayasası'ndan çok daha önce, daha somut deyişle Avrupa'da görülmüş en ağır enflasyonun markı toz getirdiği 1923 yılından önce çökeceğini savlamaktadır (Bkz., Sartori, s. 170, 171).

Dragnich, Rasmussen ve Moses; Sartori'den farklı düşünerek Weimar Anayasası'nın çöküş nedeni olarak farklı ve felsefi bir açıklama yapmaktadırlar. Yazarlara göre; Weimar Anayasası, demokrasi kuramcılarınca ne kadar beğenilirse beğenilsin o dönemde Alman toplumunda geçerli olan siyasal değer yargıları, Weimar Cumhuriyeti'ne yaşam hakkı tanımamıştır. Yazarlar; Avrupa'da, 19. yüzyılın ikinci yarısından

itibaren yayılan özgürlükçü demokrasi değerlerinin, Almanya'yı pek fazla etkilemediğini, 1871 yılından 1918 yılına kadar imparatorlukla yönetilen Alman toplumunun; otokratik (baskıcı) İmparatorluk yönetimine itaat düşüncesini ve yurttaşın görevinin kanun yapımına katılmak değil sadece kanuna uymak olduğu şeklindeki siyasi değer yargısını benimsediğini ifade etmektedirler. Yazarlara göre; I. Dünya Savaşı sonucunda Almanya'da sadece otokratik imparatorluk sistemi ortadan kaldırılabilmiş, toplumda geçerli olan politika değerleri ve anlayışı yok edilememiştir. Yazarlar; I. Dünya Savaşı'ndan sonra Almanya'nın, demokrasiye, kendi isteğiyle değil savaştan galip çıkan devletlerin zorlamasıyla geçtiğini, bu yüzden de Weimar Cumhuriyeti'nin, demokratik değerleri destekleyecek ve teşvik edecek bir etkinlik göstermediğini ve topluma demokratik değerleri özümsetmeye yetecek ölçüde uzun süre de yaşayamadığını belirtmektedirler. Yazarlar, ayrıca, Hitler döneminde, Almanya'nın, imparatorluk döneminden çok daha katı bir otokratik sisteme dönüştüğünü vurgulamaktadırlar (Dragnich, Rasmussen, Moses, 1991, s. 336).

*Wikipedia, the free Encyclopedia*'ya göre, Weimar Cumhuriyeti'nin çöküşünün bir değil, birden fazla nedeni bulunmaktadır. Söz konusu ansiklopediye göre; Weimar Anayasası'nın çöküş nedeninin ilki, nispi temsil ve liste usulüyle seçim sistemidir. Ansiklopedi, nispi temsil ve liste usulüyle seçim sisteminin; küçük partilerin lehine işlediğini, çoğunluğu siyasi yelpazenin uçlarında yer alan partilerin güçlenmesine yol açtığını dolayısıyla söz konusu sistemde parlamento çoğunluğuna dayalı işleyen bir hükümet kurma ve yaşatmanın güç olduğunu, sık sık hükümet değişikliğinin gözlendiğini ifade etmektedir. Nitekim; Almanya'da yapılan 1930 ulusal seçimine 28 siyasi parti katılmış, 1933 seçimlerine ise 40 farklı parti katılmıştır ([http://en.wikipedia.org/wiki/Weimar\\_constitution](http://en.wikipedia.org/wiki/Weimar_constitution), Erişim Tarihi, 10.05.2006).

*Wikipedia, the free Ancylopedia*'ya göre, Weimar Cumhuriyeti'nin çöküşünün ikinci nedeni; devlet başkanına aşırı yetki verilmesidir. Yukarıda ayrıntılı olarak görüldüğü üzere, Weimar Anayasası devlet başkanına; Reichstag'ın güvenoyuna sahip olsa bile başbakanı azil etme, Reichstag'da yeterli desteği olmasa bile başbakanı atama yetkisi olanağı vermektedir. Bundan da öte, Anayasa'yla oluşturulan sistem; parlamenter ve başkanlık sisteminin bir karışımıdır. Weimar Cumhuriyeti dönemindeki devlet başkanı "İmparatorun yerine geçen kişi" olarak

betimlenmiş ve imparatorun sahip olduğu bazı yetkilere sahip olmuştur. Ansiklopedi, devlet başkanının, Anayasa'nın 48. maddesine dayanarak acil kararname çıkarma yetkisine sahip olduğunu, söz konusu yetkiyle kişi hak ve hürriyetlerini askıya alma yetkisine sahip olduğunu; buna karşın Anayasa'nın etkili bir kontrol ve denge sistemi kurmadığını, bu durumun Hitler'e, başbakan olduktan kısa bir süre sonra devleti ele geçirme yönünde uygun bir ortam sağladığını ifade etmektedir ([http://en.wikipedia.org/wiki/Weimar\\_constitution](http://en.wikipedia.org/wiki/Weimar_constitution), Erişim Tarihi, 10.05.2006).

Wikipedia, the free encyclopedia'ya göre, Weimar Cumhuriyeti'nin çöküşünün üçüncü nedeni; devlet yetkilerinin özekselleşmesi (merkezi) idare ile yerel yönetimler arasında dengesiz dağılımıdır. Ansiklopediye göre; Prusya, "devlet içerisinde devlet" denilebilecek ölçüde diğer eyaletlere kıyasla Almanya'nın büyük ve geniş bir eyaletini oluşturmuştur. Bundan da öte, özekselleşmeye, iç güvenlikle ilgili bazı konularda eyaletler üzerinde kontrol yetkisi verilmemiş, hatta özel hukukla ilgili kanunları uygulama görevi bütünüyle yerel yönetimlere bırakılmıştır. Ansiklopedi, özekselleşmeye daha fazla yetki tanınabilseydi, Weimar Cumhuriyeti'nin daha istikrarlı bir yapıya kavuşacağını savlamaktadır. Bunlardan başka, söz konusu ansiklopedi, Weimar Anayasası'nın olumsuz sosyal, ekonomik ve siyasi koşullar altında kurulduğunu, bu durumun, bazı tarihçileri, söz konusu Anayasa'nın daha doğumundan itibaren talihsiz bir kadere sahip olduğu düşüncesini benimsemeye yönelttiğini ifade etmektedir ([http://en.wikipedia.org/wiki/Weimar\\_constitution](http://en.wikipedia.org/wiki/Weimar_constitution), Erişim Tarihi, 10.05.2006).

Buraya kadar Weimar Anayasası'nın çöküş nedeni olarak ileri sürülen tüm fikirlerde bir gerçeklik payı olmasına rağmen, kanımızca, söz konusu Anayasası'nın çöküşü temel olarak iki nedene indirgenebilir. Bunlardan ilki, İmparatorluk rejiminden cumhuriyetçi demokratik rejime geçildikten sonra cumhuriyetin omurga değerleri hakkında halka bir bilinç aşıl原因aması sonucu Weimar Cumhuriyeti'ni koruma doğrultusunda halkta bir arzu ve istemin oluşmamasıdır. Weimar Cumhuriyeti'nin çöküşünün ikinci temel nedeni ise Anayasa'nın, kurmuş olduğu cumhuriyeti koruyacak düzeneklere sahip olmamasıdır. Anayasa'nın cumhuriyeti koruyacak düzeneklere; bir başka deyişle sigorta sistemine sahip olmaması, Hitler'in Weimar Anayasası'na öldürücü bir darbe vurmasına yol açmıştır.



## II. Rusya Federasyonu

Bu kısımda Rusya'da demokrasiye geçiş ve Anayasa yapımı süreciyle Rusya Federasyonu Anayasası'nda düzenlenen yasama ve yürütme erkleri üzerinde durulacaktır. Daha sonra ise Rusya Federasyonu Anayasası'nın geleceği konusuna temas edilecektir.

### 1. Rusya'da Demokrasiye Geçiş ve Rus Anayasası Yapım Süreci

Dağılan Sovyetler Birliği başkanlarından Gorbaçov 1980'li yıllarda siyasi sözlüğe glasnost (açıklık) ve perestroika (yeniden yapılanma) kavramlarını kazandırmış ve önceki Sovyetler Birliği'nde ortaya çıkan bu kavramların nasıl bir siyasi gelişmeye yol açacağı konusunda yazarlar farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Ünlü siyaset bilimcisi Samuel Huntington; önceki Sovyetler Birliği'nde ortaya çıkan bu kavramların "*üçüncü dalga*" (third wave) demokrasi akımlarına yol açtığını ifade etmiş ve demokrasiye geçiş sürecinde daha çok liderlerin tercihleri üzerinde yoğunlaşmıştır (Bkz., Saivetz, s. 253).

Rusya Federasyonu Anayasası'nın hangi bağlamda ortaya çıktığını anlayabilmek için Sovyetler Birliği'nin dağılmasına yol açan tarihsel sürecin kısaca açıklanması yerinde olacaktır. Dağılan Sovyetler Birliği'nde en köklü reform hareketini ilk defa Gorbaçov başlatmıştır. Gorbaçov, Mart 1985 tarihinde Sovyetler Birliği Komünist Partisi Genel Sekreterliği'ne seçilmiştir. Gorbaçov, kişilik olarak reformcu bir yapıya sahip olduğundan Sovyet rejimindeki hantallığa ve yolsuzluğa sabır gösterememiş ve Sovyetler Birliği'nin dış sorunlarını bir an önce çözmesi gerektiğini savunmuştur (Bkz., Saivetz, s. 255).

Gorbaçov; ekonomik ve siyasi bir takım reformlar da yapmıştır. Şubat 1986 tarihinde toplanan 27. Komünist Parti Kongresi'nde Gorbaçov, Sovyetler Birliği'nin ekonomik sorunlarının en öncelikli bir konu olduğunu ifade etmiş ve sonraki bir yıl içerisinde üretilen mallar için zorunlu kalite kontrolü ölçütünü (gospriemka) yürürlüğe sokmuştur. Gorbaçov, daha sonra 1987 yılında Teşebbüs Kanunu'nun çıkartılmasını sağlayarak, kamu ekonomik teşebbüslerinin günlük işlerine bakanlıkların karışımını en az düzeye indirmiştir. Bundan başka, Gorbaçov, yemek hizmetlerinden tıbbi bakım hizmetlerine kadar değişen ve devlet kooperatifi olarak adlandırılan teşebbüslerin müşterilerin gereksinimlerine göre mal ve hizmet üretmesini teşvik etmiştir (Bkz., Saivetz, s. 255).

Gorbaçov, siyasi alanda da birçok reforma imza atmıştır. Gorbaçov döneminden önce Sovyetler Birliği Komünist Partisi, devlet anlamına gelmekteydi. Önceleri, bütün güç parti içerisinde partinin genel sekreterinin başkanlık yaptığı “Politbüro” bünyesinde toplanmış ve parti içerisindeki merkez komite ve sekreterlik; politbüroya destek hizmeti vermiştir. 1987 yılında yapılan parti merkez komite toplantısında Gorbaçov, parti görevlilerinin yarışmacı seçimle iş başına gelmesini savunmuş, Haziran 1988 tarihinde yapılan 19. Parti Konferansı’nda ise partideki bozuklukları gidermek ve parti organlarını sağlıklı bir yapıya kavuşturmak için partinin demokratikleştirilmesini savunmuştur. Bundan da öte, demokrasi yanlılarının lideri olan Boris Yeltsin ile muhafazakarların lideri olan Yegor Ligachev’e kendi gruplarında üst mevkide bulunmalarına izin verilmiş, Şubat 1990 tarihinde yapılan değişiklikle de Sovyet Anayasası’nın 6. maddesi yürürlükten kaldırılarak, Komünist Partisi’nin Sovyet toplumundaki öncü rolüne son verilmiştir (Bkz., Saivetz, s. 255, 256).

Gorbaçov’un siyasi alanda yaptığı bir başka önemli reform, Sovyetler Birliği’nde iki kanattan oluşan yeni bir parlamentonun oluşturulmasıdır. Gorbaçov, reformlar önünde engel olarak gördüğü Sovyetler Birliği Komünist Partisi’nin gücünü kırabilmek yeni bir parlamento oluşturmuştur. Bunlar; temsilciler meclisine benzer olan Sovyet Halkın Temsilcileri Kongresi (SHTK) ile senato benzeri olan Yüksek Sovyet’tir. Aralık 1988 tarihinde çıkarılan Seçim Kanunu ile de parlamentonun söz konusu iki kanadına yapılacak seçimlerin esası belirlenmiştir (Bkz., Saivetz, s. 257, 258).

Gorbaçov’un glasnost politikası; Saivetz’in renkli benzetimiyle Sovyet şişesindeki cini ortaya çıkarmış, milliyetçi duyguların hızla yükselmesine neden olarak Rus olmayan, “Sovyet Bloğu”na mensup ülkelerin birbirinin peşi sıra bağımsızlık talebinde bulunmasına yol açmıştır. Bu durum Sovyetler Birliği’nin dağılma sürecine girmesine neden olmuş, Ağustos 1991 yılında Gorbaçov’a karşı yapılan darbe teşebbüsü ise Sovyetler Birliği’nin çöküşünün başlangıcı olmuştur. Başarısız darbe girişimi sırasında Kırım’da bir ev hapsine maruz kalan Gorbaçov, Moskova’ya döndüğünde yıkılmış bir durumdaydı. Doğrudan Başkanlık Sarayı’na giderek darbeye karşı çıkıp demokratik atılımları destekleyenlere teşekkür edeceği yerde bir gün bekleyerek Yüksek Sovyet’te bir konuşma yapmış, söz konusu konuşmasında sosyalizmin yenileşmesinin gerekli olduğunu söylemiştir. Gorbaçov; yeni bir

devlet yapısı ve Sovyetler Birliği Birlik Anlaşması'nın yeniden gözden geçirilerek yeni bir Sovyetler Birliği kurulması doğrultusunda tekrar çaba gösterse de, sert bir şekilde gücünü kaybetmiştir. Bu arada Rusya, Sovyetler Birliği'nin yerini almaya başlamış, Gorbaçov'a yapılan darbe teşebbüsünden kısa bir süre sonra başta Baltık Cumhuriyetleri olmak üzere Sovyetler Birliği'ne dahil ülkeler, Moskova'dan bağımsızlığını ilan etmişlerdir. 1 Ekim 1991 tarihinde Ukrayna, yapılan halk oylaması sonucu ezici çoğunlukla bağımsızlığını kazanmış ve bu tarihten bir hafta sonra Rusya, Ukrayna ve Belarus Bağımsız Devletler Topluluğu oluşturmak (BDT) üzere anlaşmışlardır. 25 Ekim 1991 tarihinde Gorbaçov istifa etmiş ve bu tarihe kadar Sovyetler Birliği'ne dahil 15 Cumhuriyet'ten 11'i BDT'nin üyesi olmuştur (Bkz., Saivetz, s. 257-260).

Gorbaçov'un istifasından sonra, o zamanlar Yüksek Sovyet Başkanı olan Yeltsin başa geçerek; Rusya Cumhuriyeti'nde Komünist Partisi'ni yasaklamış, daha önce görülmemiş bir tarzda Sovyetler Birliği'ne bağlı cumhuriyetlere kaynak ve yetki aktararak Sovyetler Birliği'nin çöküşünü perçinlemiştir. Başlangıçta, Yeltsin, Rusya Cumhuriyeti içerisinde özellikle ekonomi olmak üzere öze ilişkin sorunlarla uğraşmış, demokrasinin kurumsallaşmasına yol açacak yeni siyasi kurumlar oluşturmamıştır. Yeltsin; Ocak 1992 tarihinde fiyatları serbestleştirerek piyasa ekonomisine geçiş çabalarına devam etmiş ve Sovyet döneminden kalan kurumlar özellikle 1990 yılında oluşturulan Rusya Halkın Temsilcileri Kongresi (RHTK) üzerinde etki sağlama çabasına yönelmiştir. Bundan da öte, Yeltsin, Sovyetler Birliği döneminden kalan kurumları koruyarak, bütün gücün yasama organında toplanmasını öngören Sovyet Anayasası'na da dokunmamıştır (Saivetz, s. 260).

1991 yılının son dönemlerinden başlayarak Yeltsin ile RHTK arasında gerilim başlamış, Rusya'nın bağımsızlığını kazanması ile birlikte söz konusu gerilim en üst aşamaya ulaşmıştır. Kaderin garip bir cilvesi, başlangıçta RHTK; Yeltsin ile Gorbaçov arasındaki mücadelede, Sovyetler Birliği'nin çöküşü üzerine, devletin en üst yasama organı olan SHTK'nun yerine kendisini koyacağı ümidiyle Yeltsin'e destek vermiştir. Bununla birlikte, Sovyetler Birliği ve onun SHTK'sı çöktükten sonra, Ocak 1992 ile Ekim 1993 tarihleri arasında RHTK; reform ve Yeltsin karşıtı bir yapıya bürünmüş; RHTK ile Yeltsin arasında sürekli olarak kriz yaşanmıştır (Saivetz, s. 261). Rusya Federasyonu Anayasası açısından oldukça önem taşıyan söz konusu krizin ayrıntılı bir şekilde incelenmesi uygun olacaktır.

Nisan 1992 tarihinde yapılan RHTK toplantısında muhalif güçler, Kasım 1991 tarihinde Yeltsin'e verdiği olağanüstü yetkileri, Yeltsin'den geri istemiştir. Yurttaş Birliği adı altında toplanan muhalif güçler bu toplantıda, aynı zamanda, ekonomik reformların yavaşlatılmasını da istemişler ve Dışişleri Bakanı Kozirev ve onun politikalarını açık bir şekilde eleştirmişlerdir. Yeltsin, uzlaşma adına etrafındaki genç reformcuları görevlerinden uzaklaştırmış ve onların yerine sanayi temsilcilerini atamış, ancak kendine verilen olağanüstü yetkilerden vazgeçmemiştir. Bu toplantıda Yeltsin, Fransa Beşinci Cumhuriyeti'nin örnek alınarak yeni bir anayasa yapılması çabalarını başlatmıştır. Yeltsin, kendisine verilen olağanüstü yetkileri korumasını bilmesine ve muhalefetin tararruzlarından kurtulmasına rağmen, RHTK sözcüsü Kaşbulotov ve diğer muhalefet güçler gruplaşmaya başlamış, Ekim 1992 tarihinde ise parlamentodaki komünistler Ulusal Kurtuluş Gücü adlı bir oluşum kurmuşlardır (Saivetz, s. 261).

Aralık 1992 tarihinde yapılan RHTK toplantısı ise parlamento ile Yeltsin'in güçlerinin sınındığı bir toplantı olmuştur. Bu toplantıda Yeltsin; parlamento, reformları engellemekle suçlamış, Kaşbulotov ise hükümetin istifasını istemiştir. Bu toplantıda Yeltsin, geniş kapsamlı bir referandum talebinde bulunmuş, buna karşın kongre, sadece yeni anayasanın ana hatları konusundaki referandum talebini kabul etmiş, Parlamentonun ve Yeltsin'in halk desteğini ölçecek referandum talebini reddetmiştir. Buna ilave olarak söz konusu toplantıda, başkanın önerceği ve parlamentonun üç adaya indireceği listeden; başkanın, başbakan ataması yapması esas da kararlaştırılmıştır. Bu karar çerçevesinde, Yeltsin, ilk tercihi Gaidar olmak üzere adaylarını kongreye bildirmiş, Gaidar üç kişilik listeden en az oyu almış, kongreyle yeni bir mücadeleye girmekten kaçınan Yeltsin, Victor Chernomyrdin'i yeni başbakan olarak atamıştır (Saivetz, s. 262, 263).

Bununla birlikte, Yeltsin ile RHTK arasındaki Aralık 1992 ateşkesi kısa sürmüş; Ocak ve Şubat 1993 tarihlerinde Kaşbulotov çeşitli açıklamalarda bulunarak Yeltsin ile yaptıkları ateşkesin sona erdiğini, referandumun Rus toplumunu böleceği savında bulunmuştur. Kaşbulotov; aynı zamanda Yeltsin'in yerel yönetimlere aktardığı görev ve yetkilere de karşı gelmiş, Sovyet taraftarı yerel grupları, Başkan Yeltsin'e karşı gelmeye davet etmiştir. Mart 1993 tarihinde yapılan toplantıda ise RHTK; Yeltsin'le kendi arasında yapılan yetki paylaşımını reddetmiş, Yeltsin'in yetkilerini daha da budayarak, kararlaştırılmış referandumu

iptal etmiştir. Bunun üzerine Yeltsin, referandum konusuna özel bir hüküm konulmasını teklif ederek, referandumun başkana güvenoyuyla eş olarak görülmesi gerektiği fikrini savunmuştur. Bu teklif üzerine RHTK derhal, başkanının cezai sorumluluğu (impeachment) yolunu işletmeye koyulmuş, ancak 72 oy eksik aldığı için bu düzeneği işletmemiştir (Saivetz, s. 263).

Bununla birlikte; iki hafta sonra yapılan RHTK toplantısında referandum soruları üzerinde bir uzlaşya varılmıştır. Referandumun 25 Nisan 1993 tarihinde yapılması ve dört soru sorulması kararlaştırılmıştır. Bu sorular;

- a. Başkanı destekliyor musunuz?
- b. Ekonomik reformları destekliyor musunuz?
- c. Erken Başkanlık seçimini destekliyor musunuz?
- d. Erken parlamento seçimlerini destekliyor musunuz?

şeklinde tasarlanmıştır. Söz konusu toplantıda Yeltsin'e muhalif güçler, referandumun geçerli olabilmesi için halkın seçime katılma oranının en az %50 olması gerektiği hükmünü koymuşlar, 1 aydan az bir sürelik zaman diliminde referandumun organize edilmesinin güç olması ve Çeçenistan'ın referandumu kabul etmemesi gerekçeleriyle nasıl olsa % 50'lik seçime katılma oranının bulunamayacağını düşünmüşlerdir. Buna karşın, son dakikada Anayasa Mahkemesi, referandumun bağlayıcı olması için sadece son iki soru bakımından halkın seçime katılımı oranının % 50 olması gerektiğini, ilk iki soru bakımından bu koşulun aranmayacağı kararını vermiştir. Halk oylaması sonucu Yeltsin kısmi bir zafer kazanmıştır. Seçime katılanlar; birinci soruyla ilgili olarak %58.7 oranında Yeltsin'i desteklemiş, ikinci soru bakımından %53'ü reform sürecini desteklediğini belirtmiş, üçüncü soruyla ilgili olarak %49.5'i erken başkanlık seçimine taraftar olmuş, % 67'si ise son soruyla ilgili olan erken parlamento seçimini desteklemiştir. Bununla birlikte, Yeltsin halkın seçime katılma oranının % 50'den aşağı olduğunu dolayısıyla seçim sonuçlarının bağlayıcı olmadığı gerekçesiyle erken seçim yapılmasının gerekli olmadığı savını ileri sürmüştür (Bkz., Saivetz, s. 263).

Halk oylamasından sonra Yeltsin, Anayasa'nın içeriği ve kabul edilmesi sürecine odaklanmıştır. Daha halk oylamasından 5 gün geçtikten sonra bir anayasa taslağı hazırlayarak; devlet başkanına olağanüstü yetki verilmesini öngörmüş ve iki kanatlı bir meclis öngörmüştür. Haziran

1993 tarihinde, Yeltsin, anayasa taslağını incelemek ve ayrıntılı bir şekilde tartıştırmak üzere daha önce oluşturulan anayasa komisyonunu toplantıya çağırıştır. Diğer yandan RHTK kendi toplantılarına devam ederek; bir yandan anayasa taslağını tartışmış, diğer yandan ise reformlara ve Yeltsin'e karşı savaşım vermeye devam etmiştir. RHTK; bütçeyi reddetmiş, özelleştirmeyi hızlandırıcı kanun taslağını engellemiş, dış politika işlerine daha da fazla karışmıştır. Böylelikle Eylül 1993 tarihine kadar hiç bir sorun çözüme kavuşturulamamış, Yeltsin ile RHTK arasında sürgit bir savaşım olduğundan dolayı yeni bir anayasanın kabul edilmesi olanaksız hale gelmiştir (Bkz., Saivetz, s. 264, 265).

21 Eylül 1993 tarihinde Yeltsin bir bildiri yayımlayarak; RHTK'yi kapattığını, yeni parlamento seçimleri ve anayasa hakkındaki halk oylamasının 12 Aralık 1993 tarihinde yapılacağını belirtmiştir. Halkoyuna başvurma yetkisinin mevcut anayasaya göre sadece RHTK'ye ait olduğunu savlayan ve bu durumu içerisine sindiremeyen Rusya Devlet Başkanı Yardımcısı Aleksandr Rustskoi, Kaşbulotov ile birlik oluşturarak kendisini başkan ilan etmiş, Kaşbulotov ise ordu kuvvetlerinden Yeltsin'den gelen emirlere uyulmamasını istemiştir. Yeltsin'e karşı yapılan etkili kalkışma, parlamento muhafız kuvvetlerinin, parlamento binasını terk etmemesiyle daha da ciddi bir hal almıştır. Ekim 3 tarihinde Rustskoi ve Kaşbulotov'a uyan bir kısım grupların Moskova Belediye Başkanı'nun ofisi ve Ostankino televizyon istasyonunu işgal etmesiyle söz konusu kalkışma daha da vahim bir hale gelmiştir. Yeltsin, bunun üzerine acil durum ilan etmiş; kendisine bağlı bir kısım ordu birlikleri, televizyon istasyonunu boşaltmış ve parlamento binasını ele geçirerek isyancı milletvekillerini yakalamış ve Rustskoi ile Kaşbulotov'u tutuklamıştır (Saivetz, s. 264).

Yeltsin'in elde ettiği bu zafer, Anayasa'nın halkoyuna sunulmasının ve yeni parlamento seçimlerinin yapılmasının önünde bir engel bırakmamış, 12 Aralık 1993 tarihinde yeni anayasa halkoyuna sunulmuş ve parlamento seçimleri yapılmıştır. Halkoyuna sunulan anayasanın kabul edildiği resmi olarak savlanmıştır. Söz konusu anayasa; Rusya Federasyonu'nu oluşturan cumhuriyet ve bölgelere eşit haklar vermiş; bununla birlikte sadece cumhuriyetlere kendi anayasalarına sahip olabilme olanağı tanımış, bölgelere ise sadece kendi ana nizamnamelelerine (charter) sahip olabilme ilkesini benimsemiştir. Yeni Anayasa'yla Rusya Federasyonu'nu oluşturan her bir cumhuriyet ve bölgeden iki

temsilcinin Rusya Parlamentosu'nun üst kanadını oluşturan federasyon konseyine iki temsilci göndermesi esası benimsenmesine ve Yeltsin daha önceleri yerel yönetimlere sürekli olarak yetki aktarımı yapmasına rağmen Rus Anayasası'nda özeysel (merkezi) yönetimden yerel yönetimlere yetki aktarımı konusu bilinçli olarak belirsiz bırakılmıştır (Geniş bilgi için bkz., Saivetz, s. 267 vd).

## 2. Yürütme

Rusya Federasyonu Anayasası'nın 80 ila 93. maddelerini oluşturan dördüncü bölümünün incelenmesi sonucu, Rusya'da çok güçlü bir başkanlık sisteminin kurulduğu görülmektedir. Çok güçlü yetkileri bulunan devlet başkanının yetkilerini incelemeye geçmeden önce devlet başkanının seçimi ve nitelikleri, azli ve devlet başkanına vekalet konuları üzerinde kısaca durmak yerinde olacaktır.

Rusya Federasyonu Anayasası'nın 81. maddesinde (Rusya Federasyonu Anayasası'nın Türkçe tam metni için bkz., Coşar, s. 145-203, İngilizce metni için bkz., <http://www.departments.bucknell.edu/russian/const/html>, Erişim Tarihi, 9.5.2006) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın, Rusya Federasyonu vatandaşları tarafından, genel, eşit, doğrudan ve gizli oyla dört yıllık süre için seçileceği, en az 35 yaşında olan ve Rusya Federasyonu'nda on yıldan daha fazla süre ikamet eden her Rusya Federasyonu vatandaşının, devlet başkanlığına seçilebileceği belirtilmiş, ayrıca bu maddede, bir kimsenin devlet başkanlığı görevini arka arkaya iki dönemden fazla süreyle yapamayacağı belirtilmiştir. Kanımızca, devlet başkanı olabilmek için getirilen ikamet koşulu, yurt dışına kaçan rejim muhaliflerinin devlet başkanı olabilmesini engellemek için getirilmiştir. 81. maddeden, iki dönem devlet başkanı seçilen bir kimsenin üçüncü dönem için devlet başkanı olarak seçilmesinin olanaklı olmadığı anlaşılmasına rağmen iki dönem devlet başkanı seçilen bir kimsenin, aradaki dönem veya dönemlerde başka kişi veya kişilerin devlet başkanı olarak seçildikten sonra üçüncü kez devlet başkanı seçilip seçilemeyeceği anlaşılmamaktadır.

Rusya Federasyonu Anayasası'nın çeşitli maddelerinin incelenmesinden devlet başkanının cezai bakımından suçlanmasının (impeachment) neredeyse olanaksız olduğu sonucu çıkmaktadır. Gerçekten de, Anayasa'nın 91. maddesinde devlet başkanının dokunulmazlığı-

nın bulunduğu belirtilmiş, devlet başkanının yargılanabilmesi usulü Anayasa'nın 93. maddesinde çok sıkı koşullara bağlanmıştır. Bu maddede; devlet başkanının sadece vatana ihanet ile diğer bazı ağır suçlardan dolayı yargılanabileceği, yine devlet başkanının federasyon konseyi tarafından suçlanabileceği; ancak söz konusu suçlamanın geçerli olabilmesi için yapılan suçlamanın usule uygun olduğunun Anayasa Mahkemesi'nce uygun bulunması ve başkanın eylemlerinin suçlama için yeterli olduğunun Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nce onaylanması koşullarının aranacağı, devlet başkanını suçlayıcı ilk önerenin milletvekillerinin 1/3'ünün oyuna ve Duma tarafından oluşturulan özel komisyonun uygun görüşüne dayanması gerektiği, devlet başkanını suçlayan kararın, parlamentonun her iki kanadının üye tam sayısının 2/3'ünün oyuyla alınacağı, federasyon konseyinin; devlet başkanını suçlayan kararını, Duma'nın kararından itibaren üç ay içerisinde alması gerektiği, devlet başkanına yöneltilen ithamın federasyon konseyince kabul edilmemesi durumunda devlet başkanına yönelik suçlamaların reddedilmiş sayılacağı belirtilmiştir. Bu hükümlerden de açıkça anlaşılacağı üzere devlet başkanının cezai anlamda yargılanması olanaksız değilse bile oldukça zor koşullara bağlanmıştır. Ayrıca, söz konusu hükümlerden devlet başkanının yargılanmasının istenmeyen bir durum olduğu sonucunun çıkartılması olanaklıdır.

Devlet başkanına vekalet olgusu Anayasa'nın 92. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasında; yeni devlet başkanının seçilip yemin etmesiyle önceki devlet başkanının görevinin sona ereceği, 2. fıkrada; devlet başkanının istifa etmesi veya sağlık nedenleriyle görevine devam edememesi ya da cezai olarak suçlanması durumunun tekemmül etmesi halinde görevinin sona ereceği, devlet başkanının görevinin sona erdiği tarihten itibaren, en geç üç ay içerisinde yeni devlet başkanı seçiminin yapılacağı belirtilmiştir. Bu maddenin 3. fıkrasında ise, devlet başkanının görevini geçici olarak yapamaması halinde, başbakanının geçici olarak onun görevlerini yapacağı ancak devlet başkanlığına vekalet eden başbakanın, Duma'yı feshedemeyeceği, referandum çağrısı yapamayacağı ve Anayasası'nın hükümlerinin değişmesi veya düzeltilmesi için öneride bulunamayacağı belirtilmiştir. Bu fıkradan; vekil devlet başkanının, asıl devlet başkanına tanınan çok önemli yetkilerden bir kısmını kullanmasının sakıncalı olduğu, kullanılmaması gereken söz konusu yetkilerin asıl devlet başkanının sıkı sıkıya şahsına bağlı olduğu yönünde çıkartılabilecek bir sonuç hatalı olmayacaktır.



Rusya Federasyonu Devlet Başkanı; yürütme içerisinde hükümete kıyasla, hatta kıyas kabul etmez ölçüde oldukça fazla yetkilere sahip bulunmaktadır. Devlet başkanının yetkilerini yasama, atama ve azil, olağanüstü hal yönetim usullerini yürürlüğe sokma ve diğer yetkileri olarak dörde ayırıp incelemek yerinde olacaktır. Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nun yasamaya ilişkin yetkileri özellikle dikkat çekicidir. Rusya Federasyonu Anayasa'nın 84. maddesine göre devlet başkanı; Rusya Federasyonu Anayasası ile Federal hukuka uygun olarak Rusya Parlamentosu'nun alt kanadı olan (Devlet) Duma'sı seçimleri için çağrıda bulunma, Rusya Federasyonu Anayasası'nda öngörülen koşullara ve usullere uygun olarak Duma'yı feshetme, Federal Anayasa düzeni ile öngörülen usullere uygun olarak referandum çağrısında bulunma, Duma'ya yasa teklifi sunma, federal yasaları imzalama ve yayımlama ile devletin iç ve dış temel ilkelerine ve ülkenin durumuna bağlı olarak parlamentoya yıllık hesap durumuyla ilgili bilgiler sunma yetkisine sahiptir. Sadece bu maddenin incelenmesinden başkanlık sistemleri içerisinde, devlet başkanına en fazla yetki tanıyan sistemin başkanlı parlamenter ya da süper başkanlık sistemi olduğu kolaylıkla anlaşılmaktadır. Örneğin başkanlık sisteminin sembol ülkesi olan Amerika Birleşik Devletleri'nde başkanın parlamentoya yasa teklifi sunma yetkisi bulunmamasına rağmen Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nun bu madde de belirtildiği üzere parlamentoya yasa teklifi sunma yetkisi vardır (Geniş bilgi için bkz., Remington, s. 15).

Başkanlı parlamenter veya süper başkanlık sisteminin karakteristik özelliklerinden birisinin devlet başkanının meclisi feshetme yetkisi olduğundan bu konu üzerinde biraz daha ayrıntılı olarak durulması yerinde olacaktır. Rusya Federasyonu Anayasası'nın 95. maddesine göre; Federal Parlamento, Federasyon Konseyi ve Duma olmak üzere iki kanattan oluşmaktadır. Anayasa'nın 109. maddesinin 1. fıkrasında; Anayasa'nın 111 ve 117. maddelerinde düzenlenen durumlarda Duma'nın Devlet Başkanı tarafından feshedileceği belirtilmektedir.

Rusya Parlamentosu'nun alt kanadı olan Duma'nın Devlet Başkanı tarafından feshedileceği ilk durum, Anayasa'nın 111. maddesinde gösterilmiştir. Bu maddede; Rusya Federasyonu Başbakanı'nın, Duma'nın onayı ile devlet başkanı tarafından atanacağı, başbakan adayı teklifinin, yeni seçilmiş devlet başkanının ant içme töreninden itibaren en geç iki hafta içinde veya başbakanın istifasından ya da gösterilen adayın Duma'ca reddedilmesinden itibaren bir hafta içerisinde yapılacağı,

Duma'nın, devlet başkanı tarafından başbakan adayı olarak önerilen ismi, önerildiği tarihten itibaren bir hafta süreyle inceleyeceği, devlet başkanı tarafından başbakan adayı olarak önerilen ismin, Duma'ca üç kez reddedilmesi durumunda devlet başkanının, başbakanı atayarak Duma'yı fesih edeceği ve yeni seçimlerin yapılması için çağrıda bulunacağı belirtilmektedir.

Rusya Parlamentosu'nun alt kanadı olan Duma'nın devlet başkanı tarafından feshedileceği ikinci durum ise Anayasa'nın 117. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede; hükümetin, istifasını kabul veya reddedilme bağlamında karar vermek üzere devlet başkanına vereceği, devlet başkanının, hükümetin istifası hakkında karar vereceği, Duma'nın, hükümete güvensizlik kararını bildirebileceği, güvensizlik kararının, Duma'nın basit çoğunluğunun oyuyla alınacağı, Duma'nın hükümete karşı güvensizlik oyu vermesi üzerine; devlet başkanının, hükümetin düştüğünü ilan edebileceği veya Duma'yla aynı kararda olmadığını bildirebileceği, Duma'nın üç ay içinde hükümete karşı yeniden güvensizlik oyu vermesi durumunda, devlet başkanının, hükümetin düştüğünü ilan veya Duma'yı feshedeceği belirtilmektedir. Başbakanın, hükümetin güvenoyu isteğini, Duma'ya her zaman için sunabileceği, bu durumda, Duma'nın güvensizlik oyu vermesi halinde, devlet başkanının yedi gün içinde hükümetin düşmesi veya Duma'nın feshi ile yeni seçimlere gidilmesi hakkında karar vereceği, hükümetin istifa etmesi veya görevini bırakması halinde devlet başkanı tarafından yürütülecek işlemlerin sona ermesi ve yeni hükümetin oluşmasına kadar, mevcut hükümetin görevine devam edeceği yine bu maddede ifade edilmiştir. Kanımca, gerek Anayasa'nın 111. gerekse 117. maddelerinde devlet başkanının Duma'yı feshedebilmesi için öngörülen koşullar "sözde" koşullardır. Bu açıdan, devlet başkanının Duma'yı feshinin koşulsuz olduğu yönünde yapılacak bir çıkarım yanlış olmayacaktır.

Devlet başkanının yasamaya ilişkin bir başka yetkisi; kararname (ukazy) çıkarma yetkisidir. Rusya Federasyonu Anayasası'nın 90. maddesine göre, devlet başkanının kararname ve idari emir çıkarma yetkisi bulunmaktadır. Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın kararname ve emirlerinin Rusya Federasyonu sınırlarının bütününde bağlayıcı olduğu ve söz konusu kararname ve emirlerin Anayasa ile federal yasalara aykırı olamayacağı yine bu maddede belirtilmiştir. Bu maddeden, Remington'un da isabetli olarak belirttiği üzere; devlet başkanının çıkartacağı kararnamenin herhangi bir yetki yasasına dayanmasının ge-

rekmediği, devlet başkanının söz konusu yetkiyi doğrudan Anayasa'dan aldığı; ancak, maddede geçen devlet başkanı kararnamesinin Federal yasalara aykırı olamayacağı ibaresinden, kararnamenin normlar hiyerarşisinde Federal yasalardan daha alt bir seviyede olduğu sonucu çıkartılmaktadır. Remington'e göre; devlet başkanı kararnamesinin normlar hiyerarşisinde Federal yasadan daha alt bir seviyede olduğu Anayasa'nın başka hükümlerinden de kolaylıkla anlaşılabilir. Çünkü, Anayasa'nın çeşitli maddelerinde, çeşitli konular hakkında yapılacak düzenlemelerin sadece Federal yasayla yapılacağı esası getirilmiş ve kanun değişikliği veya kaldırılmasının sadece kanunla yapılacağı ilkesi benimsenmiştir. Yazar, ayrıca, bu maddede devlet başkanının çıkartmaya yetkili olduğu ifade edilen idari emirlerin (rasporiazheniia) ise bağlayıcı, ancak normlar hiyerarşisinde çok daha alt düzeyde olduğunu ifade etmektedir (Fazla bilgi için bkz., Remington, s. 9-13).

Devlet başkanının yasamaya ilişkin bir diğer yetkisi; güçleştirici veto yetkisidir. Anayasa'nın 107. maddesinde; parlamento tarafından kabul edilen federal yasanın, imzalanmak ve yayımlanmak üzere beş gün içerisinde devlet başkanına gönderileceği, devlet başkanının on dört gün içerisinde federal yasayı imzalayıp onaylayacağı, devlet başkanının kendisine gönderilen federal yasayı on dört gün içerisinde reddettiği takdirde, Duma ve Federasyon Konseyi'nin yasayı Rusya Federasyonu Anayasası'nın öngördüğü usullere göre yeniden inceleyeceği, ikinci incelemede; reddedilen taslağı, Federasyon Konseyi ve Duma'nın üye tam sayılarının üçte ikisinden daha fazlasının oylarıyla kabul ettikleri takdirde, devlet başkanının yasayı yedi gün içerisinde imzalayıp yayımlayacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi bu maddeyle devlet başkanına tanınan güçleştirici veto yetkisinin, kanunların kabulünü zorlaştırıcı bir süreç olduğu açıktır.

Devlet başkanına Anayasa'da tanınan diğer bir yetki türü; hükümetin atanması ve azli dahil çeşitli atama ve azil yetkileridir. Anayasası'nın 83. maddesinde, devlet başkanının; Duma'nın onayı ile başbakanı atayacağı, hükümetin istifasını karara bağlayacağı, devlet başkanlığı personelinin oluşturacağı, Merkez Bankası başkanlığına atama yapılmasını sağlamak üzere Duma'ya aday sunacağı, başbakanın önerisiyle başbakan vekilini ve bakanları atayacağı ve azledeceği, Anayasa Mahkemesi, Temyiz Mahkemesi, Yüksek Hakem Mahkemesi'ne atanacak yargıç adaylarıyla Rusya Federasyonu başsavcı adayını parlamentonun üst kanadı olan federasyon konseyine sunacağı; diğer federal mahke-

melerin yargıçlarını atayacağı, Rusya Federasyonu Başkanlığı'nın tam yetkili temsilcilerini atayacağı ve görevlerinden alacağı, Rusya Federasyonu Silahlı Kuvvetler Yüksek Komutanı'nı atayacağı ve görevinden alacağı, parlamentonun ilgili kurul ve komisyonlarıyla danışmalarda bulunduktan sonra dış ülkelerdeki ve uluslararası kuruluşlardaki Rusya Federasyonu diplomatik temsilcilerini atayacağı ve geri çağıracağı belirtilmiştir. Devlet başkanının; Rusya Federasyonu Güvenlik Kurulu üyelerini belirleyeceği ve söz konusu kurulun toplantılarına başkanlık edeceği yine bu maddede belirtilmiştir. Devlet başkanının yargıç atanması hakkındaki söz konusu yetkilerinin yargının bağımsızlığı ve yansızlığına kuşku düşüreceği açıktır.

Anayasa'yla devlet başkanına verilen diğer bir yetki türü; olağanüstü yönetim usullerini yürürlüğe koyma yetkisidir. Anayasa'nın 87 ve 88. maddelerinde; devlet başkanının; Rusya Federasyonu saldırıya uğradığında veya doğrudan tehdit altında bulunduğu, Rusya Federasyonu sınırları içinde veya Federasyon Konseyi ve Duma'nın doğrudan bildirdiği alanlarda sıkıyönetim ve olağanüstü hal ilan edeceği ifade edilmiş dolayısıyla belirli koşullar altında devlet başkanının olağanüstü yönetim usullerini yürürlüğe sokma yetkisi olduğu vurgulanmıştır.

Devlet başkanının yasama, atama ve azil, olağanüstü hal yönetim usullerini yürürlüğe sokma dışındaki diğer yetkileri çok geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır. Anayasa'yla devlet başkanına tanınan diğer yetkilere örnek olarak şunlar sayılabilir; devlet başkanının; 87. maddenin 1. fıkrasında ifade edilen Rusya Federasyonu Silahlı Kuvvetleri'nin başkomutanı olması, 83. maddenin 1. fıkrasının değişik bentlerinde ifade edilen Rusya Federasyonu Merkez Bankası Başkanı'nın görevlerine yardımcı olmak için Duma'ya öneriler sunması, Rusya Federasyonu Başsavcısının görevini yerine getirmesinde yardımcı olmak üzere federasyon konseyine önerilerde bulunması, Rusya'nın askeri doktrinini onaylaması, Anayasa'nın 86. maddesinde belirtilen Rusya'nın dış politikasının yönetimini gözetmesi, Rusya'nın uluslararası anlaşmalarını müzakere ve imza etmesi, onaylanan belgeleri imzalaması, diplomatik temsilciliğe atanların, itimatname ve belgelerini kabul etmesi ve onaylaması, Anayasa'nın 89. maddesinde gösterilen Rusya'nın vatandaşlık konularını çözmesi ve siyasal sığınma hakkı tanınması, Rusya'ya hizmet edenleri ödüllendirmesi, Rusya'nın onur unvanları ile yüksek askeri rütbelerini ve özel yüksek unvanlarını vermesidir.

Yürütme içerisinde yer alan ve Rusya Federasyonu başbakanı, başbakan vekili ve federal bakanlardan oluşan Rusya hükümetinin yetkisi ise devlet başkanına kıyasla oldukça dar ve sılıktır. Ayrıca, hükümetin devlet başkanına karşı aşırı bağımlılığı olgusuyla da karşılaşılmaktadır. Her ne kadar Anayasa'nın 110. maddesinin 1. fıkrasında Rusya Federasyonu'nda yürütme yetkisinin, Rusya Federasyonu Hükümeti tarafından kullanılacağı belirtilse de Anayasa'nın çeşitli hükümlerinin incelenmesi sonucu, hükümetin yetkilerinin son derece zayıf ve hükümetin devlet başkanına karşı aşırı bağımlı olduğu açık bir şekilde görülmektedir.

Hükümetin devlet başkanına aşırı bağımlı olduğunun ilk kanıtı Anayasa'nın Anayasası'nın 83. maddesinin 1. fıkrasının (a) (b) ve (c) bentleridir. Bu bentlerde sırasıyla Rusya Federasyonu Devlet başkanının; Duma'nın onayıyla başbakanı atayacağı, hükümetin toplantılarına başkanlık edeceği ve hükümetin istifasını karara bağlayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 83. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde ifade edilen, devlet başkanının hükümetin istifasını karara bağlayacağı hükmünden, devlet başkanının istifa etmesini istediği bir hükümetin artık ayakta duramayacağı gibi bir anlam çıkmaktadır. Nitekim uygulamada da devlet başkanları bu bende dayalı olarak hükümetlerin istifasını istemekte, hükümetler de direnme göstermeyerek istifalarını devlet başkanına sunmaktadırlar.

Hükümetin devlet başkanına aşırı bağımlı olduğunun bir başka kanıtı Anayasa'nın 112. maddesidir. Bu maddede; başbakanın, atandığı tarihten itibaren en geç bir hafta içinde, devlet başkanına federal yürütme organlarının yapısı hakkında teklifte bulunacağı, yine başbakanın devlet başkanına, başbakan vekili ile federal bakan adaylarını teklif edeceği ifade edilerek yürütme organlarının yapısı ve hükümetin oluşumu açısından bile devlet başkanının belirleyici bir konumda olduğu somutlaştırılmıştır.

Rusya Federasyonu Hükümeti'nin devlet başkanına aşırı bağımlı olduğunun bir başka kanıtı, Anayasa'nın 113. maddesidir. Bu maddeye göre başbakan; Anayasa'ya, federal yasalara ve devlet başkanının kararnamelelerine göre, hükümetin programını belirler ve çalışmalarını bu programa göre yürütür. Başbakanın, devlet başkanının kararnamesine göre hükümetin programını belirlemesi, kanımca, başbakanı, adeta devlet başkanının memuru konumuna indirmektedir.

Rusya Federasyonu Hükümeti'nin devlet başkanına aşırı bağımlı olduğunun bir diğer kanıtı, hükümetin görev süresiyle ilgili Anayasa'nın 116. maddesidir. Bu maddede; Hükümetin görev süresinin, yeni bir devlet başkanının seçilmesiyle birlikte sona ereceği belirtilerek, hiç bir kuşkuya yer verilmeyecek ölçüde hükümetin varlık nedeninin devlet başkanı olduğu vurgulanmaktadır.

Hükümetin, devlet başkanına aşırı bağımlı olduğunun son bir kanıtı, hükümetin kararname ve emir çıkarmayla ilgili Anayasa'nın 115. maddesidir. Bu maddede; hükümetin; Anayasa'ya, federal yasalara ve devlet başkanının normatif nitelikteki kararnamelelerinde öngörülen ilke ve esaslara uygun olarak, kararname ve emirler yayımlayarak bunların uygulanmasını sağlayacağı, hükümetin Anayasa'ya, federal yasalara ve devlet başkanının kararnamelelerine aykırı olan kararname ve yönetsel emirlerinin, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı tarafından feshedilebileceği belirtilmiştir. Bu maddeden, hükümetin kararname ve yönetsel emir çıkarma yetkisinin devlet başkanına kıyasla ikincil nitelik taşıdığı anlaşılmaktadır. Diğer yandan, maddede, devlet başkanının, hükümetin kararname ve yönetsel emirlerini fesih edebileceğinin belirtilmesi, hükümetin devlet başkanına aşırı bağımlılığının doruk noktasını göstermektedir.

Hükümetin görevleriyle ilgili Anayasa'nın 114. maddesinin incelenmesi sonucunda, hükümetin yürütme içerisinde son derece silik ve zayıf bir konumda bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Anayasa'nın 114. maddesinde hükümetin; Federal bütçeyi hazırlayarak Duma'ya sunacağı ve bütçeye uyulmasını sağlayacağı, Duma'ya federal bütçenin uygulanma durumuyla ilgili olarak rapor sunacağı, Rusya'da tekdüze nitelikte mali, kredi ve para politikalarının uygulanmasını sağlayacağı, Rusya Federasyonu'nda kültür, bilim, eğitim, sağlık, sosyal güvenlik ve çevresel alanlarda bir örnek devlet politikasının uygulanmasını sağlayacağı, federal malvarlığını yöneteceği, ülkenin savunması, devlet güvenliği ve Rusya'nın dış politikasının uygulanmasıyla ilgili önlemleri alacağı, hukuksallığı ve yurttaşların hak ve özgürlüklerini sağlayacak önlemler alacağı, mülkiyeti, kamu hukuku ve kamu düzenini koruyacağı ve suçla mücadele edeceği, Anayasa, federal yasalar ve Rusya Devlet Başkanı'nın kararnameleleri ile verilen diğer görevleri yapacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere bu maddeyle hükümete verilen görevler sıradan bir nitelik taşımakta ve hükümetin, devlet başkanının kararnamelelerinde gösterilen görevleri de yapacağı belirtilerek hükümet, devlet

başkanının hizmetinde olan birim haline getirilmektedir. Hükümetin devlet başkanının kararnamelelerine göre görevini yürütmesi olgusunun, hükümetleri son derece silik ve zayıf bir konuma getireceğinden hiç kimse kuşku duymamalıdır.

### 3. Yasama

Rusya'nın yasama kısmını incelemeyen önce bir hususun vurgulanması yerinde olacaktır. Rusya'da devlet başkanı sadece hükümet karşısında oldukça güçlü bir konumda bulunmamakta, parlamentoya karşı da çok güçlü bir konumda bulunmaktadır. Devlet başkanının parlamentonun alt kanadı olan Duma'yı adeta koşulsuz denilebilecek nitelikte feshedebilmesi, devlet başkanının parlamento karşısında da çok fazla güçlü olduğunu somut bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu saptamadan sonra, aşağıda Rusya'nın yasama erki ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

Rusya Federasyonu Anayasası'nın, "*Federal Meclis*" başlıklı beşinci bölümünü oluşturan 94 ila 109. maddelerinde Rusya Parlamentosu düzenlenmektedir. Anayasa'nın 94. maddesinde Rusya Parlamentosu'nun (Federal Meclis'in) Rusya'nın en yüksek temsil ve yasama organı olduğu belirtilmiştir. 95. maddede Federal Meclisin Federasyon Konseyi ve Devlet Duma'sı olmak üzere iki kanatlı olduğu, Rusya Federasyonu'nu oluşturan her unsurdan (cumhuriyet ve bölgelerden) iki temsilcinin federasyon fonseyinin üyesi olduğu, bu temsilcilerden birisinin yürütme organında diğerinin ise temsil organında yer alacağı ifade edilmiştir. Devlet Duma'sının 450 milletvekilinden olduğu yine bu maddede belirtilmiştir. Yukarıda yürütmenin devlet başkanı ve hükümet olmak üzere iki unsurdan oluştuğu anlatılmıştı. Rusya'da sadece yürütme değil, yasama da Duma ve federasyon konseyi şeklinde iki unsurdan oluşmaktadır. Yürütme içerisinde devlet başkanı, parlamento içerisinde ise Duma daha fazla yetkiye sahiptir. Remington'a göre bu durum yasama yürütme ilişkilerini ve parlamentonun iki kanadının birbiri arasındaki ilişkilerini oldukça karmaşık bir konuma sokmaktadır (Remington, ss, 31, 32).

Anayasa'nın 96. maddesinde Duma için seçilen milletvekillerinin görev süresinin 4 yıl olduğu ifade edilmiştir. 97. maddede ise, 21 yaş ve üzerinde olan her Rusya yurttaşının milletvekilliğe aday olabileme

hakkının bulunduğu, bir kimsenin aynı zamanda hem Federasyon Konseyinde hem de Duma'da üye olamayacağı belirtilmiştir. Bu maddede ayrıca, Duma için seçilen milletvekilleri için bir takım yasaklar öngörülmüştür. Daha somut bir deyişle bu maddede, milletvekilinin, eş anlı olarak özekselle yönetim veya yerel özerk yönetimlerin organlarında başkaca bir görev alamayacağı, milletvekillerinin profesyonel olarak sürekli bir biçimde çalışabilecekleri, ancak kamu yönetimi görevlerinde veya eğitici, araştırmacı ya da başkaca yaratıcı işler dışında herhangi bir ücret getirici faaliyette bulunamayacakları ifade edilmiştir.

Anayasa'ya göre parlamento üyelerinin dokunulmazlıkları bulunmaktadır. Daha somut bir deyişle, Anayasa'nın 98. maddesinde Federasyon Konseyi ile Duma üyelerinin görev süreleri boyunca dokunulmazlıklarının bulunduğu; suçüstü halleri dışında gözüaltına alınamayacakları, tutuklanamayacakları, kovuşturulamayacakları, başkalarının güvenliğini sağlamak amacıyla yasalarda öngörülen haller ayrık olmak üzere kişisel olarak takip edilemeyecekleri ifade edilmiştir. Parlatenter dokunulmazlığının kaldırılmasına, Rusya Federasyonu Başsavcısı'nın istemi üzerine ilgili kişinin üyesi olduğu kamara tarafından karar verileceği yine bu maddede belirtilmiştir.

Anayasa'nın 99 ve 100. maddelerinde parlamentonun oturum ve toplantıları düzenlenmiştir. Anayasa'nın 99. maddesinde federal meclisin sürekli bir organ olduğu, devlet başkanı tarafından daha önce çağrılmadığı müddetçe Duma'nın ilk oturumunu seçimden sonraki otuzuncu günde yapacağı, Duma'nın ilk oturumunun en yaşlı vekil tarafından açılacağı, yeni seçilmiş Duma'nın göreve başlamasıyla birlikte önceki Duma'nın görevinin sona ereceği belirtilmiştir. 100. maddede ise, federasyon konseyi ile Duma'nın oturumlarının ayrı olarak yapılacağı ve söz konusu kanatların oturumlarının kural olarak halka açık olduğu belirtilmiş ve iki kanadın birleşik olarak; devlet başkanı, Anayasa Mahkemesi başkanı ve yabancı liderlerin konuşmalarını dinlemek üzere toplanabileceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 101. maddesinde Federal meclisin iki kanadı içerisinde başkanlık ve diğer organ seçimleri düzenlenmektedir. Maddeye göre; Federasyon Konseyi ve Duma, kendi üyeleri arasından başkan ve başkan vekillerini seçer, söz konusu başkan ve başkan vekilleri; ilgili kanadın oturumlarına başkanlık eder ve iç işlerini yönetirler. Federasyon Konseyi ve Duma'nın kendi işlerinde kurullar ve komisyon



oluşturacakları, söz konusu kurul ve komisyonların yetkileri içinde olan konularda parlamento denetimini veya ilgilileri dinlemek üzere oturum yapacakları, her bir kanadın kendi iç tüzük kurallarını belirleyeceği, iç işleriyle kurumsal nitelikteki sorunlarını kendisinin çözeceği, federal bütçe üzerindeki denetim işlevini yapabilmek için federal konsey ve Duma üyelerinden oluşturulacak karma nitelikte bir Hesap Dairesi'nin kurulacağı yine bu maddede belirtilmiştir.

Rusya Parlamentosu'nun üst kanadı olan federasyon konseyinin yetkileri Anayasa'nın 102. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre federasyon konseyinin görevi; Rusya Federasyonu'nu oluşturan unsurların sınır değişikliklerini onaylamak, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nun sıkıyönetim ve olağanüstü hal ilanına ilişkin kararlamalarını onaylamak, Rusya Silahlı Kuvvetleri'nin Rusya dışına gönderilmesine karar vermek, devlet başkanlığı seçimi için çağrıda bulunmak ve onu itham etmek, devlet başkanının aday gösterdiği Anayasa Mahkemesi, temyiz mahkemesi ve Yüksek Hakem Mahkemesi yargıçlarını atamak, yine devlet başkanının aday gösterdiği Rusya Federasyonu Başsavcısı'nı atamak ve onu görevinden almak, karma nitelikteki Hesap Dairesi'nin Başkan vekiliyle söz konusu daire personelinin yarısını atamak ve görevlerinden almak olarak belirtilmiştir. Federasyon konseyinin, aksi öngörülmedikçe üye tam sayısının çoğunluğu ile karar vereceği yine bu maddede belirtilmiştir.

Rusya Parlamentosunun alt kanadı olan Duma'nın yetkileri ise Anayasa'nın 103. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede, Duma'nın görevi; devlet başkanı tarafından önerilen başbakan adayının atanmasına onay verme, hükümet hakkında güven oylamasında bulunma, devlet başkanı tarafından önerilen Merkez Başkanı başkan adayının atamasını yapma ve onu görevinden almak, karma nitelikteki Hesap Dairesi Başkanı ile personelinin yarısını atamak ve görevlerinden almak, İnsan Hakları Tam Yetkili Temsilcisi'ni atama ve görevinden almak, genel af çıkarmak, devlet başkanının cezai sorumluluğu konusunda itham yapmak olarak belirtilmiştir. Duma'nın da federasyon konseyi gibi aksi öngörülmedikçe üye tam sayısının çoğunluğuyla karar vereceği yine 103. maddede belirtilmiştir.

Rusya Parlamentosu'nda yasa teklifi konusu Anayasa'nın 104. maddesinde ilginç bir şekilde kaleme alınmıştır. 104. maddeye göre, devlet başkanı, federasyon konseyi, Federasyon Konseyi ile Duma üyeleri, Rusya Federasyonu Hükümeti, Rusya Federasyonu unsurlarının yasa-

ma organları temsilcileri yasa teklifinde bulunma yetkisine sahiptirler. Bunun yanında, maddede, Anayasa Mahkemesi, Yüksek Mahkeme ve Yüksek Hakem Mahkemesi'nin kendi görev alanlarına giren konularda yasa teklifinde bulunma haklarının olduğu ve yasa tekliflerinin Duma'ya sunulacağı belirtilmiştir. Bu maddede ayrıca, Duma'ya; tanıtımı veya tahsili hariç, vergilerin kaldırılması, devlet borçlanması, devletin mali yükümlülüklerindeki değişikliklerle ilgili yasa taslakları ile federal bütçeyi kapsayan harcamaların sağlanmasıyla ilgili diğer yasa taslaklarının sadece hükümet tarafından sunulacağı ifade edilmiştir. Parlamento üyelerinin yasa teklifini kısıtlayan bu hüküm; demokrasilerde geçerli olan kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı düşmekte ve yasama organının yasama fonksiyonunu kısıtlamak veya aşındırmak anlamına gelmektedir (Karş. Gönenç, *Azerbaycan...*, s. 213).

Anayasa'nın 105. maddesinde yasaların parlamento tarafından kabul edilmesi süreci anlatılmaktadır. Bu maddede, federal yasaların Duma tarafından kabul edileceği, aksi öngörülmedikçe yasaların Duma'nın üye tam sayısının çoğunluğunun (asgari 226) oyuyla kabul edileceği ve Duma tarafından kabul edilen yasanın incelenmek üzere beş gün içerisinde federasyon konseyine gönderileceği belirtilmektedir. Yasanın, federasyon konseyi üye tamsayısının yarısından fazlasının oyuyla (asgari 90) kabul edileceği, 15 gün içerisinde federasyon konseyi tarafından incelenmeyen yasanın kabul edilmiş sayılacağı, federasyon konseyinin federal yasayı reddetmesi durumunda, parlamentonun kanatları arasındaki anlaşmazlıkları gidermek üzere bir uzlaşma komisyonunun oluşturulacağı ve federal yasanın Duma tarafından tekrar inceleneceği belirtilmiştir.

Madde de son olarak, Duma'nın, federasyon konseyiyle aynı görüşte olmadığı durumlarda, Duma'da yapılan ikinci oylamada, ancak Duma'nın üye tam sayısının üçte ikisinin kabul oyuyla yasa teklifinin kabul edilmiş olacağı belirtilmiştir.

Anayasa'ya göre Duma tarafından kabul edilen bir takım kanunların federasyon konseyi tarafından incelenmesi zorunludur. Daha somut bir deyişle, Anayasa'nın 106. maddesine göre; federal bütçe, federal vergi ve harçlar, mali, parasal, borç ve gümrük düzenlemeleri ile para basılması, uluslararası anlaşmaların onaylanması ya da yenilenmeyeceğinin bildirilmesi, Rusya Federasyonu devlet sınırlarının durumu ve korunması ile savaş ve barışa ilişkin kanunların federasyon konseyi

tarafından incelenmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Rusya Federasyonu Anayasası'nın yasama kısmında, Anayasa değişikliklerine de temas edilmiştir. Anayasa'nın 108. maddesine göre Anayasada değişiklik yapan bir kanunun kabul edilebilmesi için Duma'nın üye tam sayısının en az üçte ikisinin, federasyon konseyinin ise üye tam sayısının en az dörtte üçünün kabul oyu gerekir. Anayasa değişikliğiyle ilgili kanunların on dört gün içerisinde devlet başkanı tarafından imzalanarak yayımlanacağı maddede ayrıca belirtilmiştir. Bu hükümden, anayasa değişikliğiyle ilgili kanunların parlamento tarafından aranan nitelikli çoğunlukla kabul edildiği durumlarda devlet başkanının güçleştirici veto yetkisinin olmadığı anlaşılmaktadır.

#### 4. Rusya Federasyonu Anayasası'nın Geleceği

Rusya Federasyonu Anayasası'nın geleceği bir çok bakımlardan kriz doğurabilme gizilgücüne sahiptir. Her şeyden önce, Anayasa meşruiyetsizlik sorunu çekmektedir. Ünlü siyaset bilimcisi Jon Elster'e göre bir Anayasa'nın yapımı sürecinde üç tür meşruiyet bulunmaktadır. Birincisi, Anayasa meşru bir biçimde oluşturulan bir kurucu meclis tarafından yapılmalı (üst meşruiyet, upstream legitimacy), ikincisi, bu meclisin iç karar alma usulleri demokratik ilkelere uygun olmalı (süreç meşruiyeti, process legitimacy) üçüncüsü ise kurucu meclis tarafından hazırlanan dokümanın içerisinde halkın istem ve beklentilerini olanaklar ölçüsünde karşılayacak hükümler bulunmalı ve söz konusu doküman halk oyuna sunulurken kabul edilmelidir (temel meşruiyet, downstream legitimacy) (Fazla bilgi için bkz., Elster, s. 215, 216).

Meşruiyetin üç türü açısından yapılan değerlendirme sonucu; Rusya Federasyonu Anayasası'nın üç tür meşruiyete de sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü bu anayasa bir kurucu meclis tarafından değil, her ne kadar danışmanlarından yardım da alsın Yeltsin tarafından tek başına hazırlanmıştır. Bu durum, Anayasa'nın üst meşruiyete sahip olmadığını ortaya koymaktadır. Üst meşruiyete sahip olmayan bir anayasanın süreç meşruiyetine de sahip olamayacağı ortadadır. Yeltsin tarafından hazırlanan anayasa taslağının Anayasa Komisyonu ve RHTK tarafından tartışılması da, Anayasa'nın süreç meşruiyetine sahip olduğunu göstermez. Yukarıda da ayrıntılı olarak belirtildiği üzere anayasa taslağı üzerinde yapılan tartışmalar Yeltsin tarafından dikkate alınmamış, hatta Yeltsin; RHTK olduğu müddetçe Anayasa'nın kabul

edilmesinin olanaksız olduğu savıyla RHTK'yı kapatmıştır. Bu durum Rusya Federasyonu Anayasası'nın süreç meşruiyetine sahip olmadığını somut bir şekilde ortaya koymaktadır.

Rusya Federasyonu Anayasası temel meşruiyete de sahip değildir. Bir kere Anayasa halkın istem ve beklentilerini karşılayacak hükümlerle değil, geçiş döneminde köklü reformları ancak güçlü bir devlet başkanının yapabileceği esastan hareketle Yeltsin'in fikir ve düşüncelerini yansıtmıştır. Bunun sonucunda da anayasayla çok güçlü bir devlet başkanlığı oluşturulmuştur.

Diğer yandan, anayasanın halkoyu yoluyla kabul edilebilmesi için seçime katılma oranının %50'den fazla olması ve seçime katılanların çoğunluğunun anayasanın kabulü yönünde oy kullanmaları gerekli olmasına rağmen muhalifler şöyle dursun, demokrasi yanlısı kimi kişiler bile 1993 tarihli Rusya Federasyonu Anayasası'nın halk oylamasına katılma oranının gerçekte % 50'den daha az olduğu savında bulunmuşlardır. Buna karşın Yeltsin, Anayasa'yla kendisine verilen yetkileri kaybedebileceği, milletvekilleri de yeni bir anayasanın halkoyuna götürülmesi sonucu koltuklarını kaybedebileceği endişesiyle halk oylaması sonucunun geçersiz olduğunu söylemekten özenle kaçınmışlardır (Saivetz, s. 270).

Rusya Federasyonu Anayasası sadece meşruiyet vasfına sahip olmamakla kalmamakta; bundan başka, hukuka aykırı da bulunmaktadır. 1993 tarihli Rusya Federasyonu Anayasası'ndan önceki Anayasa'da; halkoyuna gidilmesine karar verme yetkisi sadece RHTK'ya ait iken, Yeltsin'in kararıyla halkoyuna gidilmesi yeni anayasayı yetki yönünden hukuka aykırı hale getirmiştir. Yeltsin bile durumun farkında olmasına rağmen reformları uygulayabilmek açısından başka çaresinin olmadığı gerekçesiyle anayasanın halkoyuna sunulmasını haklı çıkarmaya çalışmıştır. Ayrıca, anayasanın halkoyuna sunulduğu Aralık 1993 seçimleri, ideal ve demokratik bir ortamdan oldukça uzak bir konumda yapılmıştır. Yukarıda anlatılan parlamento binasının korunması krizinden sonra Yeltsin aşırı sağcılar ve komünistleri yasaklamış, onların aday göstermelerine izin vermemiştir. Bunun yanında Yeltsin Hükümeti, yasaklanmış gruplara ait olan *Pravda*, *Den* ve *Sovetskaia Rossiia* gibi yayınları da geçici süreyle kapatmış, hatta Yeltsin yanlısı diğer bazı yayınları da sansürletmiştir. Gazete ve dergilerde sansürlenmiş kısımlar boş olarak çıkmıştır. Bu ortamda siyasi partiler de oldukça olumsuz koşullar altında bulunmuşlardır. Bir partinin devlet başkanı adayını çıkar-

rabilmesi ve başkanlık kampanyası yapabilmesi için 100.000 yurttaşın imzası gerekli olduğundan, partiler 100.000 imzayı toplayabilmek için birleşmek zorunda kalmışlar, bunu da seçim kararının alındığı tarihle seçimin yapıldığı tarih arasındaki dokuz haftalık bir zaman dilimine sıkıştırmak durumunda kalmışlardır (Saivetz, s. 264, 265).

Yukarıda çeşitli defalar anlatıldığı üzere Anayasa; devlet başkanını, rejimi süper başkanlık olarak adlandıracak tarzda oldukça fazla güçlü yetkilerle donatmıştır. Bu rejim biçimi, Rusya'da, yolsuzluk için uygun bir gizilgüç (potansiyel) sağlamıştır. Gerçekten de, Fish'in belirttiği üzere, Rusya'da, kamu kaynaklarının büyük bir kısmının harcanması ve denetleme yetkisi yürütmeye bırakıldığından ve parlamentonun yürütmeyi denetleme yetkisi hiç veya çok az bulunduğundan söz konusu sistem yolsuzluk için oldukça geniş fırsatlar doğurmuştur. Yazar; Rusya'da kamu kaynaklarını koruma görevli olanların çoğunun sadece devlet başkanına karşı sorumlu olduğunu, bu durum ise kamu görevlilerinin, devletten çalarak zenginleşebilme doğrultusunda çaba göstermelerine yol açtığını ifade etmektedir (Fish, s. 327). Hatta Khrushchev, Rusya'da; yaygın yolsuzluk olaylarının bulunması yanında, organize suç grupları ve oligarşinin en üstten en alta kadar devlette hakimiyet kurmaya başladığını, Rus toplumunun kriminalleştiğini ve üretime dayalı bir kapitalizm yerine kumar benzeri parazit bir ekonomik yapılanmanın bulunduğunu savlamaktadır (Bkz., Khrushchev, s. 2).

Kanımcıca, Rusya Federasyonu Anayasası'nın geleceğini karartabilecek ve belki de ortadan kaldıracak gelişme; Rusya'nın süper başkanlık sisteminin, Guillermo O'Donnell'in başkanlık sistemlerinin bozulabilmesi olgusunu ifade için kullandığı "*havaleci demokrasi*"ye (delegative democracy) dönüşebilme gizilgücüdür. Havaleci demokrasi olgusunun görülmesi durumunda devlet başkanı; kendisini politikanın üzerinde görebilmekte ve parlamento veya mahkemeler tarafından yapılan sınırlamaları ayak bağı olarak düşünebilmektedir. Bu olgunun görülmesi durumunda; parlamento, basın ve diğer kurumların görüşlerini duyurabilmelerine olanak sağlanmakta, ancak devlet başkanının söz konusu görüşleri tamamıyla ihmal edebilmesi esası da benimsenmektedir. Yakın geçmişte Yeltsin'in Başkanlığı döneminde Rusya'da kimi konularda havaleci bir demokrasi anlayışı görülmüştür. Yeltsin'in farklı görüşlere itibar etmeksizin 1994 yılının Ekim ortalarında rublenin değerini dolara karşı oldukça fazla düşürmesi ve Çeçenistan'ı işgal kararı vermesi havaleci demokrasinin somut görünümleri olmuştur

(Saivetz, s. 271). Yeltsin döneminde görülen havaleci demokrasi olgusu, Rusya'yı ağır krizlere maruz bırakarak atlatılmıştır. Ancak ileride Rusya'da görülebilecek havaleci demokrasi olgusunun sadece bir krizle atlatılabilmesi garanti değildir. İleride böyle bir durumun görülmesi halinde Anayasa bile çökebilir.

Rusya Federasyonu Anayasası'nın geleceği hakkında söylenebilecek son söz; Rusya Federasyonu Anayasası'nın Yeltsin'in de itiraf ettiği üzere çok güçlü bir liderlik veya çağcıl bir çarlık anayasası olması ve ayrıca dikta rejimine dönüşebilme gizil gücünü bünyesinde barındırmasıdır. Gerçekten de, 15 Kasım 1993 tarihinde *Izvestiya Gazetesi*'ne bir demeç veren Yeltsin; Taslak Anayasa'da devlet başkanının çok güçlü yetkilerle donatıldığını, ancak geçmişinde çok güçlü liderlerin ve çarların olduğu bir ülkeden başka türlü davranmasının beklenilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. 10 Aralık 1993 tarihli *Pravda Gazetesi*'nde; devlet başkanının yetkileri ile III. Napolyon'un yetkileri arasında büyük benzerlik olduğu ifade edilmiş, 13 Ekim 1993 tarihli *Nevsimiya Gazetesi*'nde ise Yeltsin "çar-başkan" olarak nitelendirilmiştir (Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz., White, s. 217-221). 1993 yılında kabul edilen Anayasa'yla, Rusya'da kişisel yönetim esasına dayalı bir süper başkanlık sistemine geçilmiştir. Söz konusu sistemin diktatörlüğe dönüşüp dönüşmeyeceğini ise zaman gösterecektir. Geçmişinde çeşitli diktatörlerin hüküm sürdüğü Rusya'nın; sadece sevdiği politikacılara oy veren, kendileri ve planları hakkında konuşan batı tip insanları sevmeyen ve kahramanlarından mucize bekleyen Rus halkının (bkz., Khrushchev, s. 1) Anayasa'nın kendisine sağladığı güçlü yetkileri kötüye kullanan bir devlet başkanı tarafından dikta rejimine götürülmesi, istenilmeyen ancak gerçekleşmesi olanaklı bir olasılıktır.

## SONUÇ

Türk hukuk öğretisinde sadece Gözler'in, özellikle devlet başkanının yetkisi açısından savunduğu fikir adeta süper başkanlık sistemini çağrıştırmaktadır. Gözler'e göre, Türkiye'nin etkili ve istikrarlı bir yönetim yapısına kavuşabilmesi için yeni bir başkanlık sistemine geçilmesi ve başkanın sadece yürütme yetkisine değil, aynı zamanda yasama yetkisine de sahip kılınması gerekir. Yazar, devlet başkanının ekonomik, mali ve idari konularda başkanlık kararnamesi çıkarma yetkisiyle donatılmasını, diğer alanlarda ise kural koyma yetkisinin meclise bırakılmasını,

her iki organın da kendi saklı alanlarına müdahale etmemesi fikrini savunmaktadır (Gözler'in düşüncesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Gözler, s. 25-47). Bununla birlikte, Türk hukukçularının ezici bir çoğunluğu haklı olarak (örneğin; bkz., Onar, s. 103, 104, Kalaycıoğlu, s. 26, 27, Gönenç, *Türkiye'de Hükümet*, s. 5-12), Türkiye'nin başkanlık veya süper başkanlık sistemine geçmesinin ülkemiz açısından travmatik sonuçlar doğurabileceğini ileri sürerek bu sistemden kaçınılması gerektiği savını ileri sürmektedirler.

Gerçekten de başkancı parlamenter ya da süper başkanlık sistemi, bünyesinde oldukça fazla sıkıntı taşıdığından, Türkiye açısından tercih edilebilecek bir sistem değildir. Her şeyden önce söz konusu sistem, diktatörlük eğilimlileri için uygun bir ortam oluşturabilir. Gerçekten de başkancı-parlamenter ya da süper başkanlık sisteminin tarihsel örneklerinden birisi olan Weimar rejimi, Naziler'in iktidara yürüyüşünü engelleyememiştir. Bu yüzden olacak Türkiye'deki başkanlık, yarı başkanlık veya süper başkanlık sistemi tartışmalarında hiç kimse Weimar deneyiminden bahsetmemektedir (Bkz., Kalaycıoğlu, s. 17).

Başkancı-parlamenter veya süper-başkanlık rejimleri oldukça sıkıntılı veya karmaşık rejimler olduğundan ve belirli bir zaman sonrasında değişime uğraması kaçınılmaz olması nedeniyle de tercih edilecek bir rejim türü değildir. Gerçekten de, Shugart ve Carey'in isabetli olarak belirttikleri üzere, başkancı-parlamenter rejimlerin her biri rejim krizlerine düşmüşler ve daha sonra başkanlık veya parlamenter hükümet şekline dönüşmüşlerdir. Yazarlar bu konuda Şili ve Portekiz'i örnek olarak göstermektedirler. Gerçekten de, 1925 yılında iki adet başkanlık darbesinden sonra Şili, sistemini başkancı-parlamenter sistemden başkanlık sistemine dönüştürmüş, Portekiz ise 1982 yılında yaptığı bir Anayasa değişikliğiyle başkancı-parlamenter sistemden, başbakanı parlamenter sisteme geçmiştir. Bu açıdan Shugart ve Carey, kaçınılması en fazla gereken rejimin başkancı-parlamenter rejim olduğunu haklı olarak savunmaktadırlar (Fazla bilgi için bkz., Shugart ve Carey, s. 161).

Başkancı-parlamenter veya süper-başkanlık rejimi aynı zamanda demokrasiyi de büyük sıkıntılarla baş başa bırakmaktadır. Bunlardan birisi, yukarıda Rusya örneğinde ayrıntılı olarak görüldüğü üzere ülkenin devlet başkanına karşı aşırı bağımlı olmasıdır. Fish'in isabetli olarak belirttiği üzere, süper-başkanlık sistemlerinde başkana aşırı yetkiler verildiğinden, onun yetkinliği, karar verme gücü ve sağlığı

olağanüstü derecede önemlidir. Başkanın görevini sürdürmesinde en küçük bir kesinti göstermesi, kendiliğinden bir güç boşluğu yaratır. Fish, diğer yandan, süper-başkanlık sisteminin kavram olarak kararlılık ve sağlamlık imgesini çağrıştırdığından olağanüstü bir rejim şekli olarak görülebileceğini, ayrıca uygulamada görülen başkana karşı aşırı bağımlılık olgusu nedeniyle kurumları dayanaksız ve kırılğan bir konuma soktuğunu ifade etmektedir (Bkz., Fish, s. 327).

Başkancı-parlamentar veya süper-başkanlık rejimlerinin demokrasiye verdiği bir diğer zarar; söz konusu sistemin koalisyon iktidarı kurulmasını neredeyse olanaksız kılmasıdır. Savietz'e göre, parlamenter demokratik rejim; toplumun değişik katmanlarının sesini duyurabilmesine ve koalisyon ortaklarının tümünün, hükümetin yıkılmasını isteme durumu dışında koalisyonun devamı için işbirliği içerisinde bulunmalarına olanak sağlamasına rağmen, süper başkanlık sisteminde toplumun değişik katmanlarının sesini duyurabilmesi ve koalisyon iktidarının kurulabilmesi neredeyse olanaksızdır. Yazar; iki Rus gözlemcisinin, Rus Anayasası'nın koalisyon iktidarı kurulabilmesini neredeyse olanaksız hale getirdiğini, halbuki sivil uzlaşmayı sağlayabilmek açısından büyük önem taşıyan koalisyon iktidarının çoğu geleneksel demokratik ülkelerde kullanılan önemli bir uygulama olduğu şeklindeki saptamasına da yer vererek başkancı parlamenter ya da süper başkanlık sisteminin sakıncasına işaret etmektedir (Bkz., Saivetz, s. 271).

Başkancı-parlamentar veya süper-başkanlık rejimlerinin demokrasiye verdiği bir başka zarar; değişik siyasal güçleri anayasa dışı arayışlara itmesidir. Gerçekten de Fish'in belirttiği üzere, süper başkanlık rejiminin uygulandığı ülkelerde toplam sıfırlı oyun (zero-sum game), bir başka deyişle, kazanan hepsini alır (winner-take all) ilkesi uygulandığından seçimi kaybedenler anayasa dışı arayışlara yönelebilir. Yazara göre, bu rejimin uygulandığı ülkelerde başkanlık yarışına girenler ve onların destekçileri zafer kazanmak için aldatma, hile, yalan ve çalma gibi değişik yasa dışı yöntemlere başvurmaya eğilimlidirler. Yazar; seçimi kaybedenlerin çetin kişiler olması halinde, siyasal yaşamın büyük çoğunluğunu kontrol eden başkanlığı kaybettikleri için seçimden sonra da söz konusu kişilerin yasa dışı davranışlara yönelebileceklerini savlamaktadır. Fish savına kanıt olarak; Ermenistan'ın 1996 Başkanlık seçiminde Başkan Ter-Petrosyan'ın destekleyicileri ile rakipleri arasında; gerek seçimden önce gerekse seçimden sonra şiddetin de kullanıldığı çok sert mücadeleyi örnek olarak vermektedir (Bu konuda fazla bilgi



için bkz., Fish, s. 327).

Başkancı-parlamentar veya süper-başkanlık rejimlerinin demokrasiye verdiği bir diğer zarar; demokratik yaşamın vazgeçilmez unsuru olan siyasal partilerin gelişmemesine yol açmasıdır. Bu sistemi benimseyen ülkelerde, çeşitli defalar belirtildiği üzere, başkana aşırı bağlılık olgusuyla karşılaşıldığından, siyasal partilerin; üyeleri veya seçmenleri üzerinde etkin olabilmesi ve onları disipline edebilmesi olanaklı değildir. Siyasal partilerin seçmenleri üzerinde otoritesinin olmamasının ise kaçınılmaz olarak siyasi partileri güçsüzleştireceği açıktır. Diğer yandan, siyasal partiler, yasama organının gücüne bağlı olarak iş görüşelliklerini ve etkinliklerini geliştirebileceklerinden ve süper-başkanlık rejiminde yasama organı güçsüz olduğundan, bu rejim türünde bir partinin gelişmesi için uygun bir ortam bulunmamaktadır. Demokrasilerde siyasal partiler normal olarak, yasama organı seçimlerinde adayların ve yasama organı seçim dönemleri arasında da siyasi rekabetin yapısını kontrol ederler. Rusya'da partiler genellikle bu tip fonksiyonlarını parlamentonun alt kanadı olan Duma içerisinde yerine getirmeye çalışırlar. Fakat, Rus Parlamentosu'nun, başkanla karşılaştırılınca görülen zayıflığı ve başkanların siyasal partileri geliştirme veya bir siyasi partiye katılma yönündeki isteksizlikleri, siyasetle uğraşanların bir parti oluşturma ve gelişme yönündeki isteklerine ket vurmaktadır. Kısacası, süper başkanlık rejimi, siyasal partilerin gelişimini kösteklemektedir (Bkz., Fish, s. 327, 328).

Bundan da öte, süper başkanlık sistemi yüzünden günümüzde Rusya'da muhalefet adeta nesli tükenen canlı konumuna gelmiştir. Gerçekten de, Rusya'da yapılan 2003-2004 ulusal seçimlerinden sonra muhalefet bitmeye başlamıştır. Barajı geçemeyen küçük partiler ile demokrat, liberal ve komünist çeşitli gençlik kuruluşları 2008-Komitesi adlı bir şemsiye oluşum yoluna gitmişlerdir. Bu durum, Rusya siyasetinde anti-demokratik eğilimin yükselmesine yol açmış ve neredeyse farklı tüm muhalif grupların siyasi rejime karşı olumsuz bir oydaşı içerisinde bulunmalarını sağlamaya başlamıştır. Rusya'da 2005 yılında seçim kanunu değişiklikleriyle de muhalefete öldürücü bir darbe vurulmuştur. Yapılan değişikliklerle Duma ve bölgesel meclis seçimlerinde partiler için aranan seçim barajı %5'ten %7'ye yükseltilmiş, partilerin seçim koalisyonu yapması yasaklanmış, siyasi partilerin kuruluş koşulları ağırlaştırılmış ve siyasi partilerin seçimlerdeki gözlemcilerinin görevleri en aza indirilmiştir (Gel'man, s. 241). Yediği bu darbelerden

sonra Rusya'da muhalefetin anayasa-dışı arayışlara yönelebileceğini söylemek olanaklıdır.

Başkancı-parlamentar veya süper-başkanlık rejiminde, hükümetin ikili sorumluluğu bulunması nedeniyle siyasi istikrarsızlık, bir başka deyişle, istikrarsız ve etkisiz hükümetler sorunuyla da karşılaşılacaktır. Bu sistemde Gönenç'in renkli benzetmesiyle hükümet iki ateş arasındadır. Hükümet; devlet başkanı tarafından azledilebildiği gibi parlamento tarafından güvensizlik oyuyla da düşürülebilir (Bkz., Gönenç, s. 207). Gerçekten de, bu sistemin tarihi temsilcisi olan Weimar Cumhuriyeti'nde yoğun bir şekilde zayıf ve istikrarsız hükümet sorunuyla karşı karşıya kalınmıştır. Weimar Cumhuriyeti'yle yaratılan demokratik sistem, 14 yıl gibi az bir süre devam etmesine rağmen bu süre içerisinde 20 adet zayıf ve kararsız hükümet kurulmuştur (Dragnich, Rasmussen, Moses, 1991, s. 328). İstikrarsız ve etkisiz hükümet sorunu, süper başkanlık sisteminin günümüzdeki sembol temsilcisi Rusya Federasyonu'nda da görülmektedir. 1994-2003 yılları arasında hükümetin kendi içerisinde yeniden yapılandırılması durumlarını hariç tutarsak Rusya'da 15 adet hükümet kurulmuştur (Bkz., Jones ve Schleiter, s. 159). Ayrıca, hükümetin çifte sorumluluğunun, Rusya'da; devlet başkanıyla hükümet arasında yıkıcı bir anayasal uyumsuzluk yaratma gizil gücüne sahip olduğunu da belirtmek yerinde olacaktır (Fazla bilgi için bkz., Remington, s. 32 vd).

Türkiye; çok partili bir siyasi yapıya, bir başka deyişle, parçalı bir siyasi yapıya sahip olduğundan başkanlık, yarı-başkanlık veya süper başkanlık gibi bir sisteme yönelmeyi aklının ucundan bile geçirmemesi gerekir. Çünkü Türkiye'nin böyle bir sisteme yönelmesi halinde; başkanlık seçimlerini kazanan kişi gücün hepsini elde edecek, bu durum ise ülkede bölücü bir etki doğurabilecektir. Ayrıca bu sistem; siyasal kutuplaşma ve gerilim de oluşturarak demokratik rejimi büyük bir tehlike altına sokabilecektir (Karş., Uluşahin, s. 229).

Kuşkusuz Türkiye'deki parlamenter sistem istikrarsız ve etkisiz hükümetlere yol açabilmektedir. Ancak hükümetlere istikrar ve etkinlik kazandırabilmek için yol-ıçi (on-path) çözümler bulunmalı, bir başka deyişle parlamenter sistem içerisinde kalınarak sorunların çözümüne çalışılmalıdır. Türkiye, istikrarlı ve etkin hükümetlere ancak parlamenter sistemin rasyonelleştirilmesi doğrultusunda kavuşabilir (Bkz., Gönenç, *Türkiye'de...*, s. 11, 12). Parlamenter sistemin rasyonelleştirilmesi doğrul-

tusunda çaba gösterilmeyerek hükümetlere istikrar ve etkinlik kazandırılması savıyla (ne tür bir başkanlık sistemi olursa olsun) başkanlık sistemine geçilmesi halinde, Türkiye'yi ağır siyasal krizlere sürükleyeceğinden hiç kimsenin kuşkusunun bulunmaması gerekir.

### KAYNAKÇA

- Aldıkaçtı, Orhan, "Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı", Doçentlik Tezi, İstanbul, 1960.
- Coşar, V. Ahsen, "Üçüncü Bin Yılın Eşiğinde İki Yeni Anayasa Çek Cumhuriyeti ve Rusya Federasyonu Anayasaları", *Av. Dr. Faruk Erem Armağanı* adlı kitapta yayımlanmıştır. Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 8, Ankara, 1999.
- Dragnich, N. Alex/Rasmussen, S. Jorgen/Moses, C. Joel, *Major European Governments*, 8th Edition, Brooks/Cole Publishing Company, Pacific Grove, California, 1991.
- Duverger, Maurice, *A New Political System Model: Semi-Presidential Government, Parliamentary Versus Presidential Government* adlı kitapta yayımlanmıştır. Editör Arend Lijphart, Oxford University Press, 1992.
- Elgie, Robert, *The Politics of Semi-Presidentialism, Semi-Presidentialism in Europe* adlı kitapta yayımlanmıştır. Editör Robert Elgie, Oxford University Press Inc., New York, 1999.
- Elster, Jon, *Constitution-Making In Eastern Europe: Rebuilding The Boat In The Open Sea*, Public Administration, Vol. 71, No. 1-2, Spring/Summer 1993.
- Fish, M. Steven, "The Pitfalls of Russian Superpresidentialism", *Current History*, October 1997, s. 326-330.
- Gel'man, Vlademir, *Political Oppsition in Russia: A Dying Species? Post-Soviet Affairs*, 2005, 21, 3, s. 226-246.
- Gönenç, Levent, "Azerbaycan Anayasası Üzerine Notlar," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, 1998, Sayı:1-4.
- "... Türkiye'de Hükümet Sistemi Değişikliği Tartışmaları Olanaklar ve Olasılıklar Üzerine Bir Çalışma Notu", *Başkanlık Sistemi* adlı kitapta yayımlanmıştır. Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 77, Ankara, Nisan 2005.
- Gözler, Kemal, "Türkiye'de Hükümetlere Nasıl İstikrar ve Etkinlik Kazandırılabilir? (Başkanlık Sistemi ve Rasyonelleştirilmiş Parlamentarizm Üzerine Bir Deneme)" *Türkiye Günlüğü*, Sayı 62, Eylül-Ekim 2000, s. 25-47 ([www.anayasa.gen.tr/istikrar.htm](http://www.anayasa.gen.tr/istikrar.htm); Erişim Tarihi : 15.4.2006).

- İşte Almanya Societats-Verl g, Frankfurt Main, Almanya, 1998.*
- Jones, Edward Morgan ve Schleiter, *Governmental Change in a President Parliamentary Regime: The Case of Russia 1994-2003, Post-Soviet Affairs*, 2004, 20, 2, s. 132-163.
- Kalaycıoğlu, Ersin, "Başkanlık Rejimi: Türkiye'nin Diktatörlük Tehdidıyla Sınavı" *Başkanlık Sistemi* adlı kitapta yayımlanmıştır. *Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 77, Ankara, Nisan 2005.*
- Khrushchev, Sergei, "Russia After Yeltsin: A Duel of Oligarchs", *Mediterranean Quarterly*, Volume 11, Number 3, Summer 2000.
- Lijphart, Arend (ed), *Çağdaş Demokrasiler*, (Çevirenler: Ergun  zbudun ve Ersin Onulduran. Yetkin Yayınları, Ankara, Tarihsiz.
- Onar, Erdal, "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi D ş n lmeli Midir?" *Başkanlık Sistemi* adlı kitapta yayımlanmıştır. *Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 77, Ankara, Nisan 2005.*
- Remington F. Thomas, *The Changing Balance between President and Parliament in Russia: The Evolution of Constitutional Practice since 1993*, Paper Prepared for SAIS Conference on Systemic Change and International Security in Russia and the New States of Eurasia, Revised May 1999. İnternet versiyonu; (<http://www.sais-jhu.edu/programs/res/papers/Remington.pdf>, Erişim Tarihi: 27.4.2006).
- Rumpf, Christian, "The Military, the Presidency, and the Constitution: A Comparative Approach to the Weimar Republic, France 1958, and Turkey 1982", *Democracy And The Military Turkey in the 1980s* adlı kitabın içerisinde yayımlanmıştır. Edit rler Metin Heper ve Ahmet Evin, Walter de Gruyter & Co., Berlin 30, 1988.
- Sartori, Giovanni, *Karşılaştırmalı Anayasa M hendisliği*, (Çeviren Ergun  zbudun), Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- Saivetz, R.Carol, "Russia: Problems and Prospects for Democratization", *Establishing Democracies* adlı kitapta yayımlanmıştır. Editör Mary Ellen Fischer, WestviewPress, A Division of Harper Collins Publishers, Inc., 1996.
- Shugart S. Matthew ve Carey M. John, *Presidents and Assemblies-Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, 1992.
- Uluşahin, Nur, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999.
- White, Stephen, *Russia, Semi-Presidentialism in Europe* adlı kitapta yayımlanmıştır. Editör Robert Elgie, Oxford University Press Inc., New York, 1999.

# VERGİ YARGISINDA DAVAYA KONU İCRAİ İŞLEM - I

Serkan AĞAR\*

## I. Giriş

Bilindiği üzere vergi hukukunda, kural olarak, vergi idaresi tarafından tesis edilen idari işlemler, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK), 4458 sayılı Gümrük Kanunu ve 6183 sayılı Amme Alacakları'nın Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da gösterilmiştir. Bunlar, verginin tarh ve tahakkukuna, itirazın reddine ilişkin işlemler ile tahsil edilebilir hale gelen verginin tahsiline yönelik işlemlerdir. VUK, ayrıca, vergi matrahının tespiti amacıyla yönelik olarak, takdir komisyonlarınca alınan kararlar ile vergi hatalarının düzeltilmesi isteklerinin reddi üzerine Maliye Bakanlığı'na şikayet yoluna başvurulması üzerine, bakanlıkça tesis olunan işlemleri de, vergi davasına konu edilebilecek icra işlemleri olarak saymıştır.

Vergi yargısında davaya konu yapılabilecek idari işlem, vergi idaresinin idari işleviyle ilgili olarak vergi hukuku alanında tesis ettiği, icra (doğrudan uygulanabilir) ve yükümlünün hukukunu etkiler nitelikte, bir başka anlatımla onların hukuki statülerinde, hak ve yükümlülüklerinde değişiklik ya da yenilik yaratan irade açıklamalarıdır. Bunun yanında, herhangi bir makamın onayına tabi olmayan, matrahın ve verginin hesabını değiştirme, muhasebe kayıt ve nizamına ait işlemlerde değişiklik yapma gibi bir takım mali ve hukuki yükümlülükleri beraberinde getiren uyulması zorunlu, kesin ve yükümlünün hukukunu etkiler nitelikte işlemler de vergi davasına konu edilebilir.

---

\* Avukat (Ankara Barosu), A.Ü. Sos. Bil. Ens. Kamu Hukuku (Vergi Hukuku) ABD, Doktora Öğrencisi.

Öte yandan, vergi hukuku açısından bir idari işlemin dava konusu edilebilmesini, yalnızca verginin doğması ile sınırlı tutmamak ve bu işlem dolayısıyla beyannamenin düzenlenmesi, muhasebe kayıt ve nizamında değişiklikler yapılması, istisna ve muafiyet oran ve miktarlarında düzenlemelere gidilmesi gibi doğrudan yükümlüyü zorlayacak ve hukukunu etkileyecek sonuçlar doğurması durumlarında da icra işlem niteliğini kazandığını kabul etmek gereklidir. Kaldı ki, vergi mahkemelerinde açılacak davaları yalnızca tarh, tahakkuk ve tahsil aşamasına ulaşmış işlemlere hasretmek de olanaklı değildir; vergi idaresinin vergilemeden önce ya da sonra tesis ettiği vergiye ilişkin bir takım kesin ve icra işlemlerin vergi davasına konu edilmelerinde bir engel yoktur.

İki bölüm halinde yayımlanacak bu çalışmada, yukarıda özetlenen kapsam dahilinde, kategorik bir bölümlenmeye de göz kırpmak suretiyle vergi yargısı ile uygulaması olabildiğince net bir biçimde resmedilmeye çalışılacaktır.

## II. Vergi Davasına Konu İcrai İşlem

### A. Genel Olarak

Vergilendirme sürecinde birden fazla işlem yer aldığı gibi bunların her birinin idari işlem kategorilerine göre konumu da farklılık arz eder. Vergi hukukunda vergilerin yasallığı ilkesi egemen olduğundan, genel düzenleyici işlemlerle yeni hukuki durumlar yaratılması olanaklı değilse de, kimi zaman, bakanlar kurulu kararları ya da diğer genel düzenleyici işlemlerle (örn. genel tebliğler) vergilerin yasallığı ilkesine aykırı durumlara sebebiyet verilebilir. Bilindiği üzere, 1982 Anayasası'nın 73. maddesinde öngörülen "*vergilerin kanuniliği ilkesi*" uyarınca, vergilendirme yetkisi yasama organına ait olup yürütme organının yasal dayanak olmaksızın bir idari işlemlerle vergi koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisi bulunmaz; ancak yasama organının, vergi alanında her konuyu bütün kapsam ve ayrıntıları ile düzenlemesinin olanaklı bulunmadığı hallerde, vergilendirmenin temel öğelerini belirleyerek, uygulamaya, tekniğe ve uzmanlığa ilişkin konularda yürütme organına düzenleyici idari işlemlerde bulunma yetkisi verilebilir. Yürütme organına verilen yetkinin, vergilendirmenin temel öğelerine ilişkin olmayıp yasayla getirilen düzenlemeyi açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte olması ge-

rektiği unutulmamalıdır. Bu bakımdan yürütme organı, vergilendirme tekniğine ve ayrıntılara ilişkin konuları düzenlerken vergi yasalarının sınırları içinde kalmak zorundadır.<sup>1</sup>

Vergi hukukunda, vergiyi doğuran olay nedeni ile bir kimsenin yükümlü durumuna girmesi sonucunu doğuran işlemler “koşul/durum işlem”, buna karşılık bir matrahın belirlenmesi “iç işlem/hazırlık işlemi”, ardından yapılan tarh işlemi ise “özel” nitelikli bir idari işlemidir.<sup>2</sup>

Soyut yükümlü durumundaki kişinin vergi borcunun somut olarak saptanması için gereken işlem “verginin tarhı”dır, söz konusu işlemin tesis edilebilmesi için ise vergi konusunun, matrah olarak nitelendirilen üzerinden vergi hesaplanacak ekonomik biriminin bilinmesi gerekir.<sup>3</sup> İşte, vergiyi doğuran olay ile birlikte başlayarak çeşitli yöntemlere göre hesaplanan matraha vergi oranının uygulanması ile vergi borcunun (hazine için vergi alacağının) belirlenmesi olan tarh işlemi ile devam eden vergilendirme süreci, tarh edilen verginin yükümlüye tebliğinin<sup>4</sup> ardından yasal süresi içerisinde dava açılmaması ya da açılan davanın reddi ile tarh edilen vergi borcu ödenmesi gereken bir aşamaya geleerek tahakkuk eder; tahakkuk eden verginin süresinde ödenerek tahsil edilmesi<sup>5</sup> üzerine, vergilendirme ilişkisi/süreci sona ererek somut vergi borcu ortadan kalkar.<sup>6</sup> Tarh ve tahakkuk aşamaları VUK’da düzenlenirken tahsil aşaması 6183 sayılı kanunda düzenlenmiştir.

Vergi hukuku uygulaması ile ilgili olarak vergi idaresi tarafından tesis edilecek idari işlemler, VUK, Gümrük Kanunu ve 6183 sayılı kanunda gösterilmiştir. Bunlar, verginin tarh ve tahakkukuna, itirazın reddine ilişkin işlemler ile tahsil edilebilir hale gelen verginin tahsiline yönelik işlemlerdir. VUK, ayrıca, vergi matrahının tespiti amacına yönelik olarak, takdir komisyonlarınca alınan kararlar ile vergi hatalarının düzeltilmesi isteklerinin reddi üzerine Maliye Bakanlığı’na şikayet yoluna başvurulması üzerine, bakanlıkça tesis olunan işlemleri de,

<sup>1</sup> Any. Mah., 14.05.1997, E. 1996/75, K. 1997/50.

<sup>2</sup> Özay, İ. H., *Gümrükte Yönetim*, İstanbul, 1996, s. 462.

<sup>3</sup> Öncel, M., Kumrulu, A., Çağan, N., *Vergi Hukuku*, 13. Bası, Ankara, 2005, s. 87.

<sup>4</sup> Beyan usulüne göre alınan vergilerde, tarh ve tahakkuk aşamaları birlikte gerçekleştirildiğinden tarh işleminin ayrıca yükümlüye tebliği gerekmez.

<sup>5</sup> Tahakkuku tahsile bağlı vergilerde, tahakkuk ve tahsil aşamaları birlikte gerçekleşir.

<sup>6</sup> Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 88

vergi davasına konu edilebilecek icra işlemler olarak saymıştır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, vergi hukukunda idari işlem, vergi idaresinin idari işleviyle<sup>7</sup> ilgili olarak vergi hukuku alanında tesis ettiği, icra (doğrudan uygulanabilir) ve yükümlünün hukukunu etkiler nitelikte, bir başka anlatımla onların hukuki statülerinde, hak ve yükümlülüklerinde değişiklik ya da yenilik yaratan irade açıklamalarıdır.<sup>8</sup> Örneğin; 6183 sayılı kanunun 37. maddesi uyarınca gönderilen ve muhatabına borcu ilk kez duyuran borç doğurucu nitelikteki yazı<sup>9</sup> ya da muhatabına tebliğ olunan teminat isteme yazısı,<sup>10</sup> götürü usulde gelir vergisine tabi olma koşullarının kaybedilmesi nedeni ile gerçek usulde gelir vergisi

<sup>7</sup> İdarenin çeşitli görev, ödev ve işlerinin idari yetki ve usullerle beraber kaynaştırılmış bileşimi olan idare işlevi; devletin yasama ve yürütme erklerinin saptadığı siyasi yönde ve hukuksal çerçeve içerisinde, toplumun düzenli ve uygarca yaşamasını sağlamak ve sürdürmek için, kural olarak kamu gücü ve usulleri kullanılarak doğrudan, devamlı ve ahenkli surette kamusal faaliyetlerin yürütülmesidir, Duran, *op. cit.*, s. 10. Öğretide işlev yerine "görev" terimi de kullanılır ve idari görev, idari işlem anlamına gelecek biçimde, belli bir ülkede toplum halinde bir arada yaşayan tüm bireylerin ortak, kolektif, genel, günlük, basit, yalın, teknik ve sürekli gereksinimlerini karşılamak olarak tanımlanır, Sarıca, R., *İdare Hukuku, Çoğaltma Ders Notları*, s. 15-17, *nak.* Özey, s. 318.

<sup>8</sup> Dan. 4. D., 16.10.1991, E. 1988/4887, K. 1991/3142, DD, S. 84-85, s. 226.

<sup>9</sup> Dan. 7. D., 01.03.2001, E. 2000/4091, K. 2001/707, *nak.* Candan, T., *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İdari Yargılama)*, Ankara, Ekim, 2005, s. 78.

<sup>10</sup> Dan. 3. D., 11.03.1998, E. 1997/361, K. 1998/849, *nak. a.g.e.*, Davacı şirketin muhtelif yıllara ilişkin vergi borçlarını vadesinde ödememesi sebebiyle hesaplanan gecikme zamlarında hesap ve mahsup hatası bulunduğundan söz edilerek düzeltilmesi istemiyle yapılan başvurunun vergi dairesi müdürlüğüne reddedilmesine ilişkin yazının iptali istemi ile açılan bir başka davada ise Danıştay; "idari işlem, genellikle 'idari bir yetkinin kullanılması sırasında kamu idaresinin bir organ tarafından açıklanan irade beyanı' olarak tarif edilmektedir. Tarifte yer alan, işlemin 'idari bir yetkinin kullanılması sırasında' yapılmış olması unsuru işlemin hukuki sonuç doğuracak, kesin ve doğrudan uygulanabilir nitelikte olmasını gerektirir. Davacı şirketin muhtelif yıllara ilişkin vergi borçlarını vadesinde ödememesi nedeniyle hesaplanan gecikme zammında hesap ve mahsup hatası yapıldığı belirtilerek, bu hatanın düzeltilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddi üzerine dava açılmıştır. Vergi dairelerinin, idari işlemleriyle ilgili olarak vergi hukuku alanında tesis ettikleri, uygulanabilir nitelikte, yükümlünün hukukunu doğrudan etkileyen ve onların hak ve yükümlülüklerinde değişiklik veya yenilik yaratan irade açıklamalarının idari davaya konu teşkil edeceğinden kuşku duyulmaz. İdarenin vergi tarhi, tahakkuku ve tahsiline ilişkin işlemleri ile birlikte, idari işlem tarifindeki unsurları taşıyan diğer işlemleri hakkında dava açılabilceği muhakkaktır. Davacı şirketin başvurusu üzerine vergi dairesi gecikme zammından kaçınılan belirli bir miktar borcu bulunduğunu bildirmiştir. Gecikme zammına ilişkin olarak idarece verilen bu cevap nihai bir karar olup, aynı zamanda, davacı şirketin hukukunu etkileyen, icra nitelikte bir işlem niteliğindedir ve dava konusu edilmesine bir engel bulunmamaktadır." biçiminde karar vermiştir., Dan. 4. D., 06.10.1997, E. 1996/5234, K. 1997/2887.



mükellefiyetinin tesis edildiğini bildiren yazı,<sup>11</sup> mükellefin vadesinde ödenmeyen vergi borçları için haczedilen taşınır ve taşınmazlarının değerlendirilmesine ve satış için ilanına ilişkin işlemler,<sup>12</sup> uzlaşmanın temin edilemediğine ilişkin uzlaşma komisyonu bildirimini<sup>13</sup> ya da 6183 sayılı kanun uyarınca haczedilen malın satışı için alınan karar<sup>14</sup> gibi işlemler vergi yargısında yürütülmesi zorunlu (icra) işlemlerden sayılır.<sup>15</sup>

Vergi hukuku açısından bir idari işlemin dava konusu edilebilmesini, yalnızca verginin doğması ile sınırlı tutmamak ve bu işlem dolayısıyla beyannamenin düzenlenmesi, muhasebe kayıt ve nizamında değişiklikler yapılması, istisna ve muafiyet oran ve miktarlarında düzenlemelere gidilmesi gibi doğrudan mükellefi zorlayacak ve hukukunu etkileyecek sonuçlar doğurması durumlarında da kesin ve icra işlem vasfını kazandığını kabul etmek gereklidir.

Buna karşılık, vergi inceleme elemanları tarafından düzenlenen raporlar<sup>16</sup> gibi soruşturma ve denetim raporları,<sup>17</sup> görüş bildiren yazı<sup>18</sup> ve kararlar, açıklamalar, ön karar ve işlemler, teklif yazıları, iç yazış-

<sup>11</sup> Dan. 4. D., 16.10.1991, E. 1988/4887, K. 1991/3142, *nak. Candan, İdari Yargılama*, s. 78-79.

<sup>12</sup> Dan. 4. D., 24.04.1995, E. 1994/5341, K. 1995/1892, *nak. a.g.e.*, s. 79.

<sup>13</sup> Dan. 4. D., 16.10.1986, 1986/5182-3057. Uzlaşma komisyonu kararının iptali istemi ile açılan bir davada Danıştay; "uzlaşma temin edilemediği takdirde bu hususun ilgiliye bildirimini, uzlaşma isteminde bulunan kişinin hukukunu etkileyen idarenin tek yanlı ve icra bir işlemi niteliğinde olduğundan iptal davasına konu yapılabilir." biçiminde karar vermiştir, Dan. 4. D., 16.10.1986, 1986/5182-3057.

<sup>14</sup> Dan. 3. D., 20.01.1988, E. 1987/1573, K. 1988/130, *nak. Candan, İdari Yargılama*, s. 80.

<sup>15</sup> *A.g.e.*, s. 78-80.

<sup>16</sup> Dan. 4. D., 24.03.1995, E. 1994/474, K. 1995/1308, *nak. a.g.e.*

<sup>17</sup> Yükümlünün, sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge ticareti yaparak komisyon geliri elde etmesiyle ilgili vergi tekniği raporunun iptali istemiyle açtığı davada Danıştay; "Vergi inceleme raporlarının, idarenin iç işleyişine ilişkin düşünce bildiren nitelikte işlemler olduğundan, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğine sahip bulunmadıklarından dava konusu yapılmalarının mümkün olmadığına" hükmetmiştir, Dan. 4. D., 02.03.2004, E. 2003/1163, K. 2004/358.

<sup>18</sup> "Davacının, vergi dairesinin vergileme yönünden üst makamı sayılamayacak olan defterdarlığa yaptığı başvurunun, tarh, tahakkuk, tahsil uygulamasına ilişkin bir görüş almak üzere defterdarlığa yöneltilmiş bir soru ve buna verilen cevabın da bu soruya karşı görüş bildiren bir yazıdan ibaret olduğu anlaşılmaktadır. İdarenin ancak kesin, yürütülmesi gerekli nitelikteki işlemleri idari davaya konu teşkil edebilir. Yükümlülerin bir konuda aydınlanmak için idareye yaptıkları başvuruya verilen cevapları iptal davasına konu teşkil edecek idari işlem niteliğinde sayma olanağı yoktur.", Dan. 4. D., 17.01.1985, E. 1984/1818, 1985/127.

malar, tahakkuk cetveli,<sup>19</sup> kişinin ölen babasının mükellefiyet kaydının kapatılma tarihini öğrenmek amacıyla vergi dairesine yapmış olduğu başvuru üzerine verilen cevabi yazı<sup>20</sup> gibi bilgilendirme amacıyla kaleme alınan yazılar, verginin vadesinde ödenmemesi üzerine vergi dairesinde gönderilen görüşmeye davet mektubu,<sup>21</sup> vergi borcunun belirlenen süre içerisinde ödenmesi, aksi takdirde 6183 sayılı kanuna göre işlem yapılacağı yolundaki ödemeye çağrı mektubu,<sup>22</sup> vergi dairesinin yoklama memurları tarafından düzenlenip taraflarca imzalanan yoklama tutanakları<sup>23</sup> doğrudan uygulanabilir nitelik taşımadıklarından icra sayılmazlar.<sup>24</sup>

Öte yandan, VUK'un, "Mükellefler, Maliye Bakanlığı'ndan veya Maliye Bakanlığı'nın bu hususta yetkili kıldığı makamlardan vergi durumları ve vergi uygulanması bakımından müphem ve tereddüdü mucip gördükleri hususlar hakkında izahat isteyebilirler. Yetkili makamlar yazı ile istenecek izahatı yazı ile veya sirkülerle cevaplamak mecburiyetindedirler. Alacakları cevaplara göre hareket eden mükelleflerin bu hareketleri cezayı istilzam etse dahi ceza kesilmez." biçimindeki 413. maddesi çerçevesinde vergi idaresi tarafından verilecek yanıtlar, kural olarak, vergi davasına konu yapılamaz;<sup>25</sup> zira belirli konularda bilgi edinmek için idareye sorulan sorular ve yapılan başvurulara karşılık olarak idarenin verdiği cevap ve açıklamalar, belirli bir hukuki durumu ya da olguyu belirtmekle yetinen icralık niteliğinden yoksun, mütalaa niteliğindeki işlemlerdir.

Bu itibarla, bu türden istişare nitelikteki bir işlemin vergi davasına konu edilmesi olanaklı değildir;<sup>26, 27</sup> ancak örneğin, vergi dairesinin,

<sup>19</sup> "Kesin ve yürütülmesi zorunlu icrai işlem niteliği taşımayan, sadece davacı adına işgaliye ücretinin hesaplanmış biçimini gösteren tahakkuk cetvelinin tebliğine ilişkin belediye başkanlığı yazısı, borçluya borcunu göstermekte, onu ödemeye davet etmekte, ancak icra niteliği olmayan, bu nedenle de idari davaya konu edilebilecek bir içerik taşımayan bir işlemdir.", Dan. 9. D., 26.02.1987, E. 1985/657, K. 1987/669.

<sup>20</sup> Dan. 4. D., 07.06.2000, 2000/679-2840, nak. Candan, İdari Yargılama, s. 81.

<sup>21</sup> Dan. 7. D., 19.10.2000, 2000/679-2840, nak. a.g.e.

<sup>22</sup> Dan. 3. D., 10.04.1986, 1986/68-1182, nak. a.g.e.

<sup>23</sup> Dan. 4. D., 16.01.1993, E. 1992/1673, K. 1993/2426, nak a.g.e., s. 82.

<sup>24</sup> A.g.e., s. 80-82.

<sup>25</sup> Dan. 3. D., 24.12.1986, 1986/734-2674.

<sup>26</sup> Dan. 7. D., 26.05.1998, E. 1997/2574, K. 1998/2036; Dan. 7. D., 30.09.1998, E. 1997/2452, K. 1998/3120.

<sup>27</sup> İşletilmekte olan kahvehane nedeniyle salınan eğlence vergisinin düzeltme yoluyla

ödenen damga vergisinin yükümlüye iadesinin mümkün olmadığını bildiren cevabı yazısı nedeniyle damga vergisinin yükümlüye iade edilmemesi durumunda, yükümlünün hukuki durumunu doğrudan etkileyen ve vergi davasına konu edilebilecek icra bir işlemin varlığından söz edilir.<sup>28</sup>

Vergi yargılama hukuku ilkelerine göre, ancak, objektif veya sübjektif hukuki sonuçlar doğurmak üzere, öngörülen idari usul kuralları yerine getirilerek yürürlüğe konulan genel düzenleyici işlemler vergi davasına konu olabilir. Uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla bildirilen görüşler, tavsiye ve danışma yazıları, kesin ve yürütülmesi gereken işlemler olmadıkları gibi hukuki sonuç doğuracak nitelik taşımadıkları için idari davaya konu olamazlar. Örneğin; defterdarlık tarafından, noterlikler ortak cari hesabına yatırılan paralardan elde edilen faiz gelirlerinin ne şekilde vergilendirileceği konusunda Maliye Bakanlığı'nın görüşünün sorulması üzerine, adı geçen bakanlığın noterlerin söz konusu hesaptan elde ettikleri gelirlerin serbest meslek kazancı olarak vergilendirilmesi gerektiği yolundaki bilgilendirme yazısı, hem Noterler Birliği Başkanlığı'na, hem de defterdarlığa gönderilmiş, Noterler Birliği Başkanlığı da bakanlık görüşünü bir genelge ile noterlere duyurmuştur; oysa Maliye Bakanlığı işlemi ile Türkiye Noterler Birliği'nin aynı konuya ilişkin genelgesi, borçluya borcunu bildirmek, ödemeye davet etmek gibi vergileme konusunda icra niteliği olmayan, bu nedenle de vergi davasına konu edilemeyecek bir içerik taşır.<sup>29</sup>

İdari prosedür içerisinde halka işlemlerin hukuki varlıklarını korudukları dikkate alındığında, bunlar ile temel (sonuç) işlem arasındaki hukuki bağın çözülemez niteliğinin ortaya konulabilmesi oldukça güçtür ve icralık özelliğini de haiz bir halka işlemin zincirden her an koparılabilme olasılığını artırır; bu bakımdan, vergilendirme sürecinde ihbarname

---

kaldırılması isteminin reddine ilişkin belediye başkanlığı işleminin iptali istemiyle açılan davada Danıştay; *"iptali istenilen yazının, sayılı kanunun 413. maddesi uyarınca bilgi verme niteliğinde olup iptal davasına konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlem niteliğinde bulunmadığından"* davanın reddine karar vermiştir, Dan. 9. D., 20.02.1984, E. 1982/900, K. 1984/1258.

<sup>28</sup> Dan. VDDK, 03.12.2004, 2004/84-154.

<sup>29</sup> Dan. VDDK, 25.10.2002, 2002/203-340. Kararın karşı oy gerekçesi dikkat çekicidir: *"Tesis edilen ve vergiyi tarh ve tahakkuk ettirmekle görevli birimin yapacağı işlemi belirleyici nitelikte olan Maliye Bakanlığı işlemi ile buna dayalı olarak hazırlanan Noterler Birliği genelgesini kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğinde saymamak dolayısıyla iptal davasına konu edilemeyeceğini söylemek hukuka uygun düşmemektedir."*

ya da ödeme emri tebliği, düzeltme ya da şikayet başvurularının yetkili makamlarca reddi, ihtiyati tahakkuk, ihtiyati haciz ve haciz biçiminde ortaya çıkan işlemlerin tümü birer icra işlemidir ve zincirden ayrılarak bağımsız olarak dava konusu edilebilir.

## **B. Vergilendirme Sürecinde Tesis Edilen Birtakım İdari İşlemlerin İcralık Perspektifinden Değerlendirilmesi**

### **1. Tarh İşlemi**

Vergi borcunun/ alacağıının doğumu bakımından en önemli aşama olarak nitelendirilebilecek olan tarh işlemi, vergi kanunlarında gösterilen vergi oranına göre bulunan matrah üzerinden vergi miktarının hesaplanmasıdır.

VUK'un 20. maddesinde verginin tarhı; *"vergi alacağıının kanunlarda gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibariyle tespit eden idari muamele"* biçiminde tanımlanmıştır. Bu tanım çerçevesinde VUK tarh işlemi *"idari muamele (idari işlem)"* olarak belirlediğinden, idare hukukunda idari işlemler için yapılan saptamaların tümünün tarh işlemi için de geçerli olduğu söylenebilir.<sup>30</sup>

Tek bir idari organın (vergi dairesi) irade açıklaması ile ortaya çıktığından yalın (basit) işlemlere örnek teşkil eden tarh işlemi, tek bir yükümlü hakkında tesis edildiğinden ve bu şekilde yükümlüyü genel, kişilik-dışı bir hukuksal durumdan özel ve kişisel bir duruma soktuğundan birel işlemlerden *"özel (sübjektif) işlemler"* kategorisinde yer alır.

Tarh işleminin dayanağı olan vergi kanunu ile ortaya çıkan vergi yükümlülüğü bir şart (koşul) işlemken, belli hesaplamalardan sonra vergi borcunun somutlaşarak vergi tarh edilmesi bir özel (sübjektif) işlemdir; ancak vergilendirme sürecinde kişinin yükümlü statüsünü kazanması için idarenin ayrıca bir işlem tesis etmesi gerekmez; bir şart işlemin yarattığı etki vergilendirme ilişkisinde kanun koyucunun vergi borcunun doğumu için varlığını öngördüğü koşullar bütünü<sup>31</sup> olarak

<sup>30</sup> Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 89.

<sup>31</sup> Akkaya, M., *Vergi Hukuku'nda Ekonomik Yaklaşım (Ekonomik Yaklaşım)*, Ankara, 2002, s. 19.

tanımlanan vergiyi doğuran olay ile kendiliğinden ortaya çıktığından, kişi bu olay ile yükümlü statüsüne girer.

Vergilendirme sürecinde ilk idari işlem olarak ortaya çıkan “*tarh*”, vergi borcunu belirlemesi nedeni ile hem vergilendirmenin “*konu*” unsurunu oluşturur,<sup>32</sup> hem de yasal düzenlemeler ile çerçevesi çizilen bir alanda vergi yükümlüsünün borcunu herkes için ayrı ayrı uygulanan matrah ve oranlar yoluyla belirlediğinden “*özel*” niteliklidir.<sup>33</sup>

Verginin tarhi kişilere belli yükümlülükler getirdiğinden “*yükümlendirici idari işlemler*” kategorisinde yer alır; vergi muafiyeti tanınması ya da teşvik gibi işlemler “*yararlandırıcı işlemler*” den sayılır. Bu bakımdan vergi tarhi, kural olarak yükümlendirici, istisna en yararlandırıcıdır.<sup>34</sup>

Vergi borcunun doğup doğmadığına ya da doğdu ise miktarının ne olduğuna ilişkin bir vergisel sonucun meydana gelmesi, kanunda tipleştirilen “*soyut vergiyi doğuran olay*” ile yaşamda gerçekleşen “*somut vergiyi doğuran olay*”ın unsurlarının örtüşüp örtüşmemesine göre bir karar verilmesini gerektirir. İşte bu noktada ortaya çıkan tarh işleminin, yapıcı (inşa) ya da belirleyici idari işlem kategorilerinden hangisinin özelliklerini taşıdığı tartışmalıdır; ancak tarh işlemi, Türk vergi sistemi bakımından, bu karardan önce ortaya çıkmış bulunan hukuki durumun teyidi anlamına geldiğinden “*belirleyici*” niteliktedir.<sup>35</sup> Ayrıca, VUK’un 19. maddesinin 1. fıkrası<sup>36</sup> dikkate alındığında, tarh işleminin yapıcı (inşa) olmaktan ziyade belirleyici bir nitelik taşıdığı ortadadır.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Vergilendirmenin sebep ögesi, “*vergiyi doğuran olay*”dır.

<sup>33</sup> Özay, s. 461.

<sup>34</sup> Ağar, S., “*İdari İşlem Kuramı Perspektifinden Verginin Tarhi*”, <http://www.idare.gen.tr/tarh.htm>, 15/10/2006.

<sup>35</sup> Akkaya, *Ekonomik Yaklaşım*, s. 21.

<sup>36</sup> VUK’un 19. maddesi: “*Vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi başladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar.*”

<sup>37</sup> “*Vergi borcu vergiyi doğuran olay ile doğduğuna göre, uygulanacak yasa hükümlerinin saptanmasında, zamanaşımının hesabında ve ceza yaptırımlarının işlemeye başlamasında vergiyi doğuran olayın vukuu zamanı esas tutulacaktır. Böyle olmayıp da pozitif hukukumuzda tarh işlemi yapıcı nitelik taşısa idi (...) (sayılan) hususlarda tarh işleminin tamamlanması zamanı esas alınırdı. Başka bir anlatımla, bu son durumda o vergi ilişkisine vergiyi doğuran olay sırasında değil, tarh işlemi sırasında yürürlükte olan yasa hükmü uygulanırdı; zaman aşımı tarh işleminin tarihine göre işlemeye başlardı. Oysa (...) bugünkü hukuki düzenleme, vergi borcunu vergiyi doğuran olaya bağlamak suretiyle tarh işlemine belirtici (belirleyici) işlem niteliği vermiş olmaktadır.*”, Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 90-91.

Tarh işleminin kimi türlerinde (resen, ikmalen, idarece tarh), beyana dayalı tarhiyatın aksine, matrah vergi dairesince saptanır. Matrahın vergi dairesi tarafından saptanması, asli işlem görünümündeki tarh işleminin hazırlayıcısı niteliğindedir.<sup>38</sup> Verginin tarhında asli idari işlem, diğer bir deyişle “*kesin ve yürütülmesi zorunlu (icra) işlem*” tarh işlemidir; ancak kendisi hazırlayıcı nitelikteki matrah saptaması için de birtakım ön (hazırlayıcı) işlemlere gereksinim vardır.

Vergilendirme sürecinde tipik bir idari işlem olarak karşımıza çıkan tarh işleminin, yukarıda belirlenen anlamı ile icra nitelik taşıması, bu işleme karşı yargı yoluna başvurulabilmesi için gerekli ve yeterlidir. Bu bakımdan, hukuk düzeninde herhangi bir değişiklik getirmeyen, bir başka anlatımla salt idarenin iç işleyişine yönelik işlemler ile icra nitelikteki idari işlemlerin hazırlık işlemleri,<sup>39</sup> “*kesin ve yürütülmesi zorunlu olmayan*” işlemlerden olmaları nedeni ile dava konusu yapılamazlar. Örneğin; belediye tarafından ödenen verginin yükümlüden istenilmesine ilişkin ihtarname, borçluya borcunu gösteren, onu ödemeye davet eden ve icra niteliği olmayan, bu nedenle de vergi davasına konu olamayacak bir işlemdir;<sup>40</sup> zira bu tür bir özel hukuk uyuşmazlığının çözüm yerinin adli yargı olması gerekir. Bunun gibi, incelemeye bulunan matrah farkının yükümlüye bildirildiği; ancak istisna nedeniyle vergi hesaplanmadığı için ek tarhiyat yapılmadığı bir durumda, bu farkın gelecek yıllarda göz önüne alınacağı ve yükümlünün gelecek yıl hesaplarını bu hususu dikkate alarak yapması gerektiğini kesin olarak bildiren vergi dairesi müdürlüğü yazısı, yükümlünün hukuki güvenliğini zedeleyen kesin ve yürütülmesi zorunlu bir niteliğe sahip olduğundan, bu işleme karşı

<sup>38</sup> Cebren tahsil aşamasında satış işleminden önce bilirkişi raporları ve bunlara dayalı kıymet takdirleri, asıl işlemi hazırlayıcı işlemlerdendir. Söz konusu kıymet takdiri, hazırlayıcı (*ihzarî*) işlem niteliğinde olup, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlerden değildir.

<sup>39</sup> “*Vergi mahkemesi kararıyla; vergi inceleme raporu düzenlenmesinin sadece tarh ve tahakkuk öneren bir ön işlem olduğu, kesin ve yürütülmesi gerekli idari işlem niteliğinde olmadığı, bu nedenle inceleme raporunda belirtilen “Yeminli Mali Müşavirin Sorumlu Olduğu” ifadesinin kaldırılması talebinin zımnen reddi yolundaki işlemin idari dava konusu olmayacağı, yeminli mali müşavirin sorumluluğunun mükellefadına tarh edilecek vergilerin kesinleşmesi ve tahsilinin imkansızlığından sonra meydana geleceği ve bu aşamada açacağı davaya olayın esası hakkındaki iddiaların inceleneceği gerekçesiyle idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem bulunmaması nedeniyle davayı reddetmiştir. Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.*” Dan. 4. D., 21.03.2001, 2001/237-987.

<sup>40</sup> Dan. 11. D., 17.01.1996, E. 1995/4616, K. 1996/203.

dava hakkının kullanılması hem yükümlünün hukukunun korunması hem de vergide belirlilik ilkesinin doğal sonucu olarak kabul edilmelidir.<sup>41</sup> Belediyeler tarafından alınmakta olan bina vergisine ilişkin beyannamenin merkez ilçe belediyesine bağlı vergi dairesince kabul edilmediği ve üzerine arsa vergisi beyannamesi düzenlenmesi gerektiği konusunda meşruhat verilerek yükümlüye iade edildiği, başka bir ifade ile yükümlü isteğinin reddedildiği bir durumda, beyanname üzerine “adınıza kayıtlı gayrimenkulleriniz için arsa beyannamesi vermeniz yasal zorunluluktur.” meşruhatı verilerek altının imzalanması da, yükümlü isteğinin reddedildiğini kanıtlayan bir belge durumunda olduğundan, icra niteliği haizdir.<sup>42</sup>

Vergi dairesinin bir konu hakkındaki görüşünü belirten bir özelge (mukteza) ya da bir yoklama tutanağı veya bir vergi inceleme raporu, doğrudan vergi davasına konu yapılamaz; ancak bu türdeki işlemlere dayanılarak icra nitelikte bir işlem tesis edilirse (örn. bir vergi/ceza ihbarnamesi düzenlenir ve tebliğ edilirse), bu durumda bunların da “icra işlemle birlikte” dava edilebilecekleri açıktır. Verginin tarhından önce vergi idaresinin bu işleme dayanak oluşturmak üzere yaptığı işlemler, kural olarak, tarh işleminden ayrılarak bağımsız olarak vergi davasına konu yapılabilecek nitelik taşımazlar;<sup>43</sup> ancak kimi özel durumlarda, hazırlayıcı nitelikteki bu işlemlerin de bağımsız olarak dava konusu yapılabilmeleri olanaklıdır. Örneğin; yoklama fişine dayanılarak gerçek usulde mükellefiyet tesis edilmesine ilişkin işlem, herhangi bir makamın onayına tabi bulunmadığı gibi yükümlüyü defter tasdik ettirme, fatura ve fiş kullanma, beyanname verme gibi vergi ile ilgili ödevleri yerine getirme zorunluluğunda bıraktığından, yükümlünün menfaatini etkileyen, vergi davasına konu olabilecek nitelikte, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlemdir;<sup>44</sup> ancak vergi dairesinin yoklama memurları tarafından düzenlenip taraflarca imzalanan yoklama tutanakları,<sup>45</sup> hukuk düzeninde ve ilgililerin hukukunda henüz değişikliğe yol açmadıklarından icra sayılmazlar.

<sup>41</sup> Dan. 4. D., 21.05.1993, E. 1990/4275, K. 1993/2446.

<sup>42</sup> Dan. 9. D., 25.12.1987, 1987/107-4170.

<sup>43</sup> Dan. 4. D., 18.04.1988, E. 1986/2004, K. 1988/1564.

<sup>44</sup> Dan. 3. D., 11.03.2004, E. 2003/1501, K. 2004/703, in DKD, Y. 2, S. 4, 2004, s. 120.

<sup>45</sup> Dan. 4. D., 16.01.1993, E. 1992/1673, K. 1993/2426, nak. Candan, *İdari Yargılama*, s. 82.

Yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, kimi durumlarda, “*tahakkuk ihbarı*” da tek başına vergi davasına konu yapılabilir. Örneğin; yükümlü şirketin üretmiş olduğu ürünlerle ilgili olarak, kimi televizyon kanallarından çok defa reklam yapıldığı, fakat reklam vergisine tabi olan bu hususla ilgili olarak belediyeye herhangi bir bildirimde bulunulmadığının saptandığı ve tahakkuk miktarı yazının tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde belediyenin ilgili banka şubesindeki hesabına yatırılmasının tahakkuk ihbarı olarak tebliğ edildiği durumlarda, belediye tarafından tesis edilen işlem kesin ve icra bir işlem niteliğini taşıdığından kuşku duymamak gerekir.<sup>46</sup>

Gelinen noktada, “*takdir komisyonlarınca matrah saptanması*”<sup>47</sup> durumuna da ayrıca değinmek yararlı olacaktır. Bilindiği üzere takdir komisyonları, yetkili makamlarca istenen matrah ve servet takdirlerini yapmakla görevli, vergi idaresi ve yükümlü kesiminin temsilcilerinden oluşan sürekli ya da geçici komisyonlardır.<sup>48</sup> Komisyonların matrah saptama konusundaki görevleri, “*genel/objektif*” ya da “*bireysel/sübjektif*” nitelikteki matrah saptamaları olmak üzere iki noktada toplanabilir.<sup>49</sup>

Takdir komisyonları, kanunla kendilerine kamu görevi verilen ve bu görevin yürütülmesi sırasında kamu gücü kullanarak tek yanlı, kesin ve icra (yürütülmesi zorunlu) idari işlemler yapabilen ve geniş anlamda idare tanımına giren kamu kuruluşlarıdır.<sup>50</sup> Takdir komisyonları, idarenin üç, yükümlü kesiminin ise iki temsilcisinden oluşan karma nitelikli ve aynı zamanda merkezi idare teşkilatı dışında yer alan kuruluşlardır. Vergi idaresinin takdir komisyonunun kararlarını değiştirme yetkisi yoktur; ancak vergi idaresi, bunlara karşı yargı yoluna başvurabilir.

<sup>46</sup> Dan. 9. D., 18.11.1992, 1992/5-2713.

<sup>47</sup> “*Takdir komisyonlarına yasayla verilen görevlerin, kamu maliyesi hizmetinin önemli bir bölümünü oluşturan vergi toplama işlevine yardımcı nitelikte olmalarına karşın takdir kararları, vergi idaresinin iç işlemlerinden değildir. Komisyon kararlarının vergi idaresini bağlayıcı özelliği, onları, bu idareler yönünden, yürütülmesi zorunlu (icra) kararlar haline getirmektedir.*”, Candan, T., *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma (Uzlaşma)*, Ankara, Ocak, 2001, s. 145.

<sup>48</sup> Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 102.

<sup>49</sup> Emlak vergisinde arsalar için kabul edilen asgari birim değerlerinin saptanması, takdir komisyonlarının görevine giren bir genel matrah saptama işlemidir. Bireysel/sübjektif matrah saptamaları ise, tek yükümlü hakkında ikmalen, resen ya da idarece vergi tarhına gidildiğinde söz konusu olmaktadır.

<sup>50</sup> Candan, *İdari Yargılama*, s. 151.



Vergi yükümlüsünün takdir komisyonunun kararına karşı dava hakkını kullanabilmesi için, bu karara göre vergi dairesi tarafından vergi tarh edilmesi ve ceza kesilmesi gerekir.<sup>51</sup>

Türk vergi uygulamasında, vergi idaresinin resen yapacağı tarh işleminin dayanağını oluşturan takdir komisyonu kararlarına karşı vergi davası yoluna, ancak bu kararın vergi idaresince resen vergi tarhı biçiminde bir idari işlem durumuna getirilmesi koşulu ile gidilebilir. Kimi durumlarda<sup>52</sup> ise, takdir komisyonu kararına karşı doğrudan vergi davası açılması olanaklıdır. Tipik birer idari işlem olduklarından takdir komisyonu kararlarına karşı açılacak davalarda kararın yetki, şekil, sebep, konu ve maksat öğelerinden biri ya da birkaçına aykırı olduğu iddiasında bulunulur. O halde, kanun koyucunun, idari karar sürecindeki nihai işlem teorilerinden zincir işlem ve ayrılabilir işlemleri, nihai ve kesin işlemin bağlandığı hukuki sonuçlar bakımından vergi mükellefi ve vergi idaresi olmak üzere ayrı ayrı gruplandığını söyleyebiliriz.<sup>53</sup>

## 2. Tebliğ İşlemi

VUK'un 21. maddesine göre tebliğ; *"vergilendirmeyi ilgilendiren ve hüküm ifade eden hususların yetkili makamlar tarafından mükellefe veya ceza sorumlusuna yazı ile bildirilmesi"* dir. Tebliğ, vergi yükümlüsünün vergi ödemeye çağrılması biçiminde tanımlanabilir.<sup>54</sup> Vergi yükümlüsünün adına tarh olunan vergiden haberdar olabilmesi ve tarh işleminin böylece hüküm ve sonuç doğurabilmesi ancak bu işlemin tebliği ile gerçekleşeceğinden, vergilendirme sürecinde tebliğ aşaması, tarh işlemi kadar önemli bir resmi bildirimdir.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Dan. 9. D., 26.06.1986, E. 1985/1155, K. 1986/2368.

<sup>52</sup> VUK'un mükerrer 49. maddesi gereğince, arsa ve araziye ait asgari ölçüde birim değer ve bina metrekaresi normal inşaat maliyet bedelleri takdirlerine karşı belli kuruluşlar ve vergi daireleri tarafından açılan davalar ile VUK'un 267. maddesinde öngörülen emsal bedeli takdirlerine karşı vergi daireleri ile yükümlüler tarafından açılan davalar.

<sup>53</sup> Saban, N., *Vergi Hukuku*, İstanbul, 2005, s. 129.

<sup>54</sup> Erginay, A., *Vergi Hukuku*, Ankara, 1976, s. 76-77.

<sup>55</sup> *"İdari işlemlerin tesis edildikleri tarihte hukuken var olan geçerli bir işlem niteliği kazandıği ve yazılı bildirimden amacın, ilgilileri işlemde haberdar etmek ve dava haklarını kullanmalarına olanak sağlamak olduğu dikkate alındığında, hak ve menfaatini ilgilendiren bir idari işlem tesis edildiğini yetkili makamlarca yapılan yazılı bildirim dışında tarhiyat öncesi uzlaşma"*

Uygulamaya ilişkin bir işlem türü olan tebliğ, verginin tarhı ile tahakkuku arasında köprü vazifesi gördüğünden ayrı bir öneme sahiptir; bunun yanı sıra idari ve yargısal sürelerin işlemeye başlaması<sup>56</sup> da tebliğ sayesinde gerçekleşir.<sup>57,58</sup>

Ülkemizde tebliğ konusunda, 6183 sayılı kanunun 8. maddesi de-laletiyle<sup>59</sup> tahsil aşaması da dahil olmak üzere, vergilendirme sürecinin tümüne şamil olmak üzere VUK uygulanır;<sup>60</sup> ancak tarh ya da tahsil aşamasında ortaya çıkan bir yargısal uyumsuzluk bakımından tebliğ işlemleri, “*Tebliğ İşleri ve Ücretler*” başlıklı İYUK’un 60. maddesi uyarınca,<sup>61</sup> 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yürütülür.

Tebliğ işleminde “*yazılı şekil*” esastır; tebliğ, yükümlüye, yasal temsilciye, umumi vekile, ceza muhatabına, tüzel kişilerde yasal temsilcilere, tüzel kişiliği olmayan kuruluşlarda idareci veya temsilcilere, kamu idare ve müesseselerinde en büyük amirlere, bunların yardımcılara ya da yetkili kılınan memurlara yapılabilir.<sup>62</sup>

İdari işlemlerin ilgililerine duyurulması amacıyla yapılan tebligat işlemleri usulü işlemler olduğundan bu işlemlerdeki noksanlıklar ancak idari işleme karşı yargı yoluna başvurulması hallerinde ve idari işlemi

---

*görüşmesinde öğrenen davacının açtığı davanın incelenmesine bir engel bulunmamaktadır.”*, Dan. 11. D., 12.05.1998, E. 1997/1060, K. 1998/1681.

<sup>56</sup> 1982 Anayasası’nın 125. maddesinin 3. fıkrası: “*İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.*”, İYUK’un 8. maddesinin 1. fıkrası: “*Süreler, tebliğ (...) tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlar.*”

<sup>57</sup> Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 103.

<sup>58</sup> “*İdari yargılama usulünde, yazılı bildirim esas olacağına ilişkin kural, yönetilenlere menfaatlerini ihlal eden nitelikteki işlemlerin idare tarafından açık ve anlaşılabilir bir biçimde duyurularak bir yandan onlara bu işlemlere karşı idari yollara veya dava yoluna başvurmaları konusunda inceleme ve düşünme imkanı sağlamak, öte yandan gereksiz, müphem ve mükerrer başvurulara meydan vermemek amacını taşımaktadır.*”, Dan. 10. D., 15.10.2003, 2003/1377-3999, DKD, Y. 2, S. 3, 2004, s. 287.

<sup>59</sup> 6183 sayılı kanunun 8. maddesi: “*Hilâfına bir hüküm bulunmadıkça bu kanunda yazılı müddetlerin hesaplanmasında ve tebliğlerin yapılmasında Vergi Usul Kanunu hükümleri tatbik olunur.*”

<sup>60</sup> “*Bu hükümle, şekli vergi hukukuna ilişkin işlemlerde, genel süre hükümlerinin ve tebligat hükümlerinin uygulanması bakımından bir birlik sağlanmıştır.*”, Çağan, N., *Vergi Hukukunda Süreler*, Ankara, 1975, s. 93.

<sup>61</sup> İYUK’un 60. maddesi: “*Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerine ait her türlü tebliğ işleri, Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır. Bu suretle yapılacak tebliğlere ait ücretler ilgililer tarafından peşin olarak ödenir.*”

<sup>62</sup> Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 104.

kusurlandırmak için ileri sürülebilir. Bu nedenle, tebligat işlemlerinin ilgililerine duyurulmalarına aracılık ettikleri asıl idari işlemlerden ayrılarak tek başlarına idari davaya konu edilmeleri söz konusu olamaz; zira hukuki sakatlıklar taşıyan tebligat işlemlerinin ilgilileri açısından hukuki sonuçlar doğurabilmesi olanağı bulunmamaktadır.<sup>63</sup>

Yükümlü adına salınan gelir vergisi ve mali denge vergisinden dolayı yükümlünün umumi vekillerince uzlaşma komisyonuna başvurulduğu halde uzlaşmanın temin edilemediğine ilişkin tutanağın yükümlünün eşine tebliği işleminin yasalara aykırı olduğundan işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararını inceleyen Danıştay; *“uzlaşmanın temin edilmediğine ilişkin tutanak uzlaşmaya başvuruda bulunan yükümlünün umumi vekiline değil yükümlünün eşine tebliğ edildiğinden anulan tebliğ işleminin iptali isteği ile defterdarlığa yaptığı başvurunun defterdarlık tarafından sadece bilgi verici nitelikteki yazısı ile cevaplandırıldığı ve bu yazının dava konusu edildiği anlaşılmaktadır. VUK’un 108. maddesinde, tebliğ olunan belgelerin, esas etkilemeyen şekil hatalarından dolayı hukuki değerini kaybetmeyeceği ifade olunmuş; Tebligat Kanunu’nun ‘usulüne aykırı tebliğin hükmü’ başlıklı 32. maddesinde de, ‘Tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır. Muhatabın beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi addolunur.’ denilmiştir. İdari davaya konu edilebilecek bir işlemin usule aykırı olarak tebliğ edilmesi halinde, ilgisininin bu işleme muttali olduğu tarihi tebliğ tarihi sayarak, tebligatın usulsüz olduğuna işaret ederek, süresi içinde işlemi dava etmesine sözü edilen hükümler karşısında bir engel yoktur. Davacının tebligatın usulsüzlüğüne ilişkin iddiasının ancak böyle bir davada incelenmesi mümkün olup, idarenin icra işlemi niteliğinde bulunmayan bu hususun müstakil bir davaya konu edilmesinde ve bu iddianın esaslı incelenerek karar verilmesinde isabet yoktur.”*<sup>64</sup> biçiminde karar vermiştir.

### 3. Tahakkuk Aşaması

VUK’un 22. maddesinde verginin tahakkuku; *“tarh ve tebliğ edilen bir verginin ödenmesi gereken bir safhaya gelmesi”* biçiminde tanımlanmıştır. VUK’da yer alan söz konusu tanımdan anlaşılacağı üzere vergilendirme sürecinde yer alan idari işlemlerden biri olmayan tahakkuk, aksine vergi

<sup>63</sup> Dan. 4. D., 07.10.1999, E. 1998/4783, K. 1999/3374.

<sup>64</sup> Dan. 4. D., 23.12.1986, E. 1985/1209, K. 1986/4141.

borcunun ödenecek duruma gelmesini, bir başka anlatımla verginin talep edilebilir bir alacak haline gelmesini sağlar.<sup>65</sup> Anılan aşama, ya süresinde vergi davası açılmaması ile kendiliğinden ya da vergi mahkemesinin açılan davayı reddetmesi üzerine gerçekleşir; işte, tahakkuk aşamasının başka hiçbir idari muamele ya da tasarrufa gereksinim duymaksızın kendiliğinden gerçekleşme özelliği, bu aşamayı vergilendirme sürecinin diğer aşamalarından önemli ölçüde farklılaştırır.

Vergi idaresinin tarh işlemi ile hesaplanarak ham bir şekilde ortaya çıkan vergi borcu, tahakkuk aşamasında vergi yükümlüsünün yargı yoluna başvurmaması ya da yargı organının ret kararına göre somut bir nitelik kazanır; vergi yükümlüsünün ya da yargı organının vergi idaresinin işlemine katılması suretiyle işlem, taşıdığı istem hakkı bakımından daha sağlam bir nitelik kazandığından tahakkuk ile birlikte vergi borcunun ödenmesi gerekir.<sup>66</sup>

#### 4. Tahsil Aşaması

Kamu alacaklarının tahsilindeki usul, idarenin imtiyazlarının belki de en önemlisi olan icra karar alabilme ve resen hareket yetkilerine dayanır.<sup>67</sup> Tahsil aşamasında kamu borcu, süresinde ödenmez ise vergi idaresi, resen hareket yetkisine dayanarak birtakım idari işlemler ile kamu alacağını tahsil eder.

Bilindiği gibi, idari işlemler, idarenin tek yanlı irade açıklaması, bir başka deyişle ilgililerin rızasının olup olmadığına bakılmaksızın sonuç doğurur. İdari işlemlerin tek yanlılığının nedeni, kamu hukukunda, özel hukukta olduğu gibi iradelerin eşitliğinin değil, kamusal iradenin üstünlüğünün söz konusu olmasıdır.<sup>68</sup>

Cebren tahsile ilişkin idari işlemleri tesis ederken vergi idaresi, “*cebri icra*” ya da bir başka deyişle “*cebren tahsil*” yetkisini kullanır. Vergi idaresi, olağan usullerle kamu alacağını karşılayamazsa, ilgili kişi ya da kişilerin malvarlığı üzerinde cebri önlemlere başvurur. Aslında, kural olarak, idarenin cebri icra yetkisi yoktur; ancak idareye bu

<sup>65</sup> Kaneti, S., *Vergi Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1989, s. 139.

<sup>66</sup> Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 106.

<sup>67</sup> Onar, S. S., *İdare Hukuku'nun Umumi Esasları*, C. III, 3. Bası, İstanbul, 1966, s. 1645.

<sup>68</sup> Özay, s. 306.

konuda kanun ile ayrıca ve açıkça yetki verilmesi halinde idare cebri icra yetkisini kullanabilir. İşte, vergilendirmede tahsil aşamasında vergi idaresi, 6183 sayılı kanundan kaynaklanan cebren tahsil yetkisi ile donatılmıştır; ancak, kendisine verilen bu istisnai yetkiyi kullanırken, 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklerin korunması ile ilgili hükümlerini de gözetmek zorundadır, aksi halde, idarenin sorumluluğu çerçevesinde cebren tahsilin muhatabının tazminat isteme hakkı doğar. Bu bakımdan, "*idare, kararlarını her türlü riski ve tehlikeyi kendi üzerine alarak icra eder*"<sup>69</sup> biçiminde ifade edilen temel ilke, tahsil aşamasında kendini daha çok hissettirir.

İdari işlemlerin icra olması, onların idare tarafından resen icra edilebileceği anlamına gelmez; çünkü "*resen icra*", doğası gereği icra nitelik taşıyan bir idari işlemin ortaya çıkardığı yenilik ya da değişikliğin, idarenin kimi davranışları ile maddi olarak gerçekleşmesidir. Çizilen bu çerçevede, hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olan "*yasal idare ilkesi*" gereğince idarenin almış olduğu bir idari işlemi resen icra edebilmesi için yasal bir izne gereksinim vardır; aksi durumda idare, her ne kadar icra nitelik taşısa da, tesis ettiği işlemi resen icra edemez.

### a. Tahsil İşlemi

Hazine açısından tahsil, yükümlü açısından ödeme olarak adlandırılan işlem ile vergilendirme sürecinde ortaya çıkan muaccel bir vergi borcu<sup>70</sup> ve dolayısıyla vergi ödevi ilişkisi sona erer. VUK'un 23. maddesinde tahsil; "*verginin kanuna uygun surette ödenmesi*" biçiminde tanımlanmıştır; ancak bu tanımlama, tahsil aşamasının idari bir işlem mi ya da idari bir eylem mi olduğu konusunda, tarh işleminin tanımında olduğu kadar açık bir ifade taşımaz. Her şeyden önce, vergilendirme sürecinde tahsil aşaması kamu borcunun ortadan kalkması sonucunu doğurduğundan bir idari işlemdir, bu aşamanın özünü oluşturan maddi/teknik faaliyet ise tahsilin eylem yönüne ilişkin kimi genel ilkelere bağlanmıştır.<sup>71</sup> Tahsil aşamasında kamu borçlusunun ödemedede bulun-

<sup>69</sup> Gözler, K., *İdare Hukuku*, Bursa, 2003, C. I, s. 952.

<sup>70</sup> Vergi alacağının muacceliyeti, vergi idaresinin alacağın ödenmesini isteyebileceği ve vergi borçlusunun bunu yerine getirmek zorunda olduğu durumu ifade eder ve muacceliyette ölçüt verginin tahakkukudur, Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 123.

<sup>71</sup> A.g.e., s. 108.

ması, ilk bakışta bir eylem gibi görünse de, söz konusu ödemeye ilişkin belgelerin düzenlenmesi nedeni ile vergi idaresinin yazılı işlemi, aslında, vergilendirme sürecinin son bulduğunu gösteren bir “belge-işlem” niteliğindedir.<sup>72</sup> Verilen yasal tanım çerçevesinde tahsilin, bünyesinde teknik bir faaliyeti de barındıran<sup>73</sup> idari işlem niteliğini taşıdığından kuşku duymamak gerekir.<sup>74</sup>

Verginin vade gününe kadar ödenmesi ile vergilendirme sürecinde tipik bir idari işlem olarak karşımıza çıkan tahsil işleminin, yukarıda belirlenen anlamı ile icra nitelik taşıması, bu işleme karşı yargı yoluna başvurulabilmesi için gerekli ve yeterlidir.

## b. İhtiyati Tahakkuk

Her bir vergi yükümlüsü, kendi borcu ile ilgili olarak aynı zamanda bir vergi sorumlusu olup istisnalar dışında borç ve sorumluluk durumları hep bir arada bulunur.<sup>75</sup> İhtiyati tahakkuk, borç ve sorumluluğun bir arada bulunmadığı, aksine henüz borç doğmadan sorumluluğun ortaya çıktığı istisnai hallerden biridir.<sup>76</sup> İhtiyati tahakkuk (ve ardından ihtiyati haciz) yoluna başvurulması, özellikle yükümlünün yeterli teminat ya da kefil gösterememesi durumunda önem taşır.<sup>77</sup>

VUK’un 344. maddesi uyarınca vergi ziya cezası kesilmesini gerektiren mali nitelikli vergi suçları ile yine VUK’un 359. maddesinde hükme bağlanan vergi kaçakçılığı suçlarına temas eden bir kamu alacağının alınması için gerekli işlemlere başlandığında vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden tahsil dairelerince kamu borçlusundan teminat istenmesi ya da Türkiye’de ikametgahı bulunmayan yükümlünün mali durumu kamu alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu gösteriyorsa, tahsil dairesinin borçludan teminat talep etmesi, borçlunun belli bir ikametgahının bulunmaması,

<sup>72</sup> Özay, s. 463.

<sup>73</sup> Tahsilin teknik faaliyet boyutu, VUK’un “Vergilendirme” başlıklı birinci kitabının “Vergi Alacağının Kalkması” başlıklı altıncı kısmının “Ödeme” başlıklı birinci bölümünde 110 ile 112. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

<sup>74</sup> Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 108.

<sup>75</sup> A.g.e., s. 76.

<sup>76</sup> A.g.e.

<sup>77</sup> Bilici, N., *Vergi Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, Mart, 2005, s. 104.

borçlu kaçmışsa veya kaçması, mallarını kaçırmaması ve hileli yollara sapsa olasığının bulunması, mal bildirimine çağrılan borçlunun verilen sürede mal bildiriminde bulunmaması ya da noksan bildirimde bulunması hallerinde vergi dairesi müdürünün yazılı isteği üzerine defterdar, yükümlünün henüz tahakkuk etmemiş vergi ve resimlerinden Maliye Bakanlığı tarafından tespit ve ilan edilecek olanlarla bunların zam ve cezalarının derhal tahakkuk ettirilmesi hususunda yazılı emir verebilir.

Yukarıda sayılan durumlar, aynı zamanda, ihtiyati haczin uygulanabilmesi için gerekli koşullardır. İhtiyaten tahakkuk ettirilen vergi borcunun, vadesi gelmeden ödenmesi olanaklı değilse de, bu borç hakkında ihtiyati haciz uygulanabilir; işte ihtiyati tahakkukun en önemli pratik sonucu da budur.

İhtiyati tahakkuk için öngörülen koşullara ek olarak, yükümlü hakkında, kamu alacağının tahsiline engel olanlar ile ilgili olarak sevk edilen 6183 sayılı kanunun 110. maddesi gereğince takibata girilmişse<sup>78</sup> ya da teşebbüsün muvazaalı olduğu ve gerçekte başkasına aidiyeti hakkında deliller elde edilmişse, yine yukarıda belirtilen usulle yükümlünün tahakkuk etmemiş vergi asıl ve cezaları ihtiyaten tahakkuk ettirilebilir.

6183 sayılı kanunun 17. maddesinin 1. fıkrası delaletiyle 359 seri numaralı Tahsilat Genel Tebliği<sup>79</sup> uyarınca ihtiyati tahakkuk; gelir vergisi, kurumlar vergisi, katma değer vergisi dahil gider vergileri, damga vergisi, veraset ve intikal vergisi ile sayılan vergi türlerine ait zam ve cezalar hakkında uygulanır.

Kural olarak, henüz tahakkuk etmemiş kamu alacakları hakkında ihtiyati tahakkuk işlemi yapılmadan ihtiyati haciz uygulamasına geçilemez; ancak kimi hallerde, kamu alacağını güvenceye alan tedbirlerden ihtiyati tahakkuk ile ihtiyati haciz birlikte uygulanabilir. Ör-

<sup>78</sup> 6183 sayılı kanunun 110. maddesi: “*Amme alacağının tahsili için hakkında takip muamelelerine başlanan borçlu kısmen veya tamamen tahsile engel olmak veya tahsili zorlaştırmak maksadı ile mallarından bir kısmını veya tamamını,*

1. *Mülkünden çıkararak, telef ederek yahut değerden düşürerek gerçek surette,*

2. *Gizleyerek, kaçırarak muvazaa yolu ile başkasının uhdesine geçirerek veya aslı olmayan borçlar ikrar ederek yahut alındılar vererek gerçeğe aykırı surette, varlığını yok eder veya azaltır ve geri kalan mallar borcu karşılamaya yetmezse üç aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır ve tevellüt eden zarar az ise verilecek ceza yarısına kadar indirilerek, eğer pek fahiş ise yarısına kadar artırılarak hükümlenir.”*

<sup>79</sup> RG, 05.01.1981, 18210.

neğin; 6183 sayılı kanununun 9. maddesi gereğince teminat istenilmesini gerektiren haller gerçekleştiğinde ihtiyati tahakkuk, henüz tahakkuk etmemiş kamu alacakları bakımından uygulama alanı bulur. Kamu borçlusunun teminat göstermesi gereken hallerde, tahakkuk etmemiş borçlarından ihtiyati tahakkuk kapsamında olanlar hakkında, 6183 sayılı kanununun 17. maddesi gereğince ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati haciz uygulanır; ancak henüz tahakkuk etmemiş kamu alacaklarından ihtiyati tahakkuka konu edilemeyenler hakkında ihtiyati haciz de uygulanamaz.

İhtiyati tahakkuk, ihtiyati haczin uygulanması için bir aşama olarak görülebilir;<sup>80</sup> zira kural olarak, ihtiyati tahakkuk, ihtiyati haciz ile birlikte uygulanır. Vergilendirme sürecinde bir idari işlem sayılmayan tahakkuk, tarh işleminin ardından kendiliğinden gerçekleşen bir hukuki durum/aşama olarak kabul edilir. Oysa ihtiyati tahakkuk, bir aşama değil, aksine bir idari işlem olarak ortaya çıkar; ancak niteliği itibariyle kesin ve icra (yürütülmesi zorunlu) değildir. Bir başka anlatımla, ihtiyati tahakkuk, verginin tarhında ön işlemlerden yoklama, inceleme, arama, bilgi toplama ve takdir komisyonlarının matrah belirlemesi gibi “*hazırlayıcı*” bir nitelik arz eder. Sayılan ön işlemlerin, kesin ve icra (*asli*) tarh işleminin hazırlayıcısı niteliğinde olması gibi,<sup>81</sup> henüz tahakkuk etmemiş vergi borçları hakkında uygulanan ihtiyati tahakkuk da, kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte bir idari işlem olan ihtiyati haciz işleminin hazırlayıcısı niteliğindedir. Bir başka anlatımla, ihtiyati tahakkukun, ihtiyati haciz işlemi tesis edilmeksizin, hukuki sonuç doğurma yeteneği bulunmaz.<sup>82</sup> Dolayısıyla, ihtiyati tahakkuk işlemine karşı ancak ihtiyati haciz işlemi ile birlikte dava açılabilir.<sup>83</sup> Danıştay içtihadı da, genel olarak, bu yöndedir.

Koşulları gerçekleşse dahi ihtiyati tahakkuk işlemi tesis edilmeyebilir; zira ihtiyati tahakkuk, takdiri bir işlemdir. Bilindiği gibi vergi idaresi, kural olarak, bağlı yetki ile donatılmıştır; dolayısıyla vergi hukukunda takdir yetkisi istisnaidir.<sup>84</sup> Söz konusu sınırlı takdir yetkisininin

<sup>80</sup> Karakoç, Y., *Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısı'nda Çözümlenen Uyuşmazlıklar*, Ankara, 2000, s. 97.

<sup>81</sup> Ağar, 15.10.2006.

<sup>82</sup> Dan. 9. D., 13.11.1980, E. 1979/3972, K. 1980/4239.

<sup>83</sup> Karakoç, s. 101.

<sup>84</sup> İstisna en kullanılan takdir yetkisi durumlarına örnek olarak verginin tecili, kefaletin



genel amaç olan kamu yararına yönelik olarak kullanılması esastır. Öte yandan takdir yetkisi, vergilendirme işlemlerinin ancak sebep ve konu unsurları bakımından söz konusu olabilir.

6183 sayılı kanununun 20. maddesi gereğince, haklarında ihtiyati tahakkuk üzerine ihtiyati haciz uygulananların, ihtiyati tahakkuk nedenlerine ve miktarına,<sup>85</sup> huzurda yapılan ihtiyati hacizde uygulanma, gıyapta yapılan hacizlerde ise haciz tutanağının tebliği tarihinden itibaren 7 gün içinde yetkili vergi mahkemesi nezdinde dava açabilmeleri olanaklıdır.

6183 sayılı kanunda öngörülen teminat istenmesini gerektiren durumların mevcut olup olmadığı yönünde yargı mercilerince yapılacak inceleme sonucunda söz konusu işlemin iptal edilmesi durumunda, ihtiyati haczi gerektiren sebep ortadan kalkacağından, ihtiyati haciz uygulanması da söz konusu olmayacaktır. İşte böyle bir durumda ihtiyati tahakkuk kararı, yükümlünün hukukunu etkileyen, kesin ve icra nitelikte bir işlem niteliğine kavuşur; ancak Danıştay, bu kanaatte değildir.<sup>86</sup>

---

kabulü, mühlet verme ve uzlaşma gösterilebilir.

<sup>85</sup> İhtiyati tahakkukta vergi borcu, normal vergilendirme prosedürü içerisinde tahakkuk etmediğinden, ihtiyati tahakkuka dayanan ihtiyati haczin ne miktar bir vergi borcu için uygulandığını kamu borçlusu ilk kez ihtiyati haczin uygulanması ile öğrendiğinden bu durumda kamu borçlusu, ihtiyati tahakkuk işleminin nedenleri yanında miktarını da dava konusu edebilir.

<sup>86</sup> Dan. VDDK, 23.02.2001, E. 2000/326, K. 2001/96. Bu kararın karşı oy gerekçeleri, Danıştay'ın gelecekteki muhtemel içtihadını göstermesi bakımından dikkat çekicidir: "6183 sayılı yasada öngörülen teminat istenmesini gerektiren durumların mevcut olup olmadığı yönünden yargı mercilerince yapılacak inceleme sonucunda söz konusu işlemin iptal edilmesi halinde, ihtiyati haczi gerektiren bu sebep ortadan kalkacağından, ihtiyati haciz uygulanması da söz konusu olmayacaktır. Bu durumda ihtiyati tahakkuk kararı davacının hukukunu etkileyen kesin ve icra nitelikte bir işlem niteliğinde olduğundan bu işleme karşı açılan davanın esasının incelenmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, davanın ortada kesin bir işlem olmadığından bahisle reddedilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir."; "Henüz kesin miktarı bilinmeyen ve ilk hesaplamalara dayanılarak ilgililer hakkında henüz tarh işlemi dahi yapılmamışken bir miktar vergi, ceza ve bunlara ait zammı tahsil edilebilir hale getiren bir işlem olan ihtiyati tahakkuk, etkili bir idari işlemin tüm niteliklerini taşımaktadır. Bu nedenle, ihtiyati tahakkuk üzerine ihtiyati haciz uygulanmamış olsa bile idari davaya konu yapılabilir. Kaldı ki, ihtiyati haciz uygulanan hallerde ihtiyati tahakkukun nedeni veya miktarına ilişkin iddiaların, ihtiyati hacze karşı açılan davada incelenebilmesi, bu davaların ihtiyati tahakkuka karşı ileri sürülebilecek tüm iddiaların incelenmesine elverişli olmadığını göstermektedir."

### c. İhtiyati Haciz

Vergi icra hukukunda ihtiyati haciz, kamu alacağının elde edilmesi bakımından yasada öngörülen nedenlere dayanarak kamu borçlusunun, malvarlığına dahil kıymetlerin kamu alacağını karşılayacak kısmının üzerindeki zilyetliğinin kaldırılarak, bunlara idari bir kararla el konulmasıdır. Özel hukukta bir ihtiyati tedbir uygulaması olarak aynı isimle anılan, ancak kamu alacağının korunması önlemi olarak ondan tümüyle farklı bir nitelik taşıyan ihtiyati haciz, 6183 sayılı kanunun 13. maddesinde düzenlemiştir. Kamu alacağının tarh ve tahakkukuna ilişkin işlemlerin tamamlanmış olması ya da teminata bağlanması, ihtiyati haczin uygulanması bakımından, kural olarak, gerekli değildir.<sup>87</sup> Verginin tahsili aşamasında ihtiyati haczin konusu, henüz tahakkuk etmemiş ya da tahakkuk etmiş, fakat vadesi gelmemiş yahut vadesi geçmesine karşın ödeme emri düzenlenerek kamu borçlusundan istenmemiş kamu alacaklarıdır.

İhtiyati haciz, kamu alacağının cebren tahsil sürecine başlanması beklenmeden kötü niyetli kamu borçlusunun mallarını elden çıkarmasını ya da hileli yollarla başkasına devretmesini önlemek amacı ile haczedilebilir malları üzerindeki tasarruf haklarının sınırlandırılmasıdır.<sup>88</sup> Bu kapsamı ile ihtiyati haciz, tahsil aşamasındaki alacaklara olduğu kadar, tahakkuk aşamasındaki alacaklar için de uygulanabilir.<sup>89</sup>

6183 sayılı kanunun 13. maddesinde ihtiyati haczin hangi durumlarda uygulanacağı belirtilmesine karşın ihtiyati haczin konusuna hangi alacakların girdiği açıkça ifade edilmemiştir. Buna göre ihtiyati haciz; 6183 sayılı kanunun 9. maddesi gereğince teminat istenmesini gerektiren hallerin bulunması,<sup>90</sup> borçlunun belli bir ikametgahının olmaması,

<sup>87</sup> Henüz tahakkuk etmemiş kamu alacakları hakkında ihtiyati tahakkuk işlemi yapılmadan ihtiyati haciz uygulamasına geçilemez.

<sup>88</sup> Bayraklı, H. H., *Türk Vergi Yargılama Hukuku'nda Yürütmenin Durdurulması*, in K. Ü. İİBF Yıllığı, Afyon, 1991, s. 139.

<sup>89</sup> Bilici, s. 105.

<sup>90</sup> İhtiyati haczi gerektiren 6183 sayılı kanunun 9. maddesi muvacehesinde teminat istenmesini gerektiren haller, aynı zamanda, 6183 sayılı kanunun 17. maddesinde ihtiyati tahakkuk nedeni olarak sayılır. VUK'un 344. maddesi uyarınca vergi ziya cezası kesilmesini gerektiren haller ile 359. maddesinde sayılan hürriyeti bağlayıcı cezalar ile cezalandırılacak vergi suçları ile birlikte doğan bir kamu alacağının tahsili için gerekli işlemlere başlandığında, vergi incelemesine yetkili memurlar tarafından yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden 6183 sayılı kanunun 9.

borçlunun kaçmış ya da kaçması, mallarını kaçırmaması ve hileli yollara sapması olasılıklarının bulunması, borçludan teminat göstermesi istendiği halde borçlunun verilen sürede teminat ya da kefil göstermemiş yahut şahsi kefalet teklifinin veya gösterdiği kefilin kabul edilmemiş olması,<sup>91</sup> mal bildirimine çağrılan borçlunun verilen sürede mal bildiriminde bulunmaması ya da noksan bildirimde bulunması, hükme bağlansın bağlanmasın kamu borçlusu hakkında para cezasını gerektiren bir eylem nedeni ile kamu davası açılması, iptali istenen iş ve işlemlerin konusunu oluşturan mallar, bu mallar elden çıkarılmışsa elden çıkarmanın diğer malları hakkında uygulanmak üzere, 6183 sayılı kanunun 27, 29 ve 30. maddelerinin uygulanmasını gerektiren durumların gerçekleşmesi halinde, takdirinde hiçbir süre ile sınırlı olmaksızın, kamu alacaklısının mahalli en büyük memurunun kararı ile haczin ne şekilde yapılacağına ilişkin hükümlere göre derhal uygulanır.

Kamu alacağı, 6183 sayılı kanunun 62. maddesi gereğince eğer kesin hacze konu edilmemişse, herhangi bir ayrıma gidilmeksizin 6183 sayılı kanun kapsamındaki tüm kamu alacakları için, yukarıda sayılan koşulların varlığı halinde ihtiyati haciz hükümleri uygulanabilir. İhtiyati haciz uygulamasında kamu alacağı teminatsız alacak gibi takip edilir.

Vadesinde ödenmeyen kamu alacağı hakkında 6183 sayılı kanunun 55. maddesi gereğince düzenlenen ödeme emrinin tebliğine karşın kamu borcu tahsil edilemez ya da ödeme emrine karşı yargı yoluna başvurulmazsa, 7 günlük dava açma süresinin bitimiyle birlikte ihtiyati haciz, kesin hacze dönüştürülerek, mahcuz mallar satışa çıkarılır ve paraya çevrilerek kamu alacağı karşılır.

Borçlunun belli bir ikametgahının olmaması, hem ihtiyati haciz, hem de ihtiyati tahakkuk nedenidir; bu nedenle, kamu borçlusunun tahakkuk etmiş borçları bakımından sadece ihtiyati haciz uygulanırken,

---

maddesi mucibince tahsil dairelerince teminat istenir. Ayrıca, 6183 sayılı kanunun 9. maddesinin 2. fıkrasına göre, Türkiye’de ikametgahı bulunmayan kamu borçlusunun durumu, kamu alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu gösteriyor ise, tahsil dairesi kendiliğinden teminat isteyebilir. İşte değinilen durum gerçekleştiğinde, kamu borçlusunun tahakkuk etmiş; ancak ödeme aşamasına gelmemiş bulunan borçları belirlenerek, anılan borçlar için 6183 sayılı kanunun 13. maddesinin 1. fıkrasına dayanılarak ihtiyati haciz uygulanabilir. Bu halde, kamu alacağının güvence önlemlerinden ihtiyati haciz ile teminat birlikte yürür.

<sup>91</sup> Bu durumda ihtiyati hacze konu miktar, kamu borçlusundan talep edilen teminat tutarıdır.

henüz tahakkuk etmemiş ve ihtiyati tahakkuk kapsamına giren borçları hakkında hem ihtiyati tahakkuk, hem de ihtiyati haciz uygulamasına gidilebilir.

Yine, aynı zamanda bir ihtiyati tahakkuk nedeni olarak, kamu borçlusunu kaçırması ya da kendisinin kaçması, mallarını kaçırmaması ve hileli yollara sapması olasılığı bulunuyorsa, ihtiyati haciz uygulanır. Alacaklı tahsil dairesi, kamu borçlusunun kaçması, mallarını kaçırmaması ve hileli yollara sapması olasılığını değerlendirirken takdir hakkını kullanır.

Mal bildirimine çağrılan kamu borçlusunun verilen sürede mal bildiriminde bulunmaması ya da noksan bildirimde bulunması, yine hem ihtiyati haciz, hem de ihtiyati tahakkuk nedenidir; dolayısıyla, henüz tahakkuk etmemiş ve aynı zamanda ihtiyati tahakkuk kapsamına giren kamu alacakları bakımından ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkuk birlikte uygulanabilir.

6183 sayılı kanununun 14. maddesine göre, haklarında ihtiyati haciz uygulanan borçluların daha sonra teminat göstermesi durumunda ihtiyati haciz işlemi kaldırılır. İhtiyati hacze konu edilen mallar, istenildiği zaman para veya ayın olarak verilmek ve bu hususu temin için malların kıymetleri depo edilmek yahut tahsil dairesinin bulunduğu yerde ikametgah sahibi bir şahıs müteselsil kefil gösterilmek koşulu ile borçluya ve mal üçüncü şahıs yedinde haczedilmişse bir taahhüt senedi alınarak kendisine bırakılabilir.

İhtiyati haciz işleminin tesis edilip edilmemesi bakımından alacaklı tahsil dairesinin yetkisi bağlıdır; bir başka deyişle, koşulları gerçekleşti ise kamu alacaklısı ihtiyati haciz işlemini tesis etmek zorundadır, burada alacaklı tahsil dairesinin takdiri bir yetkisi bulunmaz.

Kamu borçlusunu belli yükümlülükler altına sokması nedeni ile yükümlendirici özellik arz eden ihtiyati haciz işlemi, aynı zamanda, kamu borçlusunu bakımından yeni bir hukuki durum yarattığından ve özellikle kamu borçlusunun ihtiyati hacze konu varlıkları üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırdığından yapıcı (*inşa*) nitelikte öznel bir idari işlemdir.<sup>92</sup>

Haklarında ihtiyati haciz uygulanan kişiler, esas yönünden sadece ihtiyati haczin sebepleri ile sınırlı olmak üzere, haczin gerçekleştirildiği,

<sup>92</sup> Dönmez, R., *Vergi İcra Hukuku'nda İhtiyati Haciz*, Eskişehir, 1998, s. 14.

yokluklarında yapılan hacizlerde haczin tebliği tarihinden itibaren 7 gün içinde<sup>93</sup> ihtiyati haciz işleminin yetki, şekil, sebep, konu ya da amaç yönlerinden hukuku aykırı olduğu gerekçesi ile yetkili vergi mahkemesinde iptal davası açabilirler.

İhtiyati haciz kararı idari işlemin tüm unsurlarını taşıdığından vergi davasına konu edilmesine bir engel bulunmaz. 6183 sayılı kanunun 15. maddesinde dava süresinin haczin tatbikinde başlayacağını ifade edilmiş olması ve ihtiyati haciz kararının ayrıca tebliğ zorunluluğunun bulunmaması, ilgililerin bu kararı en geç uygulama tarihinde öğrenebilecek olmalarından kaynaklanır. Kararın varlığını uygulamadan önce öğrenen ilgililerin bu işlemi dava konusu etmeleri de olanaklıdır. Örneğin; uygulanan ihtiyati haciz işleminin varlığını vergi dairesi müdürlüğünün teminat gösterilmesini isteyen yazısından öğrenen yükümlü, dava dilekçesinde açıkça ihtiyati haciz işleminin iptalini talep edebilir.<sup>94</sup>

#### **d. Vergi Dairesince Teminat İstenmesi ya da Gösterilen Teminatın Çözülmemesi İşlemleri**

6183 sayılı kanunun 9. maddesi çerçevesinde; VUK'un 344. maddesi uyarınca vergi ziya cezası kesilmesini gerektiren mali nitelikli vergi suçları ile aynı kanunun 359. maddesinde hükme bağlanan vergi kaçaklığı suçlarına temas eden bir kamu alacağının tahsili için gerekli işlemlere başlandığında vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden tahsil dairelerince kamu borçlusundan teminat istenir. Ayrıca, Türkiye'de ikametgahı bulunmayan yükümlünün mali durumu kamu alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu gösteriyorsa, tahsil dairesi kendisinden teminat isteyebilir. Yükümlü, kamu alacağına karşılık olmak üzere teminat gösteremez ise, bir kişiyi müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu olarak da gösterebilir.

Teminat istenecek hallerde, yükümlünün henüz "*kamu borçlusu*"

<sup>93</sup> Uygulamada, yedi günlük dava açma süresinin salt ihtiyati haczin sebeplerine yönelik itirazlar hakkında geçerli olduğu kabul edilir. Bir başka anlatımla, 6183 sayılı kanun m. 13'te yedi bent halinde sayılan sebeplerin dışında bir sebebe, örneğin yükümlünün vekili sıfatı ile ihtiyati haciz kararına muhatap kişilerden olunmadığı sebebine dayanan davada dava açma süresi yedi gün değil, vergi davaları için geçerli genel dava açma süresi olan otuz gündür, bkz., Dan. 4. D., 02.03.1994, E. 1993/1302, K. 1994/1296.

<sup>94</sup> Dan. 4. D., 19.01.1993, E. 1990/3260, K. 1993/196.

sıfatı bulunmaz; zira henüz tahakkuk etmiş bir borcu yoktur. Daha sonra tahakkuk eden kamu borcu rıza en ödenmez ise, kamu alacaklısı, gösterilen teminatın paraya çevrilmesi ya da kefilin takibi sonucunda kamu alacağını karşılar.

Kamu borçlusu, 6183 sayılı kanunun 10. maddesinde sayılan bir teminatı gösteremez, aynı kanunun 11. maddesine göre şahsi kefalet isteminde bulunmaz ya da şahsi kefalet teklifi yahut gösterdiği kefil alacaklı tahsil dairesi tarafından kabul edilmez ise, 6183 sayılı kanunun 13. maddesinin 1. fıkrasına (1 ve 4. bentlere) göre ihtiyati haciz uygulanır.

Kamu borçlusundan teminat istenmesi, kamu borçlusunun hukuki durumunu etkileyen, kesin ve yürütülmesi zorunlu (icra), yükümlendirici ve öznel nitelikte bir idari işlemdir. Bu nedenle, teminat talep edilmesi işlemi, kamu borçlusu tarafından tek başına vergi davasına konu edilebilir.<sup>95</sup>

Teminat istenmesini gerektiren koşulların mevcut olup olmadığı yönünde vergi yargısı organları tarafından yapılan değerlendirme sonucunda teminat istenmesi işlemi iptal edilirse, ihtiyati haciz gerektiren neden de ortadan kalkmış olur ve ihtiyati haciz işleminin tesisi olanaksızlaşır.

6183 sayılı kanunun 9. maddesi gereğince teminat istenmesini gerektiren hallerin varlığı durumunda, alacaklı kamu idaresinin mahalli en büyük memurunun kararı ile hiç bir süre ile sınırlı olmaksızın haczin ne suretle yapılacağına ilişkin hükümlere göre derhal ihtiyati haciz uygulanır.

Görüldüğü üzere, teminat istenmesini gerektiren hallerin varlığı durumunda ihtiyati haciz uygulanması doğrudan kanundan doğan bir zorunluluktur ve bu halde kamu alacaklısının takdir hakkı bulunmaz; ancak yükümlü, kamu alacağına karşılık olmak üzere teminat gösterebilir; işte bu durumda, alacaklı tahsil dairesi, şahsi kefaleti ve gösterilen şahsi kabul edip etmemekte takdir hakkına sahiptir.

Teminat mektuplarının çözülmemesi işlemleri de, yükümlülerin teminatı veren banka nezdinde ticari itibarını zedeleyeceğinden ve te-

<sup>95</sup> Dan. 3. D., 11.03.1998, E. 1997/361, K. 1998/849.

minat mektubu alma olanaklarını sınırlandıracağından, yükümlünün talebi ile idarece gönderilen teminatın çözülmeyeceğine ilişkin ret yazısı, uygulamada, yükümlünün hukukunu olumsuz yönde etkileyen, kesin ve icra bir idari işlem olarak kabul edilir ve bu nedenle vergi davasına konu yapılabilmesi olanaklıdır.<sup>96</sup>

### e. Ödeme Emri

Ödeme emri; kamu alacağını vadesinde ödemeyenlere, borçlarını 7 gün içinde ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları gereğinin bildirildiği bir idari işlemdir. 6183 sayılı kanunda öngörülen cebri icra sürecini başlatan ödeme emri; kamu borçlusunun borcunu ödemeye zorlanması anlamında tahsil işleminin kamu borçlusuna yazı ile bildirilmesidir. 6183 sayılı kanunun 55. maddesine göre, tahsil dairesince tek yanlı iradeyle ve kamu gücü kullanılarak tesis edilen ve kamu borçlusunun ödemede bulunmaması durumunda cebren tahsili gereken kamu alacağına ilişkin olarak düzenlenen ödeme emrinin, hukuki niteliği itibarıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olduğu kuşkusuzdur.<sup>97</sup>

Ödeme emri, ödeme süresi içinde ödenmeyen kamu alacağının tahsil dairesi tarafından cebren tahsili yoluna başvurulmasından önce, ilgililerin kamu borcunu ödemeleri konusunda uyarılması, aksi takdirde karşılaşacakları yaptırımların duyurulması amacına yönelik, kamu alacağının cebren takibi ve tahsili yolunda tesis edilen bir idari işlemdir.

Bir belgenin ödeme emri niteliği kazanabilmesi için yasal unsurları taşıması gerekir; bu unsurları taşımayan bir belge, ödeme emri olarak nitelendirilemeyeceğinden, olsa olsa “*ödemeye çağrı mektubu*” olarak kabul edilebilir. Bu halde anılan belge, bir idari işlem olmadığından dava konusu yapılamaz; zira ödeme emri niteliğini taşımayan bir belge, cebri icra sürecini başlatmaya elverişli değildir. Bu anlamı ile ödeme emrinin şekle bağlı bir idari işlem olduğu söylenebilir; ancak bir belgenin hukuken ödeme emri sayılması, belgede “*ödeme emri*” tabirinin bulunmasına bağlı değildir, 6183 sayılı kanunun 55. maddesinde buna ilişkin bir hüküm yoktur. Örneğin; tebliğ alındısına ekli bir takip yap-

<sup>96</sup> Dan. 11. D., 28.05.1996, 1996/1175-2221.

<sup>97</sup> U.M., 09.07.2001, 2001/49-61, RG, 14.10.2001, 24553.

rağının ödeme emrinde bulunması gereken yasal bilgi ve açıklamaları taşınması durumunda, takip yapıldığı dahi ödeme emri olarak kabul edilebilir.<sup>98</sup> Özetle, kamu alacağının asıl ve ferilerinin nitelik ve miktarını göstermeyen bir belge, ödeme emri olarak kabul edilemez.

Bir idari işlem olan ödeme emrinin iptali istemi ile yargı yoluna başvurulması olanaklıdır; ancak bu aşamada büyük ölçüde belirginleşmiş bulunan kamu alacağının süratli bir biçimde tahsil edilmesini isteyen kanun koyucu, yargılama usulüne ilişkin genel düzenlemelerden ayrılarak farklı hükümler getirmiştir.<sup>99</sup> Örneğin; idare mahkemelerinde 60, vergi mahkemelerinde 30 gün olarak saptanan dava açma süresi, ödeme emrine karşı açılan davalar bakımından 7 gün olarak belirlenmiştir; vergi mahkemelerinde dava açılması kural olarak işlemin yürütülmesini kendiliğinden durdurduğu halde, ödeme emrine karşı açılan davada yürütme ancak talep edilmesi halinde mahkemenin vereceği karara göre durdurulabilir.

Ödeme emirlerine karşı açılan davalarda, dava sebepleri de sınırlandırılmıştır. 6183 sayılı kanunun 58. maddesinin 1. fıkrası gereği, kamu borçlusunu kendisine tebliğ olunan ödeme emrine karşı ancak *“böyle bir borcunun olmadığı”, “borcunu kısmen ödediği”* ya da *“borcunun zamanaşımına uğradığı”* nedenlerine dayanabilir. Ödeme emrine karşı açılacak davada, kural olarak, vergi tarhi ya da ceza kesme işlemlerine karşı açılan olağan nitelikteki davalarda incelenen iddialar ileri sürülemez.

İdari işlemlerin, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarından biri ya da birkaçı ile hukuka aykırı oldukları iddiası ile iptalleri için menfaati ihlal edilenler tarafından açılan davaların idari yargı düzenine dahil yargı organları tarafından çözümlenmesi, idari yargılamanın ve pozitif hukukun bir gereğidir. 6183 sayılı kanunun 58. maddesi ile 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri'nin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13. maddesi, ödeme emirlerini konu edinen davaların görüm ve çözüm yerinin, idari yargı olduğunu gösterir. Konusu vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm olmayan ödeme emrine karşı açılan dava ise, 2576 sayılı kanunun 5. maddesi uyarınca, idari yargı düzeninin genel görevli mahkemeleri olan idare mahkemelerince karara bağlanmalıdır.

<sup>98</sup> Dan. 3. D., 10.12.1986, 1986/1143-2547.

<sup>99</sup> Dönmez, s. 124.



Vergi dairesi müdürlüğünce, ödenmemiş geçmiş dönem vergi borçlarının ödenmesini, ödenmediği takdirde İller Bankası tarafından belediyelere ödenen paylara haciz uygulanacağını bildiren yazının iptali istemi ile açılan davada Danıştay; ödeme emirlerinde ne tür bilgi ve bildirimlerin bulunacağını 6183 sayılı kanunda açıklandığı, ancak ödeme emrinin belli bir şekil ve düzeni taşıyacağına dair bir hüküm getirilmediği, kanunun bir ödeme emrinde bulunmasını öngördüğü tüm bilgilerin söz konusu yazıda mevcut olması karşısında, dava konusu yazının ödeme emri niteliğinde ve yükümlünün güncel ve aktüel menfaatini ihlal eden icra bir idari işlem olduğu sonucuna ulaşmıştır.<sup>100</sup>

Ödeme emrinin hukuki niteliği hakkındaki açıklamalara son vermeden önce, 7 günlük dava açma süresi içerisinde ödeme emri hakkında İYUK'un 11. maddesinde düzenlenen "*üst makamlara başvuru*" yolunun işletilip işletilemeyeceğinin tartışılması yararlı olacaktır.

Bilindiği gibi, İYUK'un "*Üst Makamlara Başvurma*" başlıklı 11. maddesinde, idari dava açılmadan önce ilgililer tarafından idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi ya da yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan,<sup>101</sup> idari dava açma süresi içinde istenebileceği, bu başvurunun işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durduracağı, 60 gün içinde bir yanıt verilmez ise isteğin reddedilmiş sayılacağı, isteğin reddedilmesi ya da reddedilmiş sayılması durumunda dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve başvurma tarihine kadar geçmiş sürenin de hesaba katılacağı hüküm altına alınmıştır. Anılan maddenin 4. fıkrasında yer alan; "*Bu madde hükümleri, vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümlerin tarh, tahakkuk ve tahsilinden ve bunların zam ve cezalarından doğan uyumsuzluklarda uygulanmaz*" hükmü 4001 sayılı kanunun 6. maddesi ile 18.06.1994 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. 4001 sayılı kanunun

<sup>100</sup> Dan. 4. D., 15.10.1990, E. 1988/5350, K. 1990/2775.

<sup>101</sup> Maddede geçen ve idari başvurunun muhatabı "*üst makam*"ın, vergi işlemleri ile ilgili olarak Maliye Bakanlığı ya da il defterdarlıkları olduğu düşünülebilirse de, VUK'un 122. maddesinde vergi işlemleri ile ilgili hataların düzeltilmesi istemlerinin vergi dairelerine yapılması öngörülmüştür. Bu nedenle, İYUK'un 11. maddesi çerçevesinde yapılacak idari başvuruların, "*istita*" yolu ile işlemi tesis eden vergi dairesine yapılması gerekir. VUK'un 120. maddesi muvacehesinde düzeltme yetkisi il defterdarlıklarında ya da Maliye Bakanlığı'nda değil, vergi dairesi müdürlerinin inhisarındadır; ancak 30 günlük vergi davası açma süresi geçtikten sonra yapılan düzeltme istemlerinin reddi durumunda, VUK'un 124. maddesi gereğince, şikayet yolu ile Maliye Bakanlığı'na başvurulması gerekir.

gerekçesinde, İYUK'un 11. maddesinin 4. fıkrasının yürürlükten kaldırılması ile amaçlananın, tıpkı diğer idari işlemlerde olduğu gibi, tarh ve tahsil işlemleriyle karşılaşan yükümlülere, bu işlemlerin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi ya da yeni bir işlem yapılması için dava açma süresi içinde vergi idaresine başvurma olanağının verilmesi, bu başvuru ile dava açma süresinin durdurulması ve böylece hak kayıplarının önlenerek uyuşmazlıkların, dava aşamasına gelmeden, idari süreç içerisinde çözümlenmesi olduğu belirtilmiştir. Bu şekilde, dava sayısının azalacağı da ümit edilmiştir; ancak Danıştay, bu ümitleri boşa çıkarırcasına, aksi yönde kararları<sup>102</sup> olsa da halen, temelsiz gerekçelerle ödeme emirlerine karşı idareye başvurulmasının dava açma süresini durdurmayaacağına hükmetmektedir.<sup>103</sup>

İdareye başvurunun, vergi uyuşmazlıklarında dava açma süresini durdurucu etkiye sahip olduğunu kabul etmek gerekir. İlgililer anılan işlemlere karşı doğrudan doğruya idari dava açabilecekleri gibi, idari itiraz yoluna da başvurabilmelidirler. Sonuç olarak, yargılama makamları önünde vergi davasının konusunu oluşturmak bakımından ödeme emrinin bir idari işlem olması ve 18.06.1994 tarihinden bu yana İYUK'un 11. maddesinde vergi uyuşmazlıklarında üst makama başvuru hakkının bulunmadığı biçiminde açık bir hükmün yer almaması karşısında, yükümlünün, ödeme emrinin tebliğinden itibaren 7 günlük dava açma süresi içerisinde idareye başvurusu, dava açma süresini durdurucu etkiye sahiptir. 6183 sayılı kanun çerçevesinde ve bu kanunun idareye tanıdığı yetkiye dayanarak vergi kanunlarına göre tahakkuk etmiş ve vadesinde ödenmemek suretiyle kesinleşmiş bir verginin cebren tahsili aşamasında tesis edilen ödeme emrinin, idari itiraza konu diğer idari

<sup>102</sup> Dan. 7. D., 05.10.2004, E. 2003/2031, K. 2004/2338; Dan. 7. D., 21.11.1997, 1997/2994-4176.

<sup>103</sup> "Ödeme emri 6183 sayılı kanunda öngörülen cebren tahsil ve takip usullerinden biridir. Bu haliyle vergi dairelerinin idari işlemleriyle ilgili olarak tesis ettikleri uygulanabilir nitelikte ve yükümlülerin hukukunu doğrudan etkileyen onların hak ve yükümlülüklerinde yenilik yaratan irade açıklaması suretiyle tesis edilen işlemlerden farklılık arz eder. Bu özelliği itibarıyla kanunda ödeme emri hakkında açılacak davalarda sürenin 7 günle sınırlanmış olması nedeniyle bu süreden sonra açılan davaların süresinde kabul edilmemesi gerekmektedir. Ödeme emirlerine karşı açılacak davalar, özel düzenleme ile 7 günlük süre ile sınırlanmış ve bu sürenin durması ve kesilmesi hakkında herhangi bir yasa hükmü özel kanunlarında bulunmadığına göre vergi mahkemesince davanın süresinde olduğunun kabulü suretiyle verilen kararda isabet bulunmamaktadır.", Dan. 9. D., 12.04.1996, E. 1995/3087, K. 1996/1404, Dan. 4. D., 21.12.1995, 1995/1902-5748. Ayrıca Dan. 4. D., 17.11.1998, 1998/2746-4282; Dan. 4. D., 03.02.2005, E. 2004/1655, K. 2005/146.

işlemlerden ayrı tutulması izah edilemez; aksine düşüncenin, İYUK'un 11. maddesine ve bu maddenin konuluş amacına aykırı sonuçlar doğuracağı kuşkusuzdur.

Yargı organları, tahsil aşamasında, tarh aşamasına ilişkin hukuka aykırılıkların ancak belli konularla sınırlı olmak üzere ileri sürülebileceğini kabul eder; örneğin, usulüne uygun olarak tarh ve tebliğ edilmeyen bir verginin tahakkuk ettiğinden ve yükümlüler açısından ödenmesi gereken aşamaya geldiğinden söz etmek mümkün olmadığından, kendisine ödeme emri tebliğ edilen bir yükümlünün, vergi idaresince hesaplanan vergiye ilişkin ihbarnamenin VUK'un 93. ve devamı maddelerine uygun biçimde tebliğ edilmediğini, ilan yoluyla yapılan tebliğin de hükümsüz sayılması gerektiğini ileri sürerek dava açması ve yapılan inceleme sonucunda ihbarnamenin tebliğinde usulsüzlük olduğunun anlaşılması durumunda, tahakkuk etmiş, yani ödenmesi zorunlu hale gelmiş bir kamu borcunun varlığından söz edilemeyeceğinden borcun doğmadığı ve bu iddiaları içeren dilekçelerin 6183 sayılı kanunun 58. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen *“böyle bir borcun olmadığı (ödeme emri ile istenebilecek bir borcun bulunmadığı)”* ifadesi içinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilir.<sup>104</sup> Yine bunun gibi, borcun tahakkuk zamanlaşımına uğradığı ya da ticari faaliyetin bulunmadığı<sup>105</sup> iddiaları, ödeme emrine itiraz nedenlerinden biri olan *“böyle bir borcu olmadığı”* hususunu da kapsar.

Kamu alacağının kesinleşmesinden sonra ortaya çıkan yeni durumlara veya tarh işlemine ilişkin hukuka aykırılık iddiaları, ödeme emrinin iptali istemiyle açılan vergi davasında ileri sürülemeyeceği gibi, bunların vergi yargıcı tarafından kanunda sayılan hukuka aykırılık halleri içinde değerlendirilmesi de olanaklı değildir; ancak bir idari işlem olması nedeni ile idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarını taşıması gereken ve bu unsurların tümünün hukuka uygun olarak gerçekleşmesi durumunda cebri icra sürecini başlatmaya muktedir olan ödeme emrinin, 6183 sayılı kanunun 58. maddesinin 1. fıkrasında sayılan ve sebep ve konu öğelerini karşılayan nedenlerin yanında yetki, şekil ve amaç unsurları bakımından da hukuka aykırı olduğu iddiasında bulunulabilmelidir; zira yasal unsurları harfiyen taşımasına karşın yetkisiz bir makam tarafından tebliğ edilen ödeme emrinin hukuka

<sup>104</sup> Dan. VDDK, 17.01.1997, E. 1995/136, K. 1997/16; Dan. VDDK, 17.05.1996, E. 1995/122, K. 1996/167.

<sup>105</sup> Dan. VDDK, 22.04.2005, 2005/1-106.

uygun olduğunu ve cebren tahsil sürecinde tüm hukuki sonuçları ile doğduğunu söylemek makul bir yorum tarzı olmasa gerektir.

“Böyle bir borcu olmadığı” ifadesinin; borcun tamamen ödendiği, borcu kalmadığı, adına tarh ve tebliğ edilerek kesinleşmiş ve ödenecek aşamaya gelmiş vergi ve ceza olmadığı veya kamu borcunun henüz vadesinin gelmediği gibi durumları kapsadığı kabul edilmelidir; örneğin Danıştay, tarhiyatın dayanağı olan yoklama tutanağının usulüne uygun olmadığı yolundaki iddianın, ancak tarh aşamasında açılacak bir davada incelenebilecek iddialardan olduğu ve tahsilat aşamasında ödeme emrine karşı açılan davada incelenemeyeceğine karar vermiştir.<sup>106</sup> Buna karşılık, ilgili dönemde kanuni temsilci sıfatı taşımayan kişinin takibata tabi tutulması açık bir vergilendirme hatası (yükümlünün şahsında hata) olduğundan bu husus düzeltme ve şikayet başvurusuna konu yapılabilir; bir başka anlatımla bu tür açık bir hatanın varlığı durumunda ödeme emrine karşı da düzeltme ve şikayet yoluna başvurulması olanaklıdır.<sup>107</sup>

Yükümlünün, kamu borcu gerçekte zamanaşımına uğradığı halde bu borcu ödediği savunması ile açtığı davada vergi yargıç, hem 6183 sayılı kanunun ödeme emrine itirazın şekli, incelenmesi ve itiraz incelemelerinin iadesi hususlarında VUK hükümlerinin uygulanacağına ilişkin 58. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi gereğince ve hem de İYUK’un 20. maddesinin 1. bendi delaletiyle sahip olduğu resen araştırma yetkisinin<sup>108</sup> bir yansıması olarak, yükümlü tarafından ileri sürülmediği halde, kamu borcunun zaman aşımına uğraması hususunu kendisi saptar ve hükmünü buna göre kurar.<sup>109</sup>

<sup>106</sup> Dan. VDDK, 10.06.1988, 1988/20-78.

<sup>107</sup> Dan. VDDK, 13.06.2003, E. 2002/611, K. 2003/320.

<sup>108</sup> “Resen araştırma ilkesi”, dava malzemesinin hazırlanmasında, tarafların yanında yargıçın da görevli olması anlamına gelir. Vergi yargılama hukuku bütününde geçerlilik taşıyan söz konusu ilkeye göre vergi yargıç, taraflardan bağımsız olarak davanın maddi temelini aydınlatmak ve bunun için gerekli bütün olayları ve ispat araçlarını yargılamaya getirerek incelemek zorundadır, Kumrulu, A. G., *Vergi Yargılama Hukuku’nun Kuramsal Temelleri*, Ankara, 1989, s. 84-85.

<sup>109</sup> “Vergi yargıç, idarenin hukuka bağlılığı sorunu ile yakından ilgilendiğinden tüm toplum çıkarı, dolayısıyla kamu düzeni ile yakından ilgilidir. Resen araştırma usulünde yargıç, vicdani kanaatine göre tesis edeceği hüküm ile kamu düzenini korumaya çalışır; vicdani kanaate ulaşırken yargıçın, tarafların iddia ve istemleri ile bağlı tutulmaması gerekmektedir.”, Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 206.

# AİLE BİRLİĞİNDE EŞLERİN TASARRUF YETKİSİNİN KISITLANMASI

Seda ÖKTEM\*

## Giriş

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda en önemli değişiklik Aile hukukunda yapılmış ve eşlerin gerek kişisel, gerekse mali durumlarına ilişkin olarak yeni bir takım düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemelerin temel amacı, karı ve koca arasındaki eşitliği<sup>1</sup> sağlamaktır. Öyle ki, Yeni Medeni Kanun'un Genel Gerekçesi'nde, Yeni Medeni Kanun'daki düzenlemelerde eşler arasında cinsiyet farkı gözetilmeksizin, tam bir eşitlik sağlama amacının birinci planda tutulduğu ısrarla vurgulanmıştır.<sup>2</sup>

Yeni Medeni Kanun'un 193. maddesi uyarınca; '*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğer ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir.*' Medeni Kanun'da eşler arasındaki hukuki işlemler konusunda temel ilkeler belirtildikten sonra, bunun istisnaları da belirtilmiştir. Bu istisnalardan birisi de, MK'nın 199. maddesinde düzenlenmiştir. MK m. 199/I hükmüne göre; '*Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine*

\* Araştırma görevlisi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Bölümü, Marmara Üniversitesi Özel Hukuk doktora öğrencisi.

<sup>1</sup> Oliphant Robert E. ve Steegh Ver Nancy'e göre; evlilik, diğer sözleşmelerden farklıdır. Çünkü eşlerin evlilik sebebi ile birbirlerine karşı olan hak ve yükümlülükleri, diğer sözleşmelerin aksine taraf iradeleri ile değil, kanunlarla ve anayasa ile belirlenir. Evlilik sözleşmesinde önemli hususların en başında, eşler arasında tam bir eşitlik sağlanması gelmektedir. Bkz., Oliphant Robert E., Steegh Ver Nancy; *Family Law (Examples and Explanations)*, Aspen Publishers, s. 5 vd.

<sup>2</sup> Barlas Nami, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları*, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 117.

*getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruflarının ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir.'*

Çalışmamızda, 4721 Sayılı Medeni Kanun'da eşler arasındaki hukuki işlemler konusunda genel düzenlemeyi değerlendirdikten sonra, MK m. 199'da düzenlenen ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinin doğurduğu mali yükümlülüklerin yerine getirilmesinin güvence altına alınması amacıyla sınırlanması konusu ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Bu kapsamda, MK m. 199'da düzenlenen tasarruf yetkisi sınırlamasının koşulları, konusu, hukuki niteliği, tasarruf yetkisi sınırlamasının sonuçları, MK m. 199/II'de kabul edilen koruma önlemleri ve son olarak ek koruma önlemi olarak tasarruf yetkisinin sınırlanmasının tapu kütüğüne şerhi konuları çalışmamızda değerlendirilecektir.

## 1. Eşlerin Kendi Malları Üzerinde Tasarruf Edebilmeleri

### a. Temel Prensip: İşlem Serbestisi

Yeni Medeni Kanun'a göre, eşlerin her biri (gerek koca, gerekse karı), kendi malvarlığı değerleri üzerinde kimsenin izin veya onayını almadan serbestçe tasarruf edebilir, her türlü hukuki işlemi sırf kendi iradesiyle gerçekleştirebilir.

Bu konuda hem bir serbesti hem de eşler arasında eşitlik söz konusudur.<sup>3, 4</sup>

Yeni Medeni Kanun'da eşler arasında serbest işlem yapabilme

<sup>3</sup> Barlas, *a.g.e.*, s. 118. Bu konuda bkz., Akıntürk Turgut, *Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 113 vd.; Uçar Ayhan, 4721 Sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler, AÜEHFD, C. VI, S. 1-4, s. 321 vd.; Demir Pınar Özlem, *Evliliğin Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler*, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 29 vd.; Namlı Mert, Türk Medeni Kanun'un Evlilik Hukuku'nda Yaptığı Değişiklikler, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ocak 2003, Yıl: 2, Sayı: 2, s. 292 vd.; Öztan Bilge, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 195 vd.

<sup>4</sup> İngiliz Anayasası'nda da eşler arasındaki hukuki işlem özgürlüğü düzenlenmiştir. Anayasa'ya göre, eşler birbirleri ile ve 3. kişilerle hukuki işlem yapabilirler, hak ve borç altına girebilirler, dava açabilirler, icra ve iflas takipleri yapabilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz., Cretney Stephen, Massen Judith, Bailey/Harris Rebecca; *Principles of Family Law*, Seventh Edition, 2003, London, s. 91 vd.

prensibi, MK m.193'te şu şekilde ifade edilmiştir:

*'Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir'.<sup>5</sup>*

MK 193. maddesi, hukuksal işlemler alanında eşlerin sahip olduğu sözleşme özgürlüğünün genel bir vurgusunu oluşturur.

Buna göre evli eşler, kendi aralarında veya üçüncü kişilerle girişecekleri işlemlerde, evliliğin genel hükümleri ve mal rejimi hukukunun emredici nitelikteki hükümlerinin getireceği sınırlamalar dışında, evli olmayan kişilerle aynı statüdedir.<sup>6</sup>

Demek ki eşler tam ehliyetlidirler, ancak maddede yer alan *'kanunda aksine hüküm bulunmadıkça...'* deyiimi, eşlerin bu özgürlüklerinin çeşitli yasal düzenlemelerle kısıtlanabileceğini de vurgulamaktadır.<sup>7</sup> Böylece Eski Medeni Kanun döneminde eşleri *'sınırlı ehliyetli'* konumuna sokan hükümler Yeni Medeni Kanun döneminde ortadan kaldırılmıştır.<sup>8</sup>

Kanımızca, Yeni Medeni Kanun'da eşler arasında işlem serbestisinin getirilmesinin sebeplerinden birisi kadın-erkek arasındaki eşitliği sağlamak olduğu kadar, kişilerin sadece evlenmeleri sebebiyle hukuki işlem yapabilme serbestilerinin belli istisnalar dışında sınırlandırılmasını önlemektir.

<sup>5</sup> Bu kapsamda önem taşıyan Eski Medeni Kanun'da eşler arası hukuki işlemleri düzenleyen EMK m. 169'u belirtmekte fayda vardır. Maddeye göre; 'Karı koca arasında her nevi hukuki tasarruf caizdir. Karının şahsi mallarına veya mal ortaklığı usulüne tabi mallara dair karı koca arasındaki hukuki tasarruflar, sulh hakimi tarafından tasdik olunmadıkça caiz olmaz. Koca menfaatine olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir.' Söz konusu hükmün kalkması ve eşler arasındaki hukuki işlemlerde işlem serbestisi prensibinin getirilmesi Türkiye'de kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik atılmış çok önemli bir adımdır.

<sup>6</sup> Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s. 200.

<sup>7</sup> Şıpka Şükran, *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, s. 27.

<sup>8</sup> Bu hükümler Eski Medeni Kanun'un eşler arasında hangi mal rejimi seçilmiş olursa olsun kadın eşin dava ehliyetinin olduğunu ancak kadın eşin mal ortaklığı ve mal birliğine giren mallarına ilişkin uyumsuzluklarda kendisini, kocanın temsil edeceğini düzenleyen m. 160, eşler arası cebri icra yasağını düzenleyen m. 165, cebri icra yasağının istisnalarını düzenleyen m. 166, 167 ve 168 ile karı koca arasındaki hukuki muameleleri düzenleyen m. 169'dur.

## b. Eşler Arası İşlem Serbestisine Getirilen Sınırlamalar

Eşler arasında hukuki işlem serbestisi sınırsız değildir. Eşler arası hukuki işlem özgürlüğü ilkesine getirilen sınırlamalar üçe ayrılarak incelenebilir. Bunlar:

- aile konutuna ilişkin işlemlere yönelik sınırlama(MK m. 194),
- ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinin doğurduğu mali yükümlülüklerin yerine getirilmesinin güvence altına alınması sebebi ile sınırlanması(MK m. 199),
- edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde eşlerin paylı mülkiyet konusu maldaki payları üzerinde tasarruflarda bulunmalarına yönelik sınırlamalardır.<sup>9</sup> (MK m. 223)

Burada, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinin doğurduğu mali yükümlülüklerin yerine getirilmesinin güvence altına alınması sebebi ile sınırlanması konusu ayrıntılı olarak incelenecektir.

## 2. Ailenin Ekonomik Varlığının Korunması veya Evlilik Birliğinin Doğurduğu Mali Yükümlülüklerin Yerine Getirilmesinin Güvence Altına Alınması Amacıyla Sınırlanması

### a. Genel Olarak

MK m. 195 vd. evlilik birliğinin korunmasına ilişkin olarak gerekli önlemleri düzenlemiştir. MK m. 195/I'e göre; '*Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebilirler.*' Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca; '*Hakim, eşleri uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.*'

Ancak evlilik birliğinin korunması yönünde kendisinden istemde bulunulan hakim, MK m. 195/III uyarınca sadece, '*Kanunda öngörülen önlemleri alır.*' Bu kapsamda hakimin alacağı önlemler, MK m. 195-201 arasında öngörülen önlemlere (dar anlamda evliliği koruyucu önlem-

<sup>9</sup> Eşlerin hukuki işlem özgürlüğünü sınırlandıran düzenlemelerin İsviçre hukuku ile karşılaştırılması için bkz., Şipka, *a.g.e.*, s. 27 vd.



ler) ek olarak Türk Medeni Kanunu'nun Aile hukuku kitabının diğer maddelerinde yer alan önlemler ile sınırlıdır.<sup>10</sup> MK 199. maddesinde düzenlenen eşlerin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin koruma önlemi bu önlemlerden sadece birisini oluşturur.

MK m. 199. maddesine göre; *'Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir.*

*Hakim bu durumda gerekli önlemleri alır.*

*Hakim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır, re'sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir.'*

Bu hükme göre, eşlerden biri savurgan davranışları ve hesapsız/ ölçüsüz harcamaları ile ailenin ekonomik varlığını tehlikeye sokuyorsa, eşine ve çocuklarına karşı mali yükümlülüklerini yerine getirmekte ihmalde bulunuyorsa, diğer eş, mahkemeye başvurarak hakimin müdahalesini isteyebilir ve belirli malvarlığı değerleri ile ilgili tasarrufların kendisinin iznine bağlanmasına karar verilmesini talep edebilir.<sup>11</sup>

MK m. 199'un esinlendiği hüküm olan ve yine *'Tasarruf yetkisinin sınırlandırılması'* başlığını taşıyan ZGB 178 hükmü ise şu şekildedir: *'Ailenin ekonomik temelini korunmasını ya da evlilik birliğinden doğan malvarlıksal yükümlülüklerin ifasının gerektirdiği ölçüde hakim, eşlerden birinin istemi üzerine belirli bir malvarlığı değeri üzerinde tasarrufu diğer eşin rızasına bağlı kılabilir.*

*Hakim gerekli koruyucu önlemleri alır.*

*Hakim eşlerden birisinin bir taşınmaz üzerindeki tasarrufunu yasaklarsa, kendiliğinden tapu kütüğüne beyan ettirir.'*

<sup>10</sup> Gümüş Mustafa Alper, *Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 69. Bu kapsamda diğer önlemleri de yazar aynı sayfada yer alan 151 nolu dipnotunda göstermiştir. Buna göre, evlilik birliğini temsil kapsamında hakime başvurma yetkisi (MK m.188/2), aile konutunda rıza sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eşin mahkemeye başvurma yetkisi(MK m. 194/2), mal rejimleri çerçevesinde öngörülen hakim kararına dayalı ödeme ertelemeleri(MK m. 239/2), mal ortaklığında kabul edilen mirasın reddi için mahkemeye başvurma olanağıdır.(m. 265)

<sup>11</sup> Barlas, a.g.e., s. 133.

Görüldüğü üzere her iki maddenin ilk iki fıkrası arasında bir hüküm farkı bulunmamaktadır. Ancak MK m. 199/III, eşlerden biri için bir taşınmaza getirilen tasarruf sınırlamasının, hakim tarafından kendiliğinden 'şerhinin' sağlanmasını öngörürken; ZGB 178'de hakimin görevi, sınırlamanın 'beyanlar' hanesinde açıklanmasını sağlamaktadır.<sup>12</sup>

MK m. 199 evliliğin genel hükümleri arasında yer aldığından, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun uygulanabilecektir. Buna göre, bu hüküm eşler arasında yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi için de uygulama alanı bulacaktır.<sup>13</sup>

MK m. 199 hükmü genel nitelikte düzenlenen bir tedbir hükmüdür; bu sebeple eşler bir arada yaşarken uygulanabileceği gibi eşler ayrı yaşarken ve hatta eşler boşanma aşamasındayken bile geçici önlemler olarak(MK m. 169) uygulanabilecek nitelikte bir hükmüdür.<sup>14</sup>

## b. Koşulları

MK 199. maddesinde iki tane seçimlik şart belirtilmiştir. Bunlardan birincisi, '*ailenin ekonomik varlığının korunması gereği*', diğeri ise '*evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmemesi*' dir. Aynı zamanda MK m. 199'un uygulanabilmesi için gerekli şartlardan birisi de, eşlerden birisinin hakimden önlem alınmasını istemiş olmasıdır.

### aa. Ailenin Ekonomik Varlığının Korunması Gereği

Eşlerden birinin, bazı malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların MK m. 199 anlamında sınırlandırılmasının ilk koşulu, ailenin ekonomik varlığının tehlikeye düşmüş olmasıdır.

Eşlerin yapacakları bazı hukuki işlemlerin, ailenin ekonomik geleceği açısından büyük tehlikeler doğurabileceğini düşünen kanun koyucu, ailenin ekonomik varlığının korunmasının tehlikeye düşmesini, eşlerin

<sup>12</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, *a.g.e.*, s. 276.

<sup>13</sup> Kılıçoğlu Ahmet, *Medeni Kanunu'muzun Aile-Miras-Eşya Hukuku'na Getirdiği Yenilikler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 66.

<sup>14</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Kılıçoğlu, *Medeni Kanunu'muzun Getirdiği Yenilikler*, s. 68; Gümüş, *a.g.e.*, s. 71; Ayan Serkan, *Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, Ankara 2004, s. 258 vd.; Öztan, *a.g.e.*, s. 226.

tasarruf yetkisinin sınırlanması sebebi olarak kabul etmiştir.<sup>15</sup>

Tehlikenin evlilik birliğinin ekonomik temelini sarsmasına örnek olarak, evdeki eşyaların eşlerden biri tarafından başka bir yere götürülmesi; eşin başka bir gelir getirici faaliyette bulunmayı düşünmeksizin ticari işletmesini kapatması veya söz konusu işletmeyi uygun bir karşı değer elde etmeksizin devretmesi veya yok pahasına elden çıkarması; ailenin geçimi için gerekli birikimleri harcaması; malvarlığı değerlerini inanca olarak bir üçüncü kişiye devretmesi veya bağışlaması ile ani ve sebebi açıklanmayan malvarlığı azalmaları sayılabilir.<sup>16 17</sup>

### bb. Evlilik Birliğinden Doğan Mali Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi

MK m. 199 anlamında hakimin eşlerden birisinin başvurusu üzerine diğer eşin tasarruf yetkisini sınırlandırmasının ikinci ve alternatif şart olarak evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmemesidir. Burada maddede de belirtildiği üzere, eşlerin evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerini yerine getirmemesi gerekmektedir. Eşler arasında evlilik birliğinden doğan mali yükümün başında MK m. 186/III’de düzenlenen eşlerin evlilik birliği giderlerine katılma yükümü gelir. Ancak eşin birlik giderlerine katılma yükümünü ihlali halinde ailenin ekonomik temelini tehlike altında olması dışında, doğrudan ‘malvarlıksal yüküm olması sebebiyle’ MK m. 199 hükmüne dayalı önlem alması talebinde bulunulamaz. Ön şart olarak korunacak eşin MK m. 196’ daki önlem kapsamında diğer eşin birliğin giderlerine katkı payını hakime tespit ettirmiş olması ve diğer eşin buna rağmen katkı payını

<sup>15</sup> Ayan, *a.g.e.*, s. 258.

<sup>16</sup> Eşlerden birinin ev eşyası objeleri satması, müşterek malları kaçırmaması, aşırı derecede pahalı hediyeler alması, taşınmazları elden çıkarması, ailenin varlığının devamını sağlamak amacıyla bankaya yatırılan paraları bankadan çekmesi durumunda ailenin ekonomik varlığının korunması gereği doğabilir. Bkz., Honsell Heinrich, Vogt Peter Nedim, Geiser Thomas; *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Art. 1-456 ZGB, Art. 178, Nr. 5.

<sup>17</sup> Gümüş, *a.g.e.*, s. 72. Gümüş’ün, bizim de katıldığımız görüşü uyarınca, MK m. 206/f. 1 b. 4’te yasal temelini bulan, eşlerin mali durumlarına ilişkin diğer eşe bilgi verme yükümü çerçevesinde, eşe tanınan hakim aracılığıyla bilgi sağlama hakkı kullanılarak yeterli bilginin edinilememesi halinde, MK m. 199’ daki önlemlerin alınacağını belirtmiştir.

ödememiş olması gerekir.<sup>18</sup> Yine MK m. 197/I'e göre hakim kararıyla ayrı yaşayan eşe diğer eş tarafından yapılacak parasal katkı çerçevesindeki mali yükümlülüklerin ihlali, MK m. 199'u uygulanabilir kılar. Ancak ayrı yaşayan eşin ailenin ekonomik temeli tehlike altında değilse MK m. 199 korunmasını talep edebilmesi, MK m. 197/II'ye göre hakim tarafından belirlenen parasal katkının diğer eş tarafından ödenmemesini ön şart olarak gerekli kılar.<sup>19</sup>

MK m. 199'un uygulama alanı bulan evlilik birliğinden doğan mali yükümlülükler anlamında, eşler arasındaki mal rejiminden doğan mali yükümlülükler yer alır.<sup>20</sup> Konuya yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi boyutundan yaklaşırsak, MK m. 236'da yer alan eşlerin katılma alacağı bakımından söz konusu talebin tasfiye sonucuna yönelik 'beklenen hak' niteliği; MK m. 199'u ancak katılma alacağının, mal rejiminin sona ermesiyle yapılacak tasfiye ile birlikte yeterince somutlaştığı hallerde uygulanabilir kılar.<sup>21</sup>

### cc. Eşlerden Birisinin Hakimden Önlem Alınmasını İstemi Olması Gerekir

MK m. 199 anlamında hakimin önlemler alabilmesi ve tasarruf yetkisini sınırlandırabilmesi için eşlerden birisinin bu yönde hakime başvurması<sup>22</sup> gerekmektedir. Hakim eşlerden birisinin istemi olmadıkça bu maddeyi kendisi uygulayamaz. Hakime başvuruda bulunacak olan eşin yukarıda belirttiğimiz sebeplerin varlığını somut biçimde kanıtlaması gerekmez, sadece yakın gelecekte böyle bir durumun ortaya çıkabileceğini gösteren olguları ortaya koyması ve bunları kanıtlaması

<sup>18</sup> Gümüş, *a.g.e.*, s. 74

<sup>19</sup> Gümüş, *a.g.e.*, s. 74; aksi görüş için bkz., Ayan, *a.g.e.*, s. 261.

<sup>20</sup> Kılıçoğlu Ahmet, *Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*, Ankara 2002, s. 31.

<sup>21</sup> Gümüş, *a.g.e.*, s. 75. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Gümüş, *a.g.e.*, s. 75 vd.

<sup>22</sup> Bu konuda, görevli ve yetkili mahkemeyi belirtmek gerekmektedir. MK m. 199 anlamında eşlerin tasarruf yetkisi kısıtlaması isteyebilecekleri görevli mahkemeler; 4787 Sayılı Aile Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu'nun 4. maddesi gereğince aile mahkemeleridir. Yetkili mahkeme ise, MK m. 201'de düzenlenmektedir. MK m. 201 uyarınca; 'Evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler konusunda yetkili mahkeme, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Eşlerin yerleşim yeri farklı ve her ikisi de önlem alınması isteminde bulunmuş ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunan eşin yerleşim yeri mahkemesidir.' Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Akıntürk, *a.g.e.*, s. 126 vd.

yeterlidir.<sup>23</sup> Hakim bu noktada asılsız iddiaları aşan ve bunun sonucunda ortaya çıkan riskin inandırıcı olması ve bu riski ispatlayacak olguların sunulması halinde<sup>24</sup> MK m. 199 anlamında gerekli önlemleri alabilir.

Boşanma davası açıldığında gerekli bütün önlemleri kendiliğinden alma yetkisine sahip olan hakim, 199. maddedeki açık düzenleme karşısında, ancak eşlerden birinin talebi varsa diğer eşin tasarruf yetkisini sınırlayabilir. Bu nedenle Medeni Kanun'un 169. maddesindeki, boşanma davası sırasındaki önlemlerin resen alınması kuralı, eşlerin tasarruf yetkilerinin sınırlanması önlemi için etkili olmaz.<sup>25</sup>

### c. Sınırlamanın Konusu

Hakim, eşin tasarruf yetkisini sınırlayıcı önlemleri belirli bir eşyaya ilişkin olarak değil, belirli bir malvarlığı değerine ilişkin olarak alır; genel bir sınırlama caiz değildir.<sup>26</sup> Hakim vereceği kararında hangi malvarlığı değerlerinin bu kapsama dahil edildiğini açıkça belirtmesi gerekmektedir. Hakimin bu sınırlamayı ancak belirli bir zaman parçası için geçerli olmak üzere öngörmesi de mümkündür.<sup>27</sup>

Sınırlama konusu malvarlığı değeri bir taşınır, taşınmaz, para, ev eşyası, kıymetli evrak, alacak hakkı vs. olabilir.<sup>28</sup> Buna karşılık ev eşyası, doğrudan aileye hizmet eden taşınmazlar ve doğrudan eşlerin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik malvarlığı konuları (spor eşyası, koleksiyon gibi) sınırlama konusu oluşturamazlar.<sup>29</sup>

### d. Sınırlamanın Hukuki Niteliği

Doktrinde hakim görüş, MK m. 199'da düzenlenen sınırlamanın bir fiil ehliyeti sınırlaması değil, bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu

<sup>23</sup> Barlas, *a.g.e.*, s. 134; aynı görüş için bkz., Kılıçoğlu, *Diğer Eşin Rızası*, s. 31, Ayan, *a.g.e.*, s. 263, Gümüş, *a.g.e.*, s. 77.

<sup>24</sup> Honsell/Vogt/Geiser, Art.178, Nr. 8.

<sup>25</sup> Ayan, *a.g.e.*, s. 263.

<sup>26</sup> Gümüş, *a.g.e.*, s. 77; Barlas, *a.g.e.*, s. 134; Kılıçoğlu, *Diğer Eşin Rızası*, s. 33.

<sup>27</sup> Aynı görüş için bkz., Barlas, *a.g.e.*, s. 134; karşı görüş için Kılıçoğlu, *Diğer Eşin Rızası*, s. 33. Kılıçoğlu, hakimin belirli bir süre sınırlamasını zorunlu görmektedir.

<sup>28</sup> Kılıçoğlu, *Diğer Eşin Rızası*, s. 30.

<sup>29</sup> Gümüş, *a.g.e.*, s. 78.

yönündedir.<sup>30</sup> Dolayısıyla MK m. 199/I, biraz sonra göreceğimiz ek önlem olan MK m. 199/III hükmünden farklı olarak, 'geniş anlamda bir tasarruf sınırlamasını', öncelikle mahkeme kararına dayalı bir 'tasarruf yetkisi sınırlaması' ile sağlamaktadır.<sup>31</sup>

MK m. 199'un açık lafzı ve tasarruf yetkisi sınırlaması kabulü, hakim tarafından kararlaştırılacak sınırlamaların salt tasarruf işlemlerine yönelik olacağını gösterir. Bu kapsamda bir taşınmazın mülkiyetinin devri, alacak hakkının temliki, üçüncü kişi yararına sınırlı aynı haktan feragat, üçüncü kişi lehine eşya üzerinde sınırlı aynı hak tesisi veya eşya bir taşınmaz ise üçüncü kişinin kişisel hakkının şerhi bu tasarrufi işlemler arasında sayılabilir.<sup>32</sup>

Acaba bu tasarruf işlemlerine temel teşkil eden borçlandırıcı işlemler de aynı sınırlamaya tabi tutulacak mıdır? Bu sorunun cevabı İsviçre doktrininde tartışmalıdır. Bazı yazarlar, bu tür borçlandırıcı işlemleri de hükmün kapsamına sokarken, bazı yazarlar ise yasak ve sınırlama getiren işlemlerin kapsamının yorum yoluyla genişletilemeyeceği gerekçesiyle anılan işlemlerin madde metninin uygulama alanı dışında kalacağını ileri sürmektedirler.<sup>33</sup>

Bu konuda bizim de katıldığımız görüş uyarınca, MK m. 199'da belirtilen tasarruf yetkisi sınırlaması sadece tasarruf işlemlerine yönelik bir sınırlama niteliğindedir. Ancak MK m. 199'u bir tasarruf yetkisi sınırlandırması olarak nitelendirdikten sonra geçerliliği bir tasarruf yetkisini gerektirmeyen borçlandırıcı işlemleri de MK m. 199 kapsamında değerlendirmek çelişkili olacaktır. Gümüş'ün de belirttiği gibi,<sup>34</sup> tasarruf yetkisine bağlı olarak kesin geçersiz bir tasarruf işleminin sonradan

<sup>30</sup> Bu görüşler için bkz., Gümüş, *a.g.e.*, s. 79; Barlas, *a.g.e.*, s. 133 vd.; Kılıçoğlu, *Diğer Eşin Rızası*, s. 34; Hatemi Hüsayin, *Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku)*, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 88 vd.; Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir *Saibe, Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 178 vd.; Reisoğlu Seza, Medeni Kanun'da Bankalar ile İlgili Düzenlemeler, Türkiye Barolar Birliği'nde 14.02.2002 tarihinde İstanbul'da düzenlenen 'Medeni Kanunda Bankalar İle İlgili Düzenlemeler' konulu konferansta sunulan ve Birliğin '<http://www.tbb.org.tr>' adresli internet sitesinde yer alan metin, s.4.

<sup>31</sup> Gümüş, *a.g.e.*, s. 79.

<sup>32</sup> Gümüş, *a.g.e.*, s. 79.

<sup>33</sup> Barlas, *a.g.e.*, s. 133 vd.; aynı görüş için bkz., Gümüş, *a.g.e.*, s. 79 vd. Bu konuda İsviçre doktrininde yer alan yazarlar, Barlas tarafından 65. ve 66. dipnotlarında belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Barlas, *a.g.e.*, s. 133 vd.

<sup>34</sup> Gümüş, *a.g.e.*, s. 80.

verilecek izin ile geçerli kılabileceği yolundaki görüş benimsenirse, borçlandırıcı işlemin geçersiz sayılmayarak ayakta tutulmasının çoğu zaman eşlerin menfaatine olacağı açıktır.

Zira borçlandırıcı işlemin geçerliliğinin de tasarruf işlemi gibi korumadan yararlanan eşin iznine tabi olduğu kabul edilirse, örneğin taşınmaza ilişkin (borçlandırıcı ve tasarrufi) işlemlere korunan eşin izin vermediği yönündeki beyanından sonra, tasarruf işlemi ile birlikte borçlandırıcı işlem de geçersiz olacaktır. Bu halde ise, korunan eşin karar değiştirerek vereceği izin sadece tasarruf işlemi geçerli kılabilir oysa borçlandırıcı işlemin geçersizliğini ortadan kaldırmaz. Bu sebepten dolayı, buradaki kısıtlamanın tasarruf yetkisi kısıtlaması olması sebebi ile sadece tasarrufi işlemler için uygulanması ve borçlandırıcı işlemlere yönelik bir sınırlandırma olarak değerlendirilmemesi hem eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne hem de TMK m. 199'un amacına daha uygun olacaktır.

Ancak istisnaen, ifası teknik anlamda bir tasarruf işleminin yapılmasını gerektirmese bile, '*geniş anlamda tasarrufi işlemler*' kapsamında değerlendirdiğimiz, zilyetlik devrine dayalı kullanma ve saklama borcu doğuran bir kısım borçlandırıcı işlemler bakımından, TMK m. 199 hükmü uygulama bulabilmelidir. Bu nedenle örneğin bir eşin yatırım hesabından izinsiz para çekmesi yasaklanabileceği gibi; hakimın eşin, diğerinin izni olmaksızın yatırım hesabı açmasını veya mevcut bir taşınmazı kiraya vermesini dahi yasaklayabilir.<sup>35</sup>

## e. Tasarruf Yetkisi Sınırlamasının Sonuçları

### aa. Korunan Rızanın Kapsamı, Şekli ve Rızanın Verilmesi

MK m. 199 anlamında koruma talep eden eşin talebi üzerine hakim diğer eşin belirli malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisini sınırlandırabilir. Bu sınırlandırma, eşin sadece diğer eşin rızasını alarak söz konusu malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufi işlem yapabilmesi anlamını taşımaktadır.

Diğer eşin rızası sadece tasarruf yetkisi kısıtlanmış belli malvarlığı değerleri üzerinde söz konusu olacaktır. Burada diğer eşin tasarruf yetkisinin tamamıyla sınırlanması söz konusu değildir.

<sup>35</sup> Gümüş, *a.g.e.*, s. 81.

Bu anlamda rıza, bir hukuksal işlemdeki değil, tasarruf yetkisindeki 'eksikliği' giderici bir tamamlayıcı olgudur. Bu kapsamda söz konusu rıza beyanı yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı olarak; söz konusu malvarlığı değeri üzerinde işlem yapmaya yetkili eş tarafından, işlem tarafı olan üçüncü kişiye yöneltilmesi gerekmektedir.

Sınırlama üzerine, işleme rıza verecek eşin rızası herhangi bir şekle tabi değildir. Keza, MK m. 194'de aile konutu ile ilgili olarak yapılan işlemler açısından diğer eşin rızasının 'açık' olması aranmasına rağmen, MK m. 199'da bu şart koşulmamıştır. Bu halde diğer eşin rızasının MK 199 anlamında açık veya örtülü olabilir.<sup>36</sup> Ancak TST m. 11/Y'in, 'Kanunlarda ve bu tüzükte yazılı istisnalar dışında yazılı istem olmadıkça tapu sicili üzerinde işlem yapılamaz.' hükmü, rızaya yetkili eşin taşınmazlara ilişkin olarak vereceği rızanın 'yazılı' olmasını gerektirecektir.<sup>37</sup>

Belirli ve somut bir taşınmaza yönelik olarak verilecek rıza, sadece işlemin kurulmasından önce ve kurulması sırasında değil, kurulmasından sonra dahi 'icazet olarak' verilebilir.<sup>38</sup>

### bb. Rızanın Hüküm ve Sonuçları

Rızaya hakim olan genel kuralın burada da uygulanması sonucu olarak yapılan tasarruf işlemine diğer eş tarafından rıza verilinceye kadar, tasarruf işlemi askıda hükümsüzdür. Diğer eş tarafından tasarruf işlemine, tasarruf yetkisindeki eksikliği giderici icazet verilirse işlem baştan itibaren geçerli olacak, ancak işleme icazet verilmezse, yapılan tasarruf işlemi geçmişe etkili olarak baştan itibaren geçersiz olacaktır.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Bu konuda aynı görüş için bkz., Kılıçoğlu, *Diğer Eşin Rızası*, a.g.e., s. 33; Barlas, a.g.e., s. 134.

<sup>37</sup> Ancak bu noktada, MK m. 199 uyarınca verilecek rızanın açık veya örtülü olabileceğinden hareketle örtülü yazılı rızanın geçerli olup, olamayacağı sorusu akla gelebilir. Ancak bizim görüşümüz uyarınca yazılı verilecek rızanın da açık olması gerekmektedir.

<sup>38</sup> Gümüş, a.g.e., s. 82.

<sup>39</sup> Bu konuda noksan işlemler için bkz., Oğuzman Kemal/Barlas Nami, *Medeni Hukuk Temel Kavramları*, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, s. 149; Serozan Rona, *Medeni Hukuk*, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 11 vd., Gümüş, ise burada izin verilmeden yapılan tasarruf işleminin geçersiz olduğunu ancak buradaki geçersizliğin kendine özgü, butlan benzeri fakat askıda geçersiz olarak tanımlamıştır. Bkz., Gümüş, a.g.e., s. 83.



Burada icazet için ne kadar süre tanınmasına ilişkin olarak, yetkisiz temsile ilişkin BK m. 38 hükmünün kıyasen uygulanması ve icazet vermeye yetkili eşe icazet vermesi için uygun bir süre verilmesi gerekmektedir.<sup>40</sup>

Rızasına başvurulmuş eş, haklı bir neden olmaksızın rıza vermekten kaçınırsa, aile konutunda rızaya ilişkin MK 194. maddesinin 2. fıkrasında olduğu gibi, yargıca başvurmak olanaklıdır.

Mahkeme, bu rızanın verilmemesinin haklı bir nedeni olmadığına karar verirse, hak sahibi eşe bu işlemi yapma yetkisi verebilecek,<sup>41</sup> tapuda yapılması gereken bir işlem söz konusu olduğunda, tapuya verilen şerh varsa tapu idaresine de gereken yazı yazılabilecektir.<sup>42</sup>

#### **f. MK m. 199/II'de Kabul Edilen Ek Koruma Önlemleri**

MK 199/II hükmü; '*Hakim bu durumda gerekli önlemleri alır.*' ifadesiyle, yargıca tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin olarak her türlü önlem alabilme olanağını getirmiştir.

Bu önlemler üçüncü kişilerin hak sahibi eşe ödemedede bulunmasına yasak getirilmesi; eşin borç altına girmesinin yasaklanması, üçüncü kişilerin mal veya hak sahibi olan eşle hukuksal işlem yapmasının diğer eşin rızasıyla geçerli olacağına bildirilmesi; banka, trafik gibi kayıtlara bu kaydın konulması şeklinde olabilir.<sup>43</sup>

MK m. 199/II hükmü ile eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin olarak genel bir düzenleme getirilmiştir.

Oysa MK m. 199/III'de ise, hakim için taşınmazlara yönelik olarak ek bir önlem alma yükümünden bahsetmektedir. Bu önlem ise, birazdan ayrıntılı olarak işleyeceğimiz üzere, eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı taşınmaz üzerinde tapu kütüğüne şerh sağlama yükümüdür.

<sup>40</sup> Gümüş, *a.g.e.*, s. 83.

<sup>41</sup> Honsell/Vogt/Geiser, Art.178, Nr. 10.

<sup>42</sup> Kılıçoğlu, *a.g.e.*, s. 34.

<sup>43</sup> Kılıçoğlu, *a.g.e.*, s. 32; Honsell/Vogt/Geiser, Art.178, Nr. 15.

## g. Ek Koruma Önlemi Olarak Tasarruf Yetkisinin Sınırlanmasının Tapu Kütüğüne Şerhi

### aa. MK m. 199/f III'teki Şerhin Etkisi

Eşin rızasına bağlı tutulan hukuksal işlem, bir taşınmaza ilişkin olabilir. Bu durumda MK m. 199/III, hakime taşınmazın tapu siciline şerh getirme önlemini vermiştir.<sup>44</sup> MK m. 199/III uyarınca; '*Hakim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini ortadan kaldırır, resen durumun tapu kütüğüne şerh verilmesine karar verir.*'<sup>45</sup>

MK 199. maddesinin son fıkrasında, hakimin eşin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırdığı takdirde bunu vereceği bir talimatla doğrudan tapu kütüğüne şerh ettirmesi öngörülmektedir.

Ancak burada eşin taşınmaz üzerindeki işlemlerden kökten edilmesi ve tasarruf yetkisinin tümüyle ortadan kaldırılması söz konusu değildir.

<sup>44</sup> Yargıtay'ın 30.05.2005 t., E. 2005/5875, K. 2005/8355 sayılı kararı TMK m. 199/f. 3'de düzenlenen eşin tasarruf yetkisinin bir taşınmaza yönelik olarak kısıtlanmasına yöneliktir. Yargıtay verdiği kararında; '*...Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızası ile yapılabileceğine karar verebilir. Hakim, bu durumda gerekli önlemleri alır. Hakim, eşlerden birinin taşınmaz üzerine tasarruf yetkisini kaldırır, resen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir. (TMK m. 199) Dava Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesine dayalı olarak açılmıştır. Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin gerektirdiği ölçünün ne olduğu davacıya açıklanmadığı gibi, hakimin belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak davacı eşin rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. Mahkemece taşınmazların neler olduğu açıklanmadığı gibi, açıklattırılan ve belirlenecek taşınmaz veya taşınmazlar üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır kendiliğinden durumun tapu kütüğüne şerhine karar verecektir.'* demek suretiyle hakime getirilen diğer eşin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin kaldırılması halinde hakimin bunu resen tapu kütüğüne şerh ettirmesi gerektiği belirtilmiştir.

<sup>45</sup> MK m. 199/III'de bahsedilen taşınmaz 'aile konutu' dışındaki taşınmazlardır. Çünkü aile konutu için Medeni Kanun'un 194. maddesinde özel bir düzenleme söz konusudur. MK m. 194 uyarınca; '*Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Rızayı sağlamayan veya haklı sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakimin müdahalesini isteyebilir. Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz maliki olmayan eş, tapu kütüğüne gerekli şerhin verilmesini isteyebilir. Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur.'*

Hakim, olsa olsa eşin tasarruf yetkisini diğer eşin rızasına bağlı kılabilir ve bunu tapuya şerh ettirebilir.<sup>46</sup>

MK m. 199/III'de düzenlenen şerhin niteliği önem arz etmektedir. Buradaki şerh '*tasarruf yetkisi sınırlaması*'<sup>47</sup> şerhidir. Türk hukuku bakımından tapu kütüğüne yapılacak kaydın tasarruf yetkisi sınırlamasının '*kurucu*' bir sonuç doğurmayacağı, aksine '*açıklayıcı*' nitelikte olduğu açıktır.<sup>48</sup>

Türk hukukunda şerhin hukuki etkisi ile ilgili açıklanan çeşitli görüşler mevcuttur:

Oğuzman/Seliçi/Oktay'a göre;<sup>49</sup> '*Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin gerektirdiği hallerde hakimin eşlerden birinin tasarruf yetkisini kaldırması halinde tedbir kararı ile yetki kısıtlanması yapılacak şerhten önce etkili olur. Şerh, taşınmazı tasarruf yetkisi kısıtlanan eşten kazanan kimseden aynı hak kazanacak üçüncü kişilerin iyi niyetlerini ortadan kaldırır.*'

Kılıçoğlu'na göre ise;<sup>50</sup> '*Burada MK m. 1009 hükmünde yer alan kanunlarda açıkça öngörülen diğer hakların şerhi söz konusudur. Maddenin 3. fıkrasında getirilen hüküm sadece taşınmazlarla ilgilidir. Davacı eş, davalının yapacağı işlemlerin kendi rızasına bağlı tutulmasını bir taşınmazla ilgili olarak talep etmişse bu hüküm gereğince, mahkeme taşınmazın tapu kaydında tasarruf yetkisini sınırlandıran bir şerh verebilecektir. Ancak maddede taşınmazın*

<sup>46</sup> Barlas, a.g.e., s. 136. Aynı görüş için bkz., Reisoğlu, a.g. Konferansa ilişkin yazılı sunum metni.

<sup>47</sup> Türk Medeni Kanunu uyarınca şerhler genel olarak üçe ayrılmaktadır. Bunlar kişisel hakların şerhi, tasarruf yetkisine ait kısıtlamaların şerhi ve çeşitli tescillerin şerhidir. MK m. 1010'da düzenlenen tasarruf yetkisine ait sınırlamaların şerhi olarak ikili bir ayırım yapılmıştır. Bunlar, Medeni Kanun'da belirtilenler ve Medeni Kanun dışında öngörülenlerdir. Medeni Kanun'da belirtilen şerhlere örnek olarak, haciz, iflas kararı ve konkordato ile verilen süre, MK m. 194 anlamında aile konutu şerhi ve MK m. 199'da düzenlenen tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik şerh olarak sayılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay, a.g.e., s. 178-179; Doğan Murat, *Tapu Sicilindeki Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 13 vd.

<sup>48</sup> Aynı görüş için; bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay, a.g.e., s. 209; Barlas, a.g.e., s. 136 vd.; Hatemi, a.g.e., s. 88; Kılıçoğlu, *Diğer Eşin Rızası*, s. 34-35; Gümüş, a.g.e., s. 86 vd.; Reisoğlu, a. g. Konferansa ilişkin yazılı sunum metni, Ayan, a.g.e., s. 266 vd.; Doğan, a.g.e., s. 106.

<sup>49</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay, a.g.e., s. 209.

<sup>50</sup> Kılıçoğlu, a.g.e., s. 34 vd.

tapu kütüğüne bu şerhin verilmesi 'tasarruf yetkisini kaldırma' yönünde karar verilmesi koşuluna bağlanmıştır. O halde maddenin 3. fıkrası bir tedbir hükmü değildir.'

Reisoğlu'na göre;<sup>51</sup> 'Hakimin 199. maddenin son fıkrasında, eşin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırabileceği ve durumu tapu siciline şerh ettireceği yazılıdır. Burada eşin tasarruf yetkisinin tümüyle kaldırılması söz konusu değildir. Hakim eşin tasarruf yetkisini diğer eşin rızasına bağlı kılabilir ve bunu tapuya şerh ettirebilir. Hakimin 199. maddeye göre, aldığı kararlardan haberdar olmayan üçüncü kişilerin iyi niyetleri korunacaktır. Ancak bankaların iyi niyet tartışmalarını engellemeleri açısından; eşlerden birinin bankaya ipotek vermesi, kefil olması gibi tüm hallerde diğer eşin rızasını alması uygun olacaktır.'

Gümüş'e göre ise;<sup>52</sup> burada tapu sicilinin kilitlenmesi durumu söz konusudur. Gümüş'e göre; 'Tapu kütüğünün kapatılması (kilitlenmesi) kavramı, bir mahkemeye veya diğer bir makam tarafından, temel bir yetkilendirme hükmüne dayalı olarak doğrudan tapu memuruna yöneltilmiş, başta tapu kütüğü olmak üzere belirli ana sicillerde, bir sonraki emre ya da belirli bir süreye ya da belirli bir vakıa gerçekleşinceye kadar fiilen hiç bir kaydın icra edilememesi ya da belirli bir talep veya belirli bir türdeki taleplerin, ana sicillere yapılacak kayıtlarla yerine getirilmesini ifade eder. Bu anlamda tapu kütüğünün kapatılması, temelde hakime tanınan belirli önlemleri alma yetkisi çerçevesinde gerçekleşir ve hakim tarafından alınan önlem kapsamında, tabiri caiz ise tapu kütüğü kilitlenir. Tapu memuru kapatılmanın kapsamına göre, kendisine yönelik talepleri bir tasarruf oluşturduğu ölçüde hiç bir şekilde kabul etmez. Bu şekildeki işlemler, caiz olmayıp, hiçbir şekilde yevmiye defterine geçirilemez. Bu nedenle tapu kütüğünün kilitlenmesi, bir tescil, şerh veya beyan gibi bir tapu kütüğünün tutulması işlemi değildir. Teknik anlamda tapu kütüğünün kilitlenmesi, tapu memurunun tapu kütüğündeki işlemlerden el çektilmesidir.'

Gümüş,<sup>53</sup> tapu kütüğünün kilitlenmesi kavramını açıkladıktan sonra, TMK m. 199/III'de İsviçre hukukunda beyan zorunluluğunda olduğu gibi, hakimin tapu kütüğüne yapacağı şerh ile birlikte, tapu kütüğünün, 'korunan eşin izni ile taşınmaz malikinin tasarruf yetkisindeki

<sup>51</sup> Reisoğlu, a.g. Konferansa ilişkin yazılı sunum metni.

<sup>52</sup> Gümüş, a.g.e., s. 87 vd.

<sup>53</sup> Gümüş, a.g.e., s. 89.

*eksikliğin tamamlanmadığı* tüm veya hakimın takdirine göre, belirli tasarrufi taleplere kapatılmasının söz konusu olduğunu ve bu takdirde eşin izni olmadıkça, tapu memurunun tasarruf yetkisi konusu taşınmaza ilişkin istemleri reddetmek zorunda olduğunu belirtmiştir.

Doğan<sup>54</sup> ise, TMK m. 199/III'e göre yapılan şerhin, açıklayıcı nitelikte olduğunu belirttikten sonra; bu şerhin kısmi tapu kütüğünü kilitleyici fonksiyonu olduğunu ileri sürmüştür. Bunun sebebi olarak ise, tapu memurunun söz konusu taşınmaza ilişkin tescil taleplerini, diğer eşin rızası veya hakimın rızası olmaksızın tescilin yapılmasına ilişkin talebi reddetmesine dayandırmaktadır. Doğan'a göre, tapu memuru, tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi dolayısı ile yasallık denetimi çerçevesinde, tescil talebinde bulunan kişinin eşinin rızası olup, olmadığını araştırmak ve eğer bu rıza alınmamışsa veya eş rızası olmadığını açıklamışsa tescili yapmamakla yükümlüdür.

Bu durum ise tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhine kısmi tapu kütüğünü kilitleme fonksiyonu kazandırmaktadır.

Bizim görüşümüz uyarınca MK m. 199/III'te düzenlenen şerhin niteliği, açıklayıcı nitelikte bir şerhtir. Sonuç olarak, taşınmaza koyulan şerh ile birlikte tasarruf yetkisi kısıtlanan eşten adına yolsuz tescil ettiren kişiden aynı hak kazanacak üçüncü kişilerin MK m. 1023'e dayalı iyi niyet iddiaları bu şerh ile bertaraf edilecek, ortadan kalkacaktır.

Ancak burada tapu sicilinin kilitlenmesi durumu söz konusu olmamaktadır. Her ne kadar, uygulamada tapu memuru, tasarruf yetkisi kısıtlanan eşin, diğer eşin rızasını almadan söz konusu taşınmaz üzerinde tasarrufi işlem yapmasına engel olmasına rağmen yine de burada tapu kütüğünün kapanması durumu söz konusu değildir. Çünkü tapu memurunun işlem yapmamasının sebebi, diğer eşin tasarruf yetkisinin kısıtlanmış olmasıdır yoksa tapu kütüğünün kilitlenmesi değildir. Aynı zamanda bu şerhin, taşınmazın haczedilerek cebri icra yoluyla satılmasını veya taşınmazın tapu kütüğündeki sahifesine kanundan kaynaklanan şerh ve tescillerin yapılmasını engelleyici gücü ve fonksiyonu yoktur.<sup>55</sup>

MK m. 199/III hükmü, tapu kaydına tasarruf yetkisinin sınırlanma-

<sup>54</sup> Doğan, *a.g.e.*, s. 196 vd.

<sup>55</sup> Barlas, *a.g.e.*, s. 137.

sına ilişkin şerh verilmesini talep koşuluna bağlamamış; bunun hakim tarafından re'sen yapılacağını düzenlemiştir. Mahkemece bu konuda tapuya şerhin verilmesi için yazı yazılması gerekmektedir.<sup>56</sup>

### bb. Tasarruf Yetkisi Sınırlaması ve Şerhin Üçüncü Kişilere Etkisi

MK m. 199'da belirtilen tasarruf yetkisi sınırlamasının üçüncü kişilere etkisini hususunu taşınır ve taşınmazlar için ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

Burada MK m. 3/I'in '*Kanunun iyi niyete sonuç bağladığı hallerde, asıl olan iyiniyetin varlığıdır.*' hükmü karşısında iyi niyetin koruyucu fonksiyonu, ancak kanun koyucunun iyi niyetin korunmasını açıkça kabul ettiği hallerde mümkündür. Bu nedenle tasarruf yetkisi kısıtlanan malvarlığı değerinin sahibi olan eşin karşısındaki işlem tarafı üçüncü kişinin iyi niyeti ancak yasanın iyi niyete iktisaba sonuç bağladığı hallerde söz konusu olabilir.<sup>57</sup> Burada MK'nın 199. maddesinde, izne yetkili eşin izni olmadan yapılan işlemin tarafı olan 3. kişinin iyi niyeti özel olarak korunmamıştır. Bu nedenle, tasarruf yetkisi kısıtlanan eş ile hukuki işlem yapan iyi niyetli 3. kişinin; diğer eşin rızasını almadan yaptığı hukuki işlem geçerli olmayacaktır. Çünkü söz konusu durumda, işlem yapan 3. kişinin iyi niyeti mevcut işlemdeki tasarruf yetkisi eksikliğini ortadan kaldırmaz. Burada temel sorun, Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen ve aynı hak iktisabında iyi niyete sonuç bağlanan hallerde, üçüncü kişilerin iyi niyetinin ne ölçüde korunması gerektiğidir.

Taşınır bakımından, MK m.988 hükmünün MK m. 199/I'e göre üzerindeki tasarruf olanağı sınırlı taşınırarla ilişkin olarak uygulanabilmesi için, MK m. 988'de belirtildiği üzere, taşınırın '*emin sıfatıyla zilyetten*' iyi niyetli olarak devralınması gerekmektedir. Gümüş'e göre,<sup>58</sup> MK m. 988, işlem tarafı olan üçüncü kişi için de uygulama alanı bulur; MK 199/II, tasarruf yetkisi sınırlamasına bağlı olarak hakimin bu durumda gerekli olan diğer önlemleri de alacağını belirtmektedir. Bu fıkranın amacı, temelde üzerinde tasarruf yetkisi sınırlandırılmış malvarlığı değeri üzerinde iyi niyetli 3. kişilerin hak iktisabı olanağını bertaraf etmektir.

<sup>56</sup> Kılıçoğlu, *Diğer Eşin Rızası*, s. 35.

<sup>57</sup> Gümüş, *a.g.e.*, s. 95.

<sup>58</sup> Gümüş, *a.g.e.*, s. 95.

Bu anlamda bir taşınır söz konusu olduğunda hakim taşınırın korunması için mahkeme banka veya bir üçüncü kişiye tevdi kararı verebilir. Bu anlamda, MK m. 199/II'ye göre, hakim gerekli önlemleri almaması halinde, tasarruf yetkisi sınırlanan eşin, zilyetliğindeki eşyaya, emin sıfatıyla zilyetliği söz konusudur. Bu durumda taşınırın maliki eş ile işlem yapan tarafın iyi niyeti MK m. 988'in doğrudan uygulaması ile korunacaktır.

Taşınmazlar bakımından ise, MK m. 1023'e dayalı iktisabın söz konusu olup, olamayacağı tartışmalıdır.

Hakimin önlem kararı tarihi ile tapu siciline şerhin yapıldığı tarih arasında geçen dönemde, Gümüş'ün bizim de katıldığımız görüşü uyarınca;<sup>59</sup> önlem konusu taşınmaza ait tapu sicili sayfasına borçlandırıcı işlemin tarafı üçüncü kişi adına, korunan eşin izni alınmaksızın yapılan tescil, mutlak olarak yolsuz tescil olup; gerek izin vermeyen eş, gerekse hak sahibi tescil talebinde bulunan eş tarafından adına yolsuz tescil yapılan işlem lehtarını üçüncü kişiye karşı açacağı tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ile (MK m. 1025) mevcut yolsuz tescilin düzeltilmesi sağlanabilir.

Ancak buna karşılık, sınırlama konusu taşınmaza ait tapu kütüğü sayfasındaki sözleşme tarafına ilişkin yolsuz kayda iyi niyetle güvenerek aynı hak iktisap eden üçüncü kişilerin iktisapları korunur.

MK 199/f. 3 uyarınca, tapu siciline yapılan şerh ile birlikte, taşınmazı tasarruf yetkisi kısıtlanan eşten kazanan kimseden aynı hak kazanacak üçüncü kişilerin iyi niyetlerini ortadan kalker.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Gümüş, *a.g.e.*, s. 97.

<sup>60</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay, *a.g.e.*, s. 209; aynı yönde Gümüş, *a.g.e.*, s.97; Barlas, *a.g.e.*, s. 137; Ayan, *a.g.e.*, s. 268; Reisoğlu a.g. Konferansa ilişkin yazılı sunum metni; Kılıçoğlu, *a.g.e.*, s. 34; Doğan, *a.g.e.*, s. 193 vd. Gümüş'e göre, burada üçüncü kişilerin iktisaplarının geçersizliğinin hukuksal temeli farklıdır. Tapu memurunun, korunan eşin izni olmadıkça, tasarruf yetkisi sınırlaması konusu taşınmaza ilişkin istemleri reddetmek zorundadır. Ancak buna rağmen tapu memurunca, tapu kütüğüne bir tescil yapılacak olursa, söz konusu tescil, şeklen dahi hukuksal sonuç doğuran bir yolsuz tescil dahi sayılmaz. Dolayısıyla kilitlenmiş bir tapu kütüğünde, korunan eşin izni olmadan malik eş ile işlem yapan kişi adına yapılan tescile dayanarak üçüncü kişilerce gerçekleştirilecek aynı hak iktisapları, MK m. 1023 anlamında kişilerin iyi niyetleri ortadan kalktığı için değil, üçüncü kişilerin dayandıkları kilitleme sonrası yapılan tesciller(yolsuz tescil dahi olsalar), hukuken (şeklen dahi) artık bir tescil niteliğinde olmayacakları için geçersizdir. Bkz., Gümüş, *a.g.e.*, s. 97.

Eğer şerh yoksa ve eşle işlem yapan kişiden iktisapta bulunan üçüncü kişi iyi niyetliyse, onun taşınmaz üzerinde aynı hak iktisabı korunacaktır.

### cc. Şerhin Terkini

MK 199. maddesine dayanan tasarruf yetkisi kısıtlaması, evlilik birliğini korumaya yönelik önlemlerendir. Şartlar değiştiğinde önlemin değiştirilmesi veya kaldırılması mümkündür.<sup>61</sup> MK m. 200 uyarınca, '*Koşullar değiştiğinde hakim, eşlerden birinin istemi üzerine kararında gerekçeli değişikliği yapar ve sebebi sona ermişse alınan önlemi kaldırır.*' Bu nedenle hakimin vereceği önlemleri kaldırma kararı olmaksızın ilgili taşınmaz üzerindeki önlemleri oluşturan tasarruf sınırlaması ortadan kalkmaz; korunan eşin önlemlerden feragati olanaklı değildir.<sup>62</sup> Bu nedenle önlem kapsamında korunan eşin MK m. 1014'e dayanarak yapacağı yazılı istem üzerine terkin yaptırması mümkün değildir.

Hakimin önlemleri kaldırılması kararı ile birlikte şerh, gerek maddi gerekse şekli değerini kaybeder. Ancak '*işlemlerde birlik*' kuralı gereğince, önlemleri kaldırılmasına karar veren hakim, şerhin terkinini tapu memurundan talep etmek zorundadır. Ancak hakim ilgili Tapu Sicil Müdürlüğü'ne bildirimde bulunmadığı hallerde, şerh gerek madden gerekse şeklen hukuksal değerini kaybetmiş olsa bile tasarruf yetkisi sınırlanmış olan eş önlemleri kaldırma kararına dayanarak şerhin terkinini talebinde bulunamaz.<sup>63</sup>

Gümüş,<sup>64</sup> evlilik birliğinin korunması için mahkemeye başvuran eş, tedbir olarak tasarruf yetkisi kısıtlaması istememesine rağmen, mahkeme bu yönde karar verip bunun şerhini sağlamışsa, şerh hukuken hiçbir değer taşımadığından, taşınmaz maliki eşin terkinini Medeni Kanun'un 1026. maddesine göre talep edebileceğini ileri sürmektedir.

Ancak Doğan ise,<sup>65</sup> mahkeme kararının yok sayılması anlamına gelen bu görüşün kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Doğan'a göre, bu

<sup>61</sup> Doğan, *a.g.e.*, s. 224.

<sup>62</sup> Gümüş, *a.g.e.*, s. 98.

<sup>63</sup> Gümüş, *a.g.e.*, s. 98.

<sup>64</sup> Gümüş, *a.g.e.*, s. 98.

<sup>65</sup> Doğan, *a.g.e.*, s. 225.



mahkeme kararı ya temyiz yoluyla bozulur ya da sonradan bu önlemin kaldırılmasına ilişkin yeni bir kararla şerh dayanaktan yoksun kılınabilir. Bunun dışında mevcut bir karara rağmen şerhin değer taşımadığından söz edilemez.

### Sonuç

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ile düzenlenen eşler arasındaki işlem serbestinin istisnalarından birisi, MK 199. maddesinde yer alan tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasıdır. MK m. 199 hükmünün amacı, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinin doğurduğu mali yükümlülüklerin yerine getirilmesinin güvence altına alınmasını sağlamaktır.

MK m. 199'da düzenlenen sınırlamanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bizce, MK m. 199'da yer alan sınırlama fiil ehliyeti sınırlaması değil, tasarruf yetkisi sınırlamasıdır. Aynı zamanda MK m. 199'da yer alan tasarruf yetkisi sınırlaması, sadece tasarrufi işlemlere yönelik bir sınırlandırmadır. Buradan çıkan sonuç uyarınca, eşler arasında yapılan borçlandırıcı işlemler için aynı sınırlandırma söz konusu olmayacaktır. MK m. 199/II, eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin olarak genel bir düzenleme getirmiştir. Oysa MK m. 199/III'de ise, hakim için taşınmazlara yönelik olarak ek bir önlem alma yükümünden bahsetmektedir. Bu önlem ise, eşin tasarruf yetkisinin sınırlandığı taşınmaz üzerinde tapu kütüğüne şerh sağlama yükümüdür.

MK m. 199/III'de düzenlenen şerhin niteliği önemlidir. Buradaki şerh, '*tasarruf yetkisi sınırlaması*' şerhidir. Buna bağlı olarak tapu kütüğüne yapılacak şerhin 'kurucu' bir sonuç doğurmayacağı, aksine '*açıklayıcı*' nitelikte olduğu sonucuna varılmalıdır. Ancak söz konusu şerhin tapu sicilini kilitleyici fonksiyonu olduğuna katılmamaktayız. Sonuç olarak, taşınmaza koyulan şerh ile birlikte tasarruf yetkisi kısıtlanan eşten adına yolsuz tescil ettiren kişiden aynı hak kazanacak üçüncü kişilerin MK m. 1023'e dayalı iyi niyet iddiaları bu şerh ile bertaraf edilecek, ortadan kalkacaktır.

### KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut, *Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2003.

- Ayan, Serkan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004.
- Barlas, Nami, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları*, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004.
- Cretney, Stephen, Massen Judith, Bailey/Harris Rebecca; *Principles of Family Law, Seventh Edition*, 2003, London.
- Demir, Pınar Özlem, *Evlilik Kadınların Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler*, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2004.
- Doğan, Murat, *Tapu Sicilindeki Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- Dural, Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.
- Hatemi, Hüseyin, *Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku)*, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2005.
- Honsell, Heinrich/Vogt Peter Nedim/Geiser Thomas; *Besler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Art. 1-456 ZGB.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Medeni Kanunu'muzun Aile-Miras-Eşya Hukuku'na Getirdiği Yenilikler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004 (Kısaltma: Medeni Kanunumuzun Getirdiği Yenilikler).
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*, Ankara 2002 (Kısaltma: Diğer Eşin Rızası).
- Namlı, Mert, *Türk Medeni Kanununun Evlilik Hukuku'nda Yaptığı Değişiklikler*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2003, Yıl: 2, Sayı: 2.
- Oğuzman, Kemal/Barlas Nami, *Medeni Hukuk Temel Kavramları*, Beta Yayınevi, İstanbul 2004.
- Oğuzman, Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- Oliphant, Robert E., Steegh Ver Nancy; *Family Law(Examples and Explanations)*, Aspen Publishers.
- Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Reisoğlu, Seza, Medeni Kanun'da Bankalar ile İlgili Düzenlemeler, Türkiye Barolar Birliği'nde 14.02.2002 tarihinde İstanbul'da düzenlenen 'Medeni Kanunda Bankalar İle İlgili Düzenlemeler' konulu konferansta sunulan ve Birliğin 'http://www.tbb.org.tr' adresli internet sitesinde yer alan metin.
- Serozan, Rona, *Medeni Hukuk*, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2005.
- Şıpka, Şükran, *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*, Beta Yayınevi, İstanbul 2004.
- Uçar, Ayhan, *4721 Sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler*, AÜEHFD, C. VI, S. 1-4.

# HARCIRAH KANUNU'NDA ESKİYE DÖNÜLDÜ

Cafer ERGEN\*

## Memurların Nakli ve Harcırâh Kavramı<sup>1</sup>

Kamu hizmetinin yürütülmesinde asli unsuru oluşturan ve statü hukukuna tabi olan kamu görevlileri ile ilgili olarak devlet (dar anlamda idarenin) tarafından tesis edilen tek taraflı irade açıklamaları, çeşitli görünüm biçimleri içerisinde somutlaşmaktadır. Bu irade açıklamalarından bir tanesi de; atama işlemidir. Atama işleminin de çeşitli görünüm biçimlerinde somutlaştığı, kamu görevine girişin kural olarak bir kadroyla ilişkilendirme ile başladığı, görev sırasındaki geçişlerin (yatay veya dikey) hep bir kadrodan diğerine geçiş biçiminde olduğu görülmektedir. Bu genel kuralın dışında, geçici görevlendirme, görevlendirme, vekaleten görevlendirme ve ikinci görev gibi işlemlerle asıl kadroda değişiklik sonucunu doğurmayan göreve yönelik değişikliklerde olmaktadır.

İdarenin takdir yetkisi içerisinde resen kullanabileceği bir yetki durumunda olan atama işlemi, aynı zamanda kamu görevlisinin mevzuatın öngördüğü koşulların varlığı halinde talep edebileceği bir hak olarak da ifade edilebilir. Atama işlemi sonucunda görev yeri değişen bir kamu görevlisinin maddi açıdan belli bir külfetle karşı karşıya kalacak olması nedeniyle, pozitif düzenlemelerde kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bu külfetin kamu adına paylaşılması amacını taşıyan düzenlemelere yer verilmiştir. Türk hukuk sisteminde “*harcırâh*” olarak

---

\* Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Tetkik Hakimi.

<sup>1</sup> Bu kısım Danıştay 2. Dairesi'nin 23.12.2005 gün ve E: 2004/7942, K: 2005/4297 sayılı kararından derlenmiştir.

geçen kavram, kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bu külfetin kamu adına paylaşımıdır.

Bu kavramın tanımı doktrinden, hukuksal metinlerden ve yargısal kararlardan yapılacak olursa; harcırah; *“devamlı veya geçici bir görevle bir yere gönderilen görevlilere, bu yere gidebilmelerine, orada yiyip içme ve konaklama gibi yapacakları diğer giderlere karşılık verilen para; yolluk”* olarak tanımlanabilir. 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun *“Tanımlar”* başlıklı 3. maddesinin (a) bendinde de; harcırah, bu kanuna göre ödenmesi gereken yol masrafı, gündelik, aile masrafı ve yer değiştirme masrafından birini, birkaçını veya tamamını ifade eden bir kavram olarak tanımlanmıştır.

14.1.1988 günlü, 311 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 16 ve 17. maddelerinin, Anayasa'nın 2, 5, 10 ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davasında; Yüksek Mahkeme tarafından verilen 28.9.1988 günlü, E: 1988/12, K: 1988/32 sayılı kararda, *“harcırah”* konusu ile ilgili olarak yapılan değerlendirmeler genel olarak şunlardır; *“...bilindiği üzere, kamu görevlileri ile kamu yönetimleri arasındaki hizmet ilişkileri kural tasarruflarla düzenlenmektedir. Kamu personeli, belirli bir statüde, nesnel kurallara göre hizmet yürütmekte, o statünün sağladığı aylık, ücret, atanma, yükselme ve nakil gibi kimi öznel haklara sahip olmaktadır. Kazanılmış hak deyimi, öğretide ve uygulamada, niteliği ve kapsamı ile açık biçimde tanımlanmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nce de kabul edildiği üzere, “statü hukuku” esasına dayalı nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu idare hukuku alanında bu tür haktan genellikle söz edilmemektedir. Burada ancak statü hukukunun olanak verdiği oranlarda ve koşullarda, genel durumun kişisel duruma dönüşmesinden sonra kazanılmış haklar ortaya çıkabilmektedir.*

*Kamu personeline, geçici veya sürekli görevle görevlendirilmeleri durumunda yol parası, gündelik, aile masrafı, yer değiştirme gideri, kurs yevmiyesi veya yol gideri olarak tazminat verilmesi biçimindeki ödemeler, statü hukukunun kişisel duruma dönüşmesinden sonra ortaya çıkan kazanılmış hak niteliğinde değildir. Yolluk ödemesi, kamu hizmetinin gerektirdiği durumlarda, bu hizmet için görevlendirilen kişilerin katlanacakları giderleri karşılamak üzere yapılan parasal nitelikli bir idari işlemdir. Yolluk, geçici veya sürekli görevlendirmelerde görevliler tarafından yapılan masrafın karşılığıdır. Başka bir deyişle, statü hukukunun düzenlediği ve her zaman kullanılabilen öznel ve kazanılmış bir hak olmayıp, gerektiğinde görevlendirilen kişilere, katlan-*

dıkları zorunlu giderlerin karşılığı olarak yapılan bir ödemedir. Statü hukuku esasına dayalı bu tür ödemelerde kazanılmış hak söz konusu değildir. Yapılan masrafi karşılık amacıyla gerçekleştirilen düzenleme işin mahiyetine uygun bulunmaktadır.

6245 sayılı kanuna göre yapılan ödemelerin tümü, yolluktur (harcırah). Görevin özelliğine, yolluğa hak kazanan kişinin durumuna göre, yolluk unsurlarından birinin veya birkaçının ödenmemesi, kimi durumlarda yolluk unsurlarının tek tek hesaplanması yönteminden ayrılarak kurs gündeliği, komple kamyon bedeli, abonman kartı gibi başka isimler altında belirli bir ödeme yapılması, ödemenin kanuna göre yolluk niteliğini değiştirmemektedir. Hangi isim altında verilirse verilsin, yolluk, periyodik biçimde değil, hizmet yapılmasına gerek duyulması ve hizmetin yapılması koşulu ile ödenmektedir. Harcırah Kanunu, kamu hukuku alanında, çalışanla çalıştıranlar arasındaki istihdam ilişkilerini ve buna dayanan mali hakları düzenleyen bir yasa değil, 1. maddesinde belirtildiği üzere, genel, katma ve özel bütçeli idarelerde, bunlara bağlı sabit ve döner sermayeli kurumlarda, özel yasalarla kurulmuş banka ve teşekküllerde... yolluk ödenmesini gerektiren hizmet yapılması hallerinde uygulanacak kuralları içeren bir gider yasa niteliğindedir." (memurlar.net)

Bu anlatımlar ışığında "harcırah"; bir kamu görevlisinin kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla katlanmak zorunda kaldığı mali külfete, kamunun aktif katılımını sağlayan bir hukuksal argüman olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla, atama işleminin farklı görünüm biçimleri arasında, mali külfetin kamu adına paylaşımında farklı anlayışların yerleşmesi, sosyal devlet ve hukuk devleti ilkeleri göz önünde bulundurulduğunda kabul edilebilir olmaktan uzaktır.

"Harcırah" konusu ile ilgili olarak 1.1.2002 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere uygulamaya sokulan yasama tasarrufları ve bu tasarruflara ilişkin yargısal süreçte Anayasa Mahkemesi'nce verilen kararlara değinilmesi açıklayıcı olacaktır. Buna göre; 1.1.2002 tarihinden itibaren yürürlüğe konulan yasama tasarrufları ile Anayasa Mahkemesi'nce yapılan anayasal denetimin niteliğini bir açıdan sınıflandıracak olursak, 1.1.2002 ile 21.7.2003 tarihleri arasındaki dönemi; bütçe kanunları ile harcırah ödemelerinin kısıtlanmaya çalışıldığı ve Anayasa Mahkemesi'nce şekil bakımından anayasal denetimin yapıldığı dönem, 22.7.2003 ve sonrasındaki dönemi de; 6245 sayılı Harcırah Kanunu'ndaki değişiklikler ile harcırah ödemelerinin kısıtlanmaya çalışıldığı ve Anayasa Mahkemesi'nce esas bakımından anayasal denetimin yapıldığı dönem olarak ikiye ayırabiliriz.

## Harcırah Kanunun'daki Değişiklikler ve İptal Kararları

### 1.1.2002 ile 21.7.2003 Tarihleri Arasındaki Dönem

İlk olarak; 4726 sayılı 2002 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 6. maddesinin (g) bendinden bahsetmek gerekmektedir. 22.12.2001 günlü, 24618 (1. Mükerrer) sayılı *Resmi Gazete'* de yayımlanan ve 1.1.2002 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlüğe giren 12.12.2001 günlü, 4726 sayılı 2002 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 6. maddesinin (g) bendinde; "6245 sayılı *Harcırah Kanunu kapsamında bulunan kurum ve kuruluşlar ile özel hükümler gereğince anılan kanun kapsamı dışında yer alan tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, istihdam edilme şekline bakılmaksızın; ilk defa veya yeniden göreve alınanlar ile bunların aile fertlerine bu nedenlerle harcırah ödenmez, bu amaçla başka bir adla ödeme yapılamaz.*

*Yukarıdaki fıkra kapsamına girenlerden, aynı fıkra kapsamında bulunan kurum ve kuruluşlar arasında veya bunların başka yerlerdeki birimleri arasında naklen ataması yapılanlar ile başka yerlerde sürekli veya geçici olarak görevlendirilenlere, harcırah talep etmediklerine ilişkin yazılı beyanda bulunmaları halinde, 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nda veya özel mevzuatlarında bu atama veya görevlendirmeler için öngörülen harcırah ödenmez, bu amaçla başka bir adla dahi olsa herhangi bir ödeme yapılamaz. 6245 sayılı Harcırah Kanunu ile diğer mevzuatın bu fıkraya aykırı hükümleri uygulanmaz."* hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme ile; "1.1.2002 tarihinden itibaren 6245 sayılı kanun kapsamında bulunsun ya da bulunmasın tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, istihdam edilme şekline bakılmaksızın; ilk defa veya yeniden göreve alınanlar ve naklen ataması yapılanlar ile başka yerlerde sürekli veya geçici olarak görevlendirilenlerden harcırah talep etmediklerine ilişkin yazılı beyanda bulunanlara" harcırah ödenmemesi amaçlanmıştır .

28.3.2003 günlü, 25062 sayılı *Resmi Gazete'* de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 22.10.2002 günlü, E: 2002/138, K: 2002/96 sayılı kararı ile anılan kanunun 6. maddesinin (g) bendinin iptaline karar verilmiştir. Anılan kararda; "Anayasa'nın 161 ve 162. maddelerinin getiriliş amacı, bütçe yasalarında yıllık bütçe kavramı dışındaki konulara yer vermemek, böylece bütçe yasalarını ilgisiz kurallardan uzak tutarak kendi yapısı içinde bütünlüştürmektir. Harcırah verilmesini gerektirecek durumlar ile harcırah verilecek kişiler 6245 sayılı Harcırah Kanunu ile bu yasa kapsamı dışında kalan kurum ve kuruluşların kendi kuruluş yasalarında belirlenmiştir. 2002 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 6. maddesinin iptal istemine konu olan (g) fıkrasının birinci paragrafında, 6245 sayılı yasa kapsamında bulunan kurum ve kuruluşlar ile özel hükümler

*gereğince anılan kanun kapsamı dışında yer alan tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, istihdam edilme şekline bakılmaksızın ilk defa veya yeniden göreve alınanlar ile bunların aile fertlerine bu nedenlerle harcırah ödenmeyeceğinin; üçüncü paragrafında da 6245 sayılı Harcırah Kanunu ile diğer mevzuatın bu fıkraya aykırı hükümlerinin 2002 mali yılında uygulanmayacağı öngörülerek anılan bütçe yasasıyla öteki yasalarda değişiklik yapılmıştır. Bu nedenle kurullar, Anayasa'nın 87, 88, 161 ve 162. maddelerine aykırıdır." gerekçesine yer verilmiştir. memurlar.net*

1.1.2002 ile 21.7.2003 tarihleri arasındaki dönemde, ikinci olarak; 4833 sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 51. maddesinin (f) bendinden bahsetmek gerekmektedir. 31.3.2003 günlü, 25065 (1. Mükerrer) sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan ve 1.1.2003 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe giren 29.3.2003 günlü, 4833 sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 51. maddesinin (f) bendinde; "10.2.1954 tarihli ve 6245 sayılı kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşlar ile özel hükümler gereğince anılan kanun kapsamı dışında yer alan tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, istihdam edilme şekline bakılmaksızın; ilk defa veya yeniden göreve alınanlar ile bunların aile fertlerine bu nedenlerle harcırah ödenmez, bu amaçla başka bir adla ödeme yapılamaz. Yukarıda belirtilen kurum ve kuruluşlarda istihdam edilen personelden, kendilerinin yazılı talebi üzerine 1.4.2003 tarihinden itibaren bu kurum ve kuruluşlar arasında veya bunların başka yerlerdeki birimleri arasında naklen ataması yapılanlar ile başka yerlerde sürekli veya geçici olarak görevlendirilenlere, 10.2.1954 tarihli ve 6245 sayılı kanunda veya özel mevzuatlarında bu atama veya görevlendirmeler için öngörülen harcırah ödenmez, bu amaçla başka bir adla dahi olsa herhangi bir ödeme yapılamaz.

10.2.1954 tarihli ve 6245 sayılı kanununun 10. maddesinin 2, 3 ve 4. bentleri kapsamında 1.4.2003 tarihinden itibaren görevlerinden ayrılacaklar ile anılan kanununun 11. maddesine göre aynı tarihten itibaren harcıraha hak kazanacak olanlara ve özel hükümler gereğince söz konusu kanun kapsamı dışında yer alan tüm kamu kurum ve kuruluşlarının aynı durumlarda bulunan personeline, bu nedenlere bağlı olarak ilgili mevzuatında öngörülen harcırah ödenmez; bunlardan, ilgili mevzuatında yer değiştirmeleri halinde harcırah verilmesi öngörülmüş olanlara, yer değiştirme koşulu aranmaksızın ve damga vergisi hariç hiçbir vergiye tabi tutulmaksızın 500 milyon lira tutarında ödeme yapılır. 10.2.1954 tarihli ve 6245 sayılı kanun ile diğer mevzuatın bu bende aykırı hükümleri uygulanmaz." hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme ile "31.3.2003 tarihinden itibaren 6245 sayılı kanun kapsamında bulunsun ya

da bulunmasın tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, istihdam edilme şekline bakılmaksızın; ilk defa veya yeniden göreve almanlar ile kendilerinin yazılı talebi üzerine 1.4.2003 tarihinden itibaren bu kurum ve kuruluşlar arasında veya bunların başka yerlerdeki birimleri arasında naklen ataması yapılanlar ile başka yerlerde sürekli veya geçici olarak görevlendirilenlere” harcırah ödenmemesi amaçlanmıştır.

22.7.2003 günlü, 25176 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi’nin 17.7.2003 günlü, E: 2003/41, K: 2003/8 sayılı Kararı ile; “anılan kanunun 51. maddesinin (f) fıkrasının, Anayasa’ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunduğu gözetilerek, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi için esas hakkında karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasına” karar verilmiştir. 8.12.2004 günlü, 25664 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 22.1.2004 günlü, E: 2003/41, K: 2004/4 sayılı karar ile “anılan bendin 4969 sayılı kanun’un 1. maddesinin (a), (c) ve (d) fıkraları ile 2 ve 3. maddeleri ile değiştirildiğinden, bu bende ilişkin konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına” kararı verilmiştir.

Dolayısıyla, 1.1.2002 ile 21.7.2003 tarihleri arasına ilişkin dönemde bütçe kanunları ile getirilen kısıtlayıcı düzenlemelerin, Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu kararları ile hukuka aykırılığı saptanmış bulunmaktadır.

### 22.7.2003 ve Sonrasındaki Dönem

İlk olarak; 4969 sayılı kanunun 1. maddesinin (a) bendinden bahsetmek gerekmektedir. Ülkemizde harcırah kavramına yönelik temel hukuksal metin; 6245 sayılı Harcırah Kanunu’dur. Bu kanunun “Seyahat ve Vazifenin Mahiyetine Göre Verilecek Harcırah Yol Masrafı, Yevmiye, Aile Masrafı ve Yer Değiştirme Masrafının Birlikte Verilmesini İcabettiren Haller” başlıklı II. kısmında yer alan ve yol masrafı, yevmiye, aile masrafı ve yer değiştirme masrafının verileceği halleri düzenleyen 10. maddesinin 1. bendinde yer alan; “yurt içinde veya dışındaki daimi bir vazifeye yeniden veya naklen tayin olunanlarla yabancı memleketlerdeki memuriyet merkezi tebdil olunan veyahut bu yerlerden yurt içinde diğer bir daimi vazifeye tayin edilen memur ve hizmetlilere yeni vazife mahallerine kadar,” biçimindeki düzenleme, 12.8.2003 günlü, 25197 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve 22.7.2003 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe



giren 4969 sayılı kanunun 1. maddesinin (a) bendi ile değiştirilmiş ve anılan bendin başına; “Kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere” ibaresi eklenmiş ve bentte yer alan “yeniden veya” ibaresi metinden çıkarılmıştır. Buna göre; anılan maddenin 1. bendi; “Kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere; Yurt içinde veya dışındaki daimi bir vazifeye naklen tayin olunanlarla yabancı memleketlerdeki memuriyet merkezi tebdil olunan veyahut bu yerlerden yurt içinde diğer bir daimi vazifeye tayin edilen memur ve hizmetlilere yeni vazife mahallerine kadar,” biçiminde bir düzenlemeye dönüşmüştür. Bu değişiklikler ile; “22.7.2003 tarihinden itibaren 6245 sayılı Harcırah Kanunu kapsamında bulunan kurum ve kuruluşlarda, ilk defa veya yeniden göreve alınanlar ile kendi yazılı talepleri üzerine naklen atanarlara” harcırah ödenmemesi amaçlanmıştır.

22.7.2003 ve sonrasındaki dönemde; ikinci olarak; 5335 sayılı kanunun 4. maddesinin (a) bendinden bahsetmek gerekmektedir. 27.4.2005 günlü, 25798 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 21.4.2005 günlü, 5335 sayılı kanunun 4. maddesinin (a) bendi ile; 4969 sayılı kanunun 1. maddesinin (a) bendi ile değişik 6245 sayılı kanunun 10. maddesinin 1. bendi yeniden değişikliğe uğramış ve anılan bendin başına; “Zorunlu yer değiştirme, sınav, sağlık sebepleri ve eş durumu (bu madde uyarınca sürekli görev yolluğu almaya hak kazananların eşlerinin atamaları) dışında kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere;” ibaresi eklenmiştir. Buna göre; anılan maddenin 1. bendi; “Zorunlu yer değiştirme, sınav, sağlık sebepleri ve eş durumu (bu madde uyarınca sürekli görev yolluğu almaya hak kazananların eşlerinin atamaları) dışında kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere; Yurt içinde veya dışındaki daimi bir vazifeye naklen tayin olunanlarla yabancı memleketlerdeki memuriyet merkezi tebdil olunan veyahut bu yerlerden yurt içinde diğer bir daimi vazifeye tayin edilen memur ve hizmetlilere yeni vazife mahallerine kadar;” biçiminde bir düzenlemeye dönüşmüştür. Bu değişiklik ile; “27.4.2005 tarihinden itibaren 6245 sayılı Harcırah Kanunu kapsamında bulunan kurum ve kuruluşlarda, zorunlu yer değiştirme, sınav, sağlık sebepleri ve eş durumu (bu madde uyarınca sürekli görev yolluğu almaya hak kazananların eşlerinin atamaları) dışında kendi yazılı talepleri üzerine naklen atanarlara” harcırah ödenmemesi amaçlanmıştır.

5335 sayılı kanunun 4. maddesinin (a) bendi, 6245 sayılı kanunun 10. maddesinin 1. bendine 4969 sayılı kanunun 1. maddesinin (a) bendi ile eklenen ibareyi kaldırmakla birlikte, 26.11.2005 günlü, 26005 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi’nin 4.5.2005 günlü,

E:2004/54, K:2005/24 sayılı kararı ile 6245 sayılı kanunun 10. maddesinin 1. bendinin başına 31.7.2003 günlü, 4969 sayılı kanunun 1. maddesinin (a) bendi ile eklenen “Kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere” ibaresinin iptaline karar verilmiştir. Anılan kararda; “Nakil işlemi, idarece, takdir yetkisi kapsamında, kamu görevlisinin istemi olmaksızın tesis edilebileceği gibi, mevzuatın öngördüğü koşulların varlığı halinde, yine takdir yetkisi kapsamında, kamu görevlisinin talebi üzerine de tesis edilebilir. Bu anlamda, nakil isteminde bulunmak, kamu görevlileri için, bir hak olarak gözükmemekte ise de, istemin yerine getirilmesinin kamu yararı ve hizmetin gerekleri ile sınırlandırılmış olması nedeniyle, bu hakkın kullanılmasıyla ortaya konulan istemin, idarelerce, mutlaka karşılanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Her iki durumda da, yargısal denetim yetkisi saklı kalmak kaydıyla, işlemin tesis edilip edilmeyeceği idarenin takdirindedir. Öte yandan, 657 sayılı kanunun 62. maddesinin 2595 sayılı kanunun 4. maddesiyle değişik 3. paragrafında, yer değiştirme suretiyle yapılan atamalarda, memurlara, yolluklarının, atama emirleri tebliğ edilince ödeme emri aranmaksızın, saymanlıklarca derhal ödeneceği hükmü yer almış, anılan kanun hükmünde görev yerinin değişmesinin isteğe bağlı olup olmaması yönünden, bir ayırım yapılmamıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Bu maddede belirtilen sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde gerçekleştiren ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı en üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için önlemler alarak çalışanları koruyan, sosyal güvenlik sorunlarını çözmeyi yüklenmiş, ülkenin kalkınmasıyla birlikte ulusal gelirin sosyal katmanlar arasında adaletli biçimde sağlanmasını amaç edinmiş devlettir. Güçsüzleri güçlülere ezdirmemek ilkesi, herkesi, bu arada çalışanları, emeklilerle yaşlıları, durumlarına uygun düzenlemelerle, sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşatmayı gerektirir. Nakil işlemi sonucunda, görev yeri değişen kamu görevlilerinin, maddi açıdan belli bir külfetle karşı karşıya kalmaları ve bu külfetin, kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanması nedeniyle, isteklerine dayalı olarak nakledilmiş bile olsalar, söz konusu külfetin kamuca karşılanması icap ettiğinden, iptali istenilen kural, Anayasa'nın 2. maddesiyle bağdaşmamaktadır. Öte yandan, Anayasa'nın 10. maddesindeki “Kanun önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin

*yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kendi yazılı talepleri üzerine nakledilen kamu görevlileri ile resen nakledilen kamu görevlilerinin, nakil işleminin hukuksal niteliği yönünden ve yer değiştirmeye bağlı olarak ödenen harcırah bakımından, aynı hukuksal konumda oldukları kuşkusuzdur. Aynı hukuksal konumda olanlar arasında farklı kurallar öngörülmesi Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur." gerekçesine yer verilmiştir.*

Dolayısıyla, 22.7.2003 ve sonrasındaki dönemde, 6245 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 1. bendine 4969 sayılı kanunun 1. maddesinin (a) bendi ile getirilen kısıtlayıcı düzenlemenin ("*Kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere*" ibaresi), Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı ile hukuka aykırılığı saptanmış bulunmaktadır.

Bu gelişmeler sonrasında Danıştay 2. Dairesi'nin 23.12.2005 gün ve E: 2004/7942, K: 2005/4297 sayılı kararında aşağıdaki yoruma yer vermiştir.

*"1.1.2002 tarihinden itibaren "harcırah" konusuna özgü yasama tasarrufları ve bu tasarruflara ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarının ortaya çıkardığı görünüm; 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın dayanağı ve amaçladığı hukukun üstünlüğü ilkesini gerçekleştirilmenin olmazsa olmaz koşulu durumundaki kuvvetler arası denge ilkesinden uzaklaşıldığıdır. Bu uzaklaşma ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan hukuki belirsizlik ortamından olumsuz biçimde etkilenen kamu görevlilerinin hak kaybının önlenmesi için; idari yargı yerlerinde uygulanmakta olan dava açma süreleri ile ilgili bir yorumun getirilmesini zorunlu kılmıştır.*

Yukarıda belirtilen açıklamalar ışığında ve sonuç olarak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 62. maddesinde yer alan; "*yer değiştirme suretiyle yapılan atamalarda memurlara atama emirleri tebliğ edilince yolluklarının, ödeme emri aranmaksızın saymanlıklarca derhal ödeneceği*" hükmü, harcırah konusuna özgü söz konusu yasama tasarrufları, bu tasarruflara ilişkin yargısal süreç ve yargısal süreç içerisinde Anayasa Mahkemesi'nce verilen kararlardaki hukuksal vurgular göz önünde bulundurulduğunda ve de sosyal hukuk devleti ilkesi boyutunda düşünüldüğünde; 1.1.2002 tarihinden itibaren kamu personeline ilişkin olarak gerçekleştirilen yönetsel tasarruflardan (6245 sayılı Harcırah

Kanunu kapsamında bulunan kurum ve kuruluşlarda; 22.7.2003 tarihinden itibaren ilk defa veya yeniden göreve alınanlar ile 27.4.2005 tarihinden itibaren zorunlu yer değiştirme, sınav, sağlık sebepleri ve eş durumu dışında kendi yazılı talepleri üzerine naklen atananlar haricinde) kaynaklanan harcırah ödemelerinin gerçekleştirilmesinin idareler açısından bir zorunluluk olduğu ve en önemlisi anılan tarihten sonra oluşan ve kamu personeli açısından belirsizlikler içeren bir hukuksal ortamda harcırahını alamayanların, bu belirsizlik ortamının yargısal süreç sonrasında hukuksal aydınlığa kavuşması ile birlikte yapacakları başvuruların, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesi kapsamında görülmesi ve başvurulara ilişkin olarak tesis edilen işlemlere karşı açılacak idari davalarda dava açma süresinin, anılan maddede yer alan sistematığe göre değerlendirilmesinin idari yargı yerleri açısından da hakkaniyete uygun bir yargılama sürecinin başlangıç noktası sayılacağıdır."

### **5538 Sayılı Yasanın 2. ve 3. Maddesi İle 6245 Sayılı Harcırah Kanunu'na Eklenen Geçici 5. Madde ile Getirilen Haklar**

5538 sayılı yasanın 2. maddesi ile 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 10. maddesinin 1. fıkrası değiştirilmiş olup yeni duruma göre, yurt içinde veya yurt dışında görev yapmakta iken yurt içinde veya yurt dışındaki sürekli bir göreve naklen atanan ya da yabancı ülkelerdeki memuriyet merkezi değiştirilen memur ve hizmetlilere yeni görev yerlerine kadar harcırah ödeneceği kuralı getirilmiştir.

Yine aynı yasanın 3. maddesi ile 6245 sayılı Harcırah Kanunu'na Geçici 5. Madde eklenmiş olup, bu maddeye göre ise, 2001 tarihinden 12.7.2006 tarihine kadar ilk defa veya yeniden atananlar hariç olmak üzere tüm nakillerde yolluk alamayanlara kanuni faiziyle birlikte harcırah alma hakkı getirilmiştir. Bunların kimler olduğu aşağıda sayılmaktadır.

a. 12.12.2001 tarihli ve 4726 sayılı 2002 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 6. maddesinin (g) fıkrası uyarınca 1.1.2002-31.12.2002 tarihleri arasında; 26.12.2002 tarihli ve 4776 sayılı kanunun 7. maddesi uyarınca 4726 sayılı kanunun 6. maddesinin (g) fıkrasına binaen 1.1.2003-31.3.2003 tarihleri arasında, başka yere naklen ataması yapılanlardan harcırah

talep etmediklerine ilişkin yazılı beyanda bulunanlardan harcırah ödenmemiş olanlar.

b. 29.3.2003 tarihli ve 4833 sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 51. maddesinin (f) fıkrası uyarınca, 1.4.2003-21.7.2003 tarihleri arasında kendilerinin yazılı talebi üzerine naklen ataması yapılanlardan harcırah ödenmemiş olanlar.

c. 31.7.2003 tarihli ve 4969 sayılı kanunun 1. maddesinin (a) bendi ve 4.7.2001 tarihli ve 631 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 14/A maddesi uyarınca, 22.7.2003-26.4.2005 tarihleri arasında kendi yazılı talepleri üzerine naklen ataması yapılanlardan harcırah ödenmemiş olanlar.

ç. 21.4.2005 tarihli ve 5335 sayılı kanunun 4. maddesinin (a) bendi uyarınca, kendi yazılı talepleri üzerine naklen ataması yapılanlardan, harcırah ödenmemiş olanlar.

Bu yasa ile emeklilere ödenecek 500 YTL miktar yönünden herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

### 5538 Sayılı Yasaya Göre Başvuru ve Ödeme Zamanı

Yukarıda sayılan kamu görevlileri, Geçici 5. maddenin yürürlüğe girdiği 12.7.2006 tarihten itibaren 31.12.2006 tarihine kadar, en son görev yaptıkları yerdeki idareye kendilerinin veya ölümleri hâlinde kanuni mirasçılarının başvurmaları durumunda, başvuru tarihinden itibaren üç ay içinde bu kanunun ilgili hükümleri uyarınca naklen atandıkları tarihte müstahak oldukları harcırah, ödendiği yılda yürürlükte olan kanunî faiz oranı uygulanmak suretiyle ödenecektir.

Bilindiği üzere harcırahın hesabında, 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 5. maddesinde harcırahın unsurları sayılmış olup bunlar, yol masrafı, aile masrafı, yer değiştirme masrafı ve gündeliktir. Bunların dışında bir ödeme söz konusu değildir. Bu sayılan harcırah unsurlarından gerçek olanlar ödenecektir.

Yani hangi unsurlara yönelik gerçek bir harcama yapılmış ise sadece o unsurlara yönelik ödeme yapılacaktır. Yoksa bir memur naklen atandığı takdirde anılan 5. maddede sayılan tüm unsurlara hak kazanmamaktadır. Örneğin, naklen atamada evini taşımayan bir memura ev taşıma ücreti (aile masrafı) hesaplanmaz.

## Harcırah ile İlgili Dava Açanların Durumu Ne Olacak

5538 sayılı Yasada geriye dönük olarak harcırah alma hakkı getirilen personelden dava açanların durumuna ilişkin bir kural getirilmemiştir. Bu durumda bu kişilerin genel hükümlere göre hareket etmesi gerekmektedir. Bu durumda olanlar ya davalarından feragat edecekler ya da mahkemenin kararını vermesini bekleyeceklerdir.

Davadan feragat edilmesi halinde yargılama giderleri dava açan tarafın üzerinde kalacaktır. Aynı zamanda davalı idarenin avukatının bulunması halinde idare lehine avukatlık ücretine de hükmedilecektir.

Davaya devam halinde, eğer dava esastan ya da süre aşımından reddedilirse, dava açan tarafın durumu 5538 sayılı yasanın 3. maddesi kapsamına girmekte ise anılan kanunun getirdiği haktan yararlanacaktır.

Dava açan kamu görevlisinin açmış olduğu iptal davası devam ederken aynı zamanda 5538 sayılı yasadan yararlanmak için başvuruya engel bir hal bulunmamaktadır.

## Harcırah Kanunu'nun Bugünkü Kapsamı

5538 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 12.6.2006 tarihinden itibaren kimlerin harcırah ödemesinden yararlanabileceğini 6245 sayılı yasanın 10. maddesinin değişik 1. fıkrasına bakarak görebilmekteyiz.

Harcırah Kanunu'nun 4. maddesinde kimlere harcırah verileceği belirtilmiştir.

*"Bu kanunda belirtilen hallerde:*

*1. Bu kanun kapsamına giren kurumlarda çalışan memur ve hizmetliler ile aile fertlerine ve aynı kurumlarda fahri olarak çalışanlara;*

*2. Memur veya hizmetli olmamakla beraber kurumlarca geçici bir vazife ile görevlendirilenlere;*

*3. Kadrosuzluk dolayısıyla açıkta kalan memurlara ve bunların aile fertlerine;*

*4. Hizmetlilerden cezaen olmamak üzere vazifelerine son verilenlere ve bunların aile fertlerine;*

5. Memur veya hizmetlinin vefatında aile fertlerine, çocuklara refakat ettirilecek memur ve hizmetlilere;

6. Hükümlü, tutuklu veya gözetim altında bulundurulananların sevkinde ya da refakate görevlendirilen erbaş ve erlere;

7. (Mülga: 31.7.2003-4969/1 md.)

8. Milli ve resmi spor temaları dolayısıyla seyahat edecek sporcu ve idareciler;

9. Birlik halinde yabancı memleketlere gönderilecek Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarına ve bunların Türkiye'de bırakacakları aile fertlerine;

10. Aile ile birlikte oturulması yasak edilen bölgelerdeki askeri şahısların aile fertlerine;

11. Bu kanunda belirtilen özel hallerde askeri öğrenciler ile erbaş ve erlere; harcırah verilir."

Harcırah Kanunu'nun 9. maddesinde, naklen veya tahvilen başka bir mahalle gönderilenlere, muvakkat vazife ile veya vekaleten bir yerde buldukları esnada asli vazife mahalli değişenlere daimi vazife harcırahının verileceği hükme bağlanmış olup bu maddenin (a) bendinde yer alan "İlk defa bir memuriyete tayin olunanlara tayinleri sırasında mütemekkin oldukları mahalden... itibaren verilir." İbaresini yürürlükten kaldırılmış olduğundan, ilk defa veya yeniden atanana harcırah ödeme imkanı kalmamıştır. Nitekim Harcırah Kanunu'nun 10. maddesinin birinci fıkrasında da, "Yurt içinde veya yurt dışındaki sürekli bir göreve naklen atanana ya da yabancı ülkelerdeki memuriyet merkezi değiştirilen memur ve hizmetlilere yeni görev yerlerine kadar" yol masrafı, yevmiye, aile masrafı ve yer değiştirme masrafının birlikte ödeneceği kurala bağlanırken ilk defa veya yeniden atanana harcırah verilmeyeceği kabul edilmiştir.

Anılan 10. maddenin (a) bendinin 5538 sayılı yasa ile bu şekilde düzenlenmesinden sonra eş durumu, sağlık durumu, öğrenim durumu veya istek üzerine yapılan naklen atamaları da kapsayacak şekilde harcırah ödenmesinde 2001 öncesine dönülmüştür.

### **Harcırah Miktarı Nasıl Hesaplanır**

Harcırah, 6245 sayılı kanuna göre ödenmesi gereken yol masrafı,

gündelik, aile masrafı ve yer değiştirme masrafından birini, birkaçını veya tamamını ifade eder. Muvakkat harcırah ise yol masrafı ile gündeliğin toplamından oluşmaktadır.

6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 5. maddesinde harcırahın unsurları sayılmış olup bunlar, yol masrafı, yevmiye, aile masrafı ve yer değiştirme masrafını ihtiva eder. Bunların hepsinin birlikte verilebileceği haller ise aynı Kanununun 10. maddesinde sayılmaktadır.

**a. Harcırah hesabında esas tutulacak yol:** Harcırah, bu kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, gidip gelmeye en uygun ve kullanılması mutata olan yol ve taşıt araçları üzerinden verilir.

Gidip gelmeye en uygun ve kullanılması mutata olan bu yolda hem muayyen, hem gayri muayyen tarifeli taşıt işletilmekte ise harcırah hesabında muayyen tarifeli taşıt esas alınır.

Bu yol ve taşıt, yolculukta geçen süreye göre memur veya hizmetli ile ailesi için ödenmesi gereken gündelik ve taşıt ücretleri toplamı dikkate alınarak memur veya hizmetlinin mensup bulunduğu dairece tespit olunur.

**Yurt içinde yol masrafı:** Yurt içinde yol masrafı, muayyen tarifeli nakil vasıtaları ile seyahatte, bu kanuna bağlı (1) sayılı cetvelin birinci sütununda yazılı makam ve sıfatlar ile vazifeli aylık veya ücret tutarlarına göre aynı cetvelin ikinci sütununda yazılı mevkiin tarife üzerinden bilet parası ve muayyen tarifeli olmayan nakil vasıtalarıyla seyahat halinde ise 3 numaralı sütunda gösterilen nakil vasıtalarına göre ihtiyar olunan hakiki masraftan terekküp eder.

**b. Harcırah hesabında esas tutulacak aylıklar:** Harcırahın verilmesinde memurun fiilen almakta olduğu aylık (Kurumların 1-4. derecelerdeki kadrolarında bulunanlardan kazanılmış hak aylık dereceleri daha düşük olanların işgal etmekte oldukları kadro) derecesi esas alınır.

Hizmetlilerin harcırahi, aldıkları aylık ücret veya ödeneklerine; gündelik ile çalışanların harcırahi da gündeliklerinin 30 katına en yakın memur aylık tutarı üzerinden hesaplanır.

**c. Yurtiçinde verilecek gündeliklerin miktarı:** Bu Kanun gereğince verilecek yurtiçi gündeliklerinin miktarı her yıl bütçe kanunları ile tespit olunur.



**Geçici görev gündeliğinin verilebileceği azami süre:** Geçici bir görev ile başka bir yere gönderilenlere, görev mahalline varış tarihinden itibaren bu kanuna göre verilen gündelikler:

1. Yurtdışında bir yıllık dönem zarfında aynı yerde, aynı iş için ve aynı şahsa 180 günden fazla verilemez. İlk 90 gün için tam, takip eden 90 gün için 2/3 oranında ödenir.

2. Yurtdışında ilk 180 gün tam ve müteakip günler için 2/3 oranında ödenir.

Geçici görevlendirmelerde meydana gelecek ara vermeler bu müddetleri veya gündelik miktarını artırmaya neden olamaz.

**d. Aile masrafının miktarı:** Aile masrafı, aile fertlerinden her biri için memur veya hizmetlilerin bu kanuna göre müstahak oldukları taşıt ücreti ile gündeliklerinden oluşur.

Ancak, özel taşıt kiralınması suretiyle gidilmesi zorunlu olan yerlere memur veya hizmetli ile birlikte seyahat eden aile fertleri için ayrıca taşıt ücreti ödenmez.

**e. Yurtdışından yer değiştirme masrafı:** Yurtdışında yer değiştirme masrafı memur veya hizmetlinin;

1. Kendisi için yurtiçi gündeliğinin yirmi katı,

2. Harcıraha müstahak aile fertlerinin her biri için yurtiçi gündeliğinin on katı (Bu miktar yurtiçi gündeliğinin kırk katını aşamaz),

3. Her kilometre veya deniz mili başına, yalnız kendisi için yurtiçi gündeliğinin yüzde beşi, olarak hesaplanır.

**f. Hesaba esas tutulacak kilometre veya deniz mili:** Yer değiştirme masrafının hesabında dikkate alınacak kilometre veya deniz mili,

1. Yurtdışında, iki mahal arasında mutad olan, gidip gelmeye elverişli en kısa kara ve deniz yolu,

2. Yurtdışında, ülkeler ve bölgelerine göre, Dışişleri ve Ulaştırma Bakanlıkları'nın görüşü alındıktan sonra Maliye Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek mesafeler, esas tutularak bulunur.

# TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ

## UYGULAMASINDA YASAMA

### DOKUNULMAZLIĞI

Kadir AKTAŞ\*

#### Giriş

Yasama dokunulmazlığı kurumu, milletvekillerinin yasama görevlerini her türlü endişe ve baskıdan uzak, tam olarak yerine getirebilmeleri amacını güder.

Kurumun esas gayesi, milletvekillerinin şahsını değil, yasama fonksiyonunu koruyarak kamu yararını sağlamaktır.<sup>1</sup> Yasa koyucu, yasama dokunulmazlığının varlığında gözetilen kamu yararını, dokunulmazlık nedeniyle oluşan kanun önünde eşitsizliğe (hatta milletvekillerinin dokunulmazlığa dayanarak birtakım suiistimallere karışması durumuna) tercih etmiştir.

Dokunulmazlık kurumu, geçmişte İngiltere örneğinde görüldüğü gibi iktidar gücünü elinde tutan monarşik otoriteye karşı halkın iradesini yansıtan meclisleri korumakta iken, günümüzde ise demokratik sistemlerin yaygınlaşmasına bağlı olarak iktidarı elinde tutan baskıcı yönetimlere karşı muhalefeti koruma işlevi görmektedir.<sup>2</sup>

Demokratik ülkelerin çoğunda, nitelikleri farklı da olsa bu kuruma yer verilmesi bu zorunluluğun bir neticesidir.

\* TBMM Kanunlar ve Kararlar Dairesi Başkanlığı, yasama uzmanı.

<sup>1</sup> AYMK, E. 1994/21, K. 1994/40, K. T. 21.3.1994, <http://www.anayasa.gov.tr>, E. T. 5.11.2004.

<sup>2</sup> Muhalefeti koruma işlevi için bkz., Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, 1991, s. 384; Arsel, İlhan, *Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları*, Mars Matbaası, Ankara, C. 1, 1965, s. 261.

Dolayısıyla, hukuk devleti ilkesinin, demokratik sistemin ve demokrasi kültürünün tam yerleşmediği ülkelerde dokunulmazlık kurumu işlevini daha çok yerine getirmektedir.

1982 Anayasa'sının 83. maddesinin ikinci fıkrasında “*Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz...*” demek suretiyle muhakeme engeli olan dokunulmazlığın kaldırılmasının meclisin bu yönde vereceği karara bağlı olduğu belirtilmiştir. Meclise tanınan bu yetki 1876 Kanuni Esaslarında, 1924 ve 1961 Anayasa'larında da yer almıştır.

Bu çalışmamızın amacı yasama dokunulmazlığı kurumunu nazari olarak anlatmak yerine, TBMM Kanunlar ve Kararlar Müdürlüğü kayıt defterleri, TBMM'de bulunan dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin tezkereler ve *TBMM Tutanak Dergileri*'nden edinilen verilerle-tablo ve şekiller aracılığıyla dokunulmazlığın kaldırılması talepleri ve bunlara ilişkin verilen kararlardan yola çıkarak, bu kurumun kendisinden beklenen amaçlara ne ölçüde hizmet ettiğini analiz etmektir.

## **I. Dokunulmazlığın Kaldırılmasına İlişkin TBMM Kararları ve Analizi**

Tablo 1'de, 1924 Anayasa'sından günümüze kadar geçen dönemlerde, dokunulmazlığı kaldırılan milletvekilleri, bunlara isnat edilen suçlar, yapılan kovuşturmaların neticesi, milletvekillerinin partilere göre dağılımı ve mensup olduğu partinin iktidardaki veya muhalefetteki durumu (siyasal durumu) özet olarak yansıtılmıştır.\*

Aşağıda grafikler yardımıyla yapılan analizlerde, dokunulmazlığın kaldırılması kararlarının daha çok hangi nitelikteki suçlar nedeniyle alındığı, milletvekillerinin siyasal durumlarının dokunulmazlığın kaldırılmasına etkisinin olup olmadığı ve nihai olarak da meclisin vermiş olduğu kararlarda, kurumun konuluş amacına uygun davranıp davranmadığına ilişkin sonuçlar çıkarılmıştır.

\* Tablo 1. makale sonunda ek olarak verilmiştir.

## Dokunulmazlığın Kaldırılması Kararlarında İktidar - Muhalefet - Suç Niteliği İlişkisi

Tablo 2.

Siyasi Durumu	Dokunulmazlığı Kaldırılan Mv Sayısı	Siyasi Suç <sup>3</sup>	Adi Suç
<i>Muhalefet Mv</i>	25	17	8
<i>İktidar Mv</i>	5	1	4
<i>Tek parti</i>	7	1	6
<i>Bağımsız</i>	1	?	?
<i>İktidar-Bağımsız<sup>4</sup></i>	1	-	1
<i>Diğer<sup>5</sup></i>	3	3	-
<i>Toplam</i>	42	22	20

Tablo 1 ve 2’den anlaşıldığı üzere, tek parti döneminin yaşandığı 1946 yılına kadar milletvekillerinin dokunulmazlığının kaldırılmasına sebep olan suçlar, sadece biri dışında, adi nitelikteki suçlardır. İktidar -muhalefet<sup>6</sup> ilişkisinin gelişmesine bağlı olarak, dokunulmazlığın kaldırılmasına dayanak olan suçların nitelikleri de değişmiş, adi suç isnatlarından çok siyasi suç isnatları dokunulmazlığın kaldırılmasına sebep olmuştur. Tablo-2’de görüldüğü gibi, dokunulmazlığı kaldırılan 25 muhalefet partisi üyesi milletvekilinin 17’sinin siyasi nitelikteki suçlardan dolayı dokunulmazlığı kaldırılırken, dokunulmazlığı kaldırılan 5 iktidar partisi üyesi milletvekilinden sadece 1’inin siyasi nitelikteki

<sup>3</sup> Doktrinde; mülga TCK’nın 125. ilâ 173. maddeleri arasında yer alan cürümlerin, 5237 sayılı TCK’nın da 299 ve devamı maddelerindeki suçların, yine Askeri Ceza Kanunu, Siyasi Partiler Kanunu, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanun, Dernekler Kanunu, Sendikalar Kanunu gibi kanunlar da da düzenlenen suçların siyasi suç kavramı içerisinde ele alındığı görülmektedir. Doktrindeki genel yaklaşım devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı, devletin varlığına ve birliğine karşı işlenen suçların siyasi suç kavramı içerisinde ele alındığı yönündedir. Çalışmada siyasi suç nitelemesi bu genel yaklaşım doğrultusunda yapılmıştır. Siyasi suç kavramı analizi için bakınız, Sevinç, *a.g.e.*, s. 144; Kanunlarda geçen siyasi suçlar için bakınız, Bayraktar, Köksal, *Siyasal Suç*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.106.

<sup>4</sup> Hem iktidar partisinde iken hem de bağımsızken dokunulmazlığı kaldırılan milletvekili.

<sup>5</sup> Bu grupta bulunanlar seçimle gelmeyen senatörlerdir. Bunların ikisi Tabii üye, biri ise Cumhurbaşkanı’nca atanan üyedir.

<sup>6</sup> Yapılan tespitlerde iktidar-muhalefet ilişkisi analizi doğal olarak 1946 yılıyla yani demokratik hayata geçişle, muhalefetin TBMM’de ayrı bir siyasi yapı olarak temsil edilmesiyle başlatılmıştır

suçlamadan dolayı dokunulmazlığı kaldırılmıştır.

Bir başka açıdan da bakıldığında zaman, yasama erki daha çok devletin aleyhine tehdit olarak gördüğü suçlar ile ağırlığı ve ciddiliği açık olan adi suçların bir an önce kovuşturulmasını lüzumlu görmüş ve dokunulmazlığın kaldırması taleplerini de bu yönde karara bağlamıştır. Aşağıda incelendiği üzere çok sayıda dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin talep olmasına rağmen Meclis, dokunulmazlığın kaldırılması kararı verirken çok titiz davranmış, özellikle hafif nitelikli adi suçları dokunulmazlığın kaldırılmasına değer suçlar olarak görmemiştir. Tabii, bu tespitimizden ayrıksı durumların varlığı da söz konusudur. Örneğin, Sema Pişkinsüt'ün dokunulmazlığının kaldırılması, işlendiği iddia edilen suçun ağırlığından çok (Karma komisyonun kovuşturmanın milletvekilliği sıfatının sona ermesine kadar ertelenmesi yönündeki kararına rağmen) kendisinin bir an önce aleyhindeki isnatların açıklığa kavuşturulması yönündeki talebi (itirazı) sonucu olmuştur.<sup>7</sup>

Şekil-1



Şekil-1'de görüldüğü gibi, dokunulmazlığın kaldırılması kararlarının %60'ı (25) muhalefet partisi milletvekillerine karşı verilirken, ancak, %12'si (5) iktidar partisi milletvekilleri hakkında verilmiştir. Mecliste iktidar gruplarının daha çok üyesi olduğu gerçeğinden yola çıkarak, oranlamaya gidilmesi durumunda, iktidar-muhalefet arasın-

<sup>7</sup> TBMM Genel Kurul Tutanağı, 20. Dö., 3. YY, 125. Birleşim, T. 21.7.1998, <http://www.tbmm.gov.tr>, s.40

daki bu fark daha büyük olacaktır. İktidar partisi milletvekillerinin icraatı yapan yürütme makamlarına yakınlıkları da düşünüldüğünde (ki bu yakınlık suçlamayla karşı karşıya kalma olasılığını artıran bir unsurdur) bu durum, dokunulmazlığı kaldırma kararlarının daha çok, mecliste çoğunluğa sahip olan iktidar grubunun anlayışı doğrultusunda alındığını söylenebilir.

Şekil-2



Şekil-3



Şekil-4



Yukarıdaki tablo ve şekillerde görüldüğü gibi, dokunulmazlığın kaldırılması kararları, özellikle iktidar-muhalefet ilişkisinin ve çatışmasının arttığı dönemlerde çoğalmakta ve daha çok siyasi nitelikteki suç iddiasıyla alınmaktadır. Dokunulmazlığın kaldırılmasına esas olan siyasi suç ve adi suç oranı, iktidar-muhalefet ayırımına göre farklılık göstermektedir. 1924 Anayasası döneminden günümüze kadar geçen süreçte, meclis uygulamasında, muhalefet partileri milletvekillerinin siyasi suçlardan dolayı dokunulmazlığının kaldırılması oranı %68 (17) iken, iktidar partileri milletvekillerinin siyasi suçlardan dolayı doku-

nulmazlığının kaldırılma oranı %20 (1)'de kalmıştır. Bu verilerden yola çıkarak dokunulmazlığın kaldırılması kararlarının alınmasında, isnat edilen suçun ağır ve ciddi olmasının yanında, milletvekilinin siyasi pozisyonunun da etkili olduğu söylenebilir.

İktidar partileri üyeleri partilerinin yönetimde olması sebebiyle mevcut devlet sistemiyle uyumlu çalışmaya özen gösterme eğilimine sahiptirler. Muhalefet partileri milletvekilleri (yapısal bir zorunluluk olmasa da) muhalefette olmanın rahatlığından dolayı, mevcut sistemi daha rahat bir şekilde eleştirebilmekte ve bazen de mevcut sistemle çatışmaktadırlar. Bu da muhalefet partileri milletvekillerinin, özellikle siyasi nitelikteki suçlamalarla daha çok karşılaşmaları sonucunu doğurmaktadır.

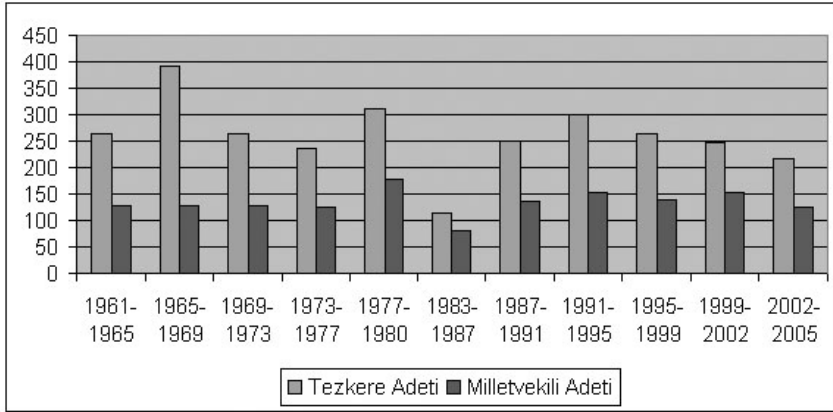
## II. TBMM'ye Gelen Dokunulmazlığın Kaldırılması Taleplerinin Analizi

### Dokunulmazlığın Kaldırılması Taleplerinin Dönemler Göre Dağılımı

Tablo-3

Dö.	Tarihler	Dönem Aralığı Yıl/ Ay	TBMM'ye Sunulan Yas. Dok. Kaldırılmasına İlişkin Tezkere Adedi	Dok. Kaldırılması İstenilen Mv Sayısı	Dok. Kaldırılan Mv Sayısı
I.	1961-1965	4 yıl	265	127	1
II.	1965-1969	4 yıl	392	129	5
III.	1969-1973	4 yıl	263	128	3
IV.	1973-1977	3 yıl, 8 ay	235	126	1
V.	1977-1980	3 yıl, 3 ay	312	177	0
17.	1983-1987	4 yıl	115	81	0
18.	1987-1991	3 yıl, 11 ay	249	136	0
19.	1991-1995	4 yıl, 2 ay	301	154	8
20.	1995-1999	3 yıl, 5 ay	264	138	8
21.	1999-2002	3 yıl, 7 ay	247	152	1
22.	2002-2004	3 yıl	216	124	0

Şekil-5



1961 ve 1982 Anayasaları dönemlerine ilişkin bilgilerin yer aldığı, Tablo-3 (ve Tablo-12) deki veriler ile Türkiye İstatistik Kurumu'nun Türkiye'de mahkemelerde açılan toplam ceza davası sayısı ve bu sayının toplam nüfusa oranını gösteren Tablo-4 deki veriler karşılaştırıldığında anlaşılacağı gibi TBMM'ye gönderilen dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin tezkere sayısı ve haklarında dokunulmazlığın kaldırılması talebi bulunan milletvekilleri sayısı, diğer meslek ve toplum kesimlerinin karşılaştıkları suçlanma oranına göre oldukça yüksektir.<sup>8</sup> Dokunulmazlığın kaldırılması taleplerinin bu kadar çok olmasına karşın, hakkında

<sup>8</sup> Türkiye İstatistik Kurumunun 1999 ilâ 2004 yıllarında toplam Türkiye nüfusu, mahkemelerde açılan toplam ceza davası ve Türkiye'de açılan toplam ceza davasının toplam nüfusa oranı şöyledir:

Tablo 4.

**Türkiye'de Mahkemelerde Açılan Toplam Ceza Davası Sayısı ve Nüfusa Oranı (1999 - 2004)**

Yıllar	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Toplam Nüfus ('000)	66 293	67 420	68 529	69 626	70 712	71 152
Açılan Toplam Ceza Davası Sayısı	1 736 671	1 749 853	2 279 760	1 864 308	1 628 127	1 818 825
Ceza Davası Sayısının Nüfusa Oranı (%)	2,6	2,6	3,3	2,7	2,3	2,6

Kaynak:Türkiye İstatistik Kurumu Verileri , <http://www.tuik.gov.tr/VeriBilgi.do> E.T.18.07.2006



dokunulmazlığın kaldırması işlemi yapılan milletvekili sayısı oldukça düşüktür. Dokunulmazlığın kaldırılması taleplerinin bu kadar çok olmasının başlıca nedeni, milletvekillerinin aleyhindeki iddiaların gerçekliğini bulmaya yönelik araştırmaların (savcılarca) olgunlaştırılmadan, konunun meclis gündemine sokulmasıdır.

İncelediğimiz, TBMM'ye gelen milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaların çoğunda, soruşturma makamlarının, doğrudan veya dolaylı olarak milletvekilleri hakkında edindikleri suç bilgilerinin doğruluğunu soruşturma görevi çerçevesinde yeterince araştırmadan, dosyanın TBMM'ye havalesini istedikleri görülmüştür. Soruşturma makamlarının bu şekildeki yaklaşımlarının altında yatan en büyük neden, milletvekilleri hakkında soruşturma yetkisinin varlığı konusunda yaşanan tereddüt veya yanlış anlayıştan kaynaklanmaktadır. Adalet Bakanlığı'nın 20.1.2006 tarihli ve 100 sayılı güncel genelgesinde, bu tespitimiz teyit edilerek, cumhuriyet savcılarında soruşturmalarını hizmet gereklerine uygun olarak tekemmül ettirmeden ve kamu davası açmaya yetecek delillere ulaşmadan, dokunulmazlığın kaldırılması yönünde fezleke hazırlamamaları yönünde talimat verildiği görülmüştür.<sup>9</sup>

Milletvekillerinin çalışmalarının (yapısı gereği) eleştiriye ve suç isnatlarına açık bir nitelik taşıması da, tezkerelerin çok sayıda gelmesinin diğer bir nedenidir.

### 1982 Anayasası Döneminde TBMM'ye Gönderilen Dokunulmazlığın Kaldırılmasına İlişkin Tezkerelere Yapılan İşlemler

Tablo-5

Dönem Adet	17. Dö. 24.11.83- 29.11.87	18. Dö. 29.11.87- 20.10.91	19. Dö. 20.10.91- 24.12.95	20. Dö. 24.12.95- 18.4.99	21. Dö. 18.4.99- 3.11.02	22. Dö. 3.11.02- 2.11.05
Mevcut Dönem İçinde Gönderilen Tezkere	115	233	275	234	221	201
Bir Önceki Dö- nemden İntikal Eden Tezkere	-	16	36	30	46	15

<sup>9</sup> "Yasama dokunulmazlığının kaldırılması ile ilgili işlemler" Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, www.cigm.adalet.gov.tr E.T.20.5.2006

Dok. Kal. İstenen Milletvekili Sayısı	81	136	154	138	152	124
Komisyonunda Görüşülmeden Kalan Tezkere <sup>10</sup>	30	116	74	39	99	15
Genel Kurul Gündeminde Kalan Tezkere <sup>11</sup>	12	2	2	6	25	178
Hükümet Tarafından Geri Alınan Tezkere <sup>12</sup>	2	21	6	2	37	8
Meclis Başkanlığınca Hükümete İade Edilen Tezkere <sup>13</sup>	-	3	39	5	-	-
Dönem Sonuna Ertelenen Tezkere <sup>14</sup>	71	107	171	135	84	15
Dok. Kaldırma İşlemi Yapılan Tezkere	-	-	9	31	2	-
Dok. Kaldırılan Milletvekili Sayısı	-	-	8	9	2	-

Tablo-5’de, 1982 Anayasası döneminde Başbakanlık aracılığıyla TBMM’ye gönderilen, milletvekili dokunulmazlığının kaldırıl-

<sup>10</sup> Dönem sona erdiğinde, komisyonunda görüşülmeden bekleyen tezkereler hükümsüz sayılmadığından, milletvekilinin tekrar seçilmesi söz konusu olursa bu tezkereler bir sonraki döneme intikal eder.

<sup>11</sup> Komisyonun dokunulmazlığın kaldırılması talebini içeren tezkereler ile komisyonun erteleme kararına karşı itiraz edilmesi üzerine Genel Kurul gündemine giren tezkereler, dönemin sona ermesi durumunda hükümsüz sayılmadığından, milletvekilinin tekrar seçilmesi durumunda bir sonraki döneme intikal eder.

<sup>12</sup> Henüz komisyonunda görüşülmeden (af gibi nedenlerden dolayı) suçun ortadan kalkması nedeniyle, tezkereler hükümetçe geri çekilebilir.

<sup>13</sup> Genel Kurul gündemine alınmakla birlikte af vb. nedenlerden suçun ortadan kalkmasına bağlı olarak, Meclis Başkanlığı’nca hükümete iade edilen tezkereler.

<sup>14</sup> Komisyonca kovuşturulması dönem sonuna ertelenip, milletvekillerince itiraz edilmemiş tezkereler.

masına ilişkin dokunulmazlık tezkerelerine TBMM'ce yapılan işlemler ayrıntılı olarak gösterilmiştir.

Tablodan da anlaşılacağı gibi dönemler itibariyle dokunulmazlığın kaldırılması istemli tezkerelerin hemen hemen yarısının, Karma komisyonda veya Genel Kurul aşamasında beklediği görülmektedir.

Bunun başlıca nedeni, Meclis İçtüzüğünde Karma komisyonun ve Genel Kurul'un belli bir süreç dahilinde tezkereleri karara bağlaması yönünde bağlayıcı hükümlerin olmamasıdır.

Özellikle, Hazırlık Komisyonu seçiminin ve Karma Komisyona gelen tezkerelerin hazırlık komisyonuna havalesinin ne zaman yapılacağı İçtüzükte belirtilmediği için (hazırlık komisyonu kuruluşunun ve hazırlık komisyonuna tezkerelerin havalesinin geciktirilmesi yoluyla) dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin tezkerelerin incelenmesi ihmal edilmektedir.

## 1. Dokunulmazlığın Kaldırılması Taleplerinin Partilere Göre Analizi

Bu bölümde, 1982 Anayasa'sı döneminde dokunulmazlığın kaldırılması taleplerinin siyasi partilere göre dağılımı gösterilerek, dokunulmazlığın kaldırılması taleplerinde iktidar-muhalefet ilişkisi ortaya konmuştur.

Yapılan çalışmada, milletvekillerinin seçildikleri zamanki siyasi partiyle olan üyelik ilişkisi dikkate alınmıştır. Elde edilen veriler, dönem içerisinde milletvekilinin siyasi partiyle üyelik bağının değişmesinden sonra dokunulmazlığının kaldırılması talebinin gelebileceği düşünüldüğünde, bu durumu yansıtmadığı için eleştirilebilir.

Bundan dolayı biz de iktidar-muhalefet dengelerinin ve milletvekillerinin partisel konumlarının çok sık değiştiği 20. Dönemin verilerini nihai analizlerimizde kullanmamayı uygun gördük.

Elde edilen veriler (milletvekillerinin parti değiştirme olasılığını gözetmediğinden dolayı) mutlak doğruyu göstermemekle beraber, total olarak ele alındıklarında yapılacak değerlendirme bakımından sonuç çıkarmaya yeterli olduğu kanaatindeyiz.

## 17. Dönem

(24.11.1983-29.11.1987)  
(ANAP İktidarı Dönemi)

Tablo-6

Parti İkti./Muh.	Tezkere Sayısı <sup>15</sup>	Mv Sayısı <sup>16</sup>	Parti Üye Sa. <sup>17</sup>
ANAP (ikt.)	38	29	211
HP (Muh.)	52	33	117
MDP (Muh.)	25	19	67
İktidar Toplam	38	29	211
Muhalefet Top.	77	52	184
Genel Toplam	115	81	

## 18. Dönem

(29.11.1987-20.10.1991)  
(ANAP İktidarı Dönemi)

Tablo-7

Parti İkti./Muh.	Tezkere Sayısı	Mv Sayısı	Üye Sayısı
ANAP (ikt.)	62	51	291
SHP (Muh.)	154	62	99
DYP (Muh.)	33	23	59
İktidar Toplam	62	51	291
Muhalefet Top.	187	85	158
Genel Toplam	249	136	449

<sup>15</sup> Dönem içinde siyasi parti milletvekilleri hakkında kaç dokunulmazlığın kaldırılması tezkeresinin geldiğini ifade eder. Tablolarda yer alan bu bölümler, TBMM Kanunlar ve Kararlar Müdürlüğü Komisyonlar Bürosu, Komisyon kayıt defterlerinden elde edilmiştir.

<sup>16</sup> Dönem içinde siyasi partilerin kaç milletvekili hakkında dokunulmazlığın kaldırılması talebinin geldiğini ifade eder. Tablolarda yer alan bu bölümler TBMM Kanunlar ve Kararlar Müdürlüğü Komisyonlar Bürosu, komisyon kayıt defterlerinden elde edilmiştir.

<sup>17</sup> Siyasi partilerin meclise kaç üye ile girdiklerini ifade eder. Bu bölüme ilişkin veriler, 17, 18, 19, 20, 21 ve 22. dönemlerin TBMM milletvekili albümlerinin 1. baskılarının verilerinden elde edilmiştir. "TBMM Albümü", TBMM Basımevi, Ankara, Tarihler, 1984, 1988, 1992, 1996, 1999, 2003.

**19. Dönem**  
(20.10.1991-24.12.1995)  
(DYP-SHP İktidarı)<sup>18</sup>

Tablo-8<sup>20</sup>

Parti İktidar/ Muha.	Tez-kere Sayısı	Mv Sayısı	Üye Sayısı
ANAP (Muh.)	47	35	115
RP (Muh.) <sup>19</sup>	60	25	62
DYP (ikt.)	67	47	178
DSP (Muh.)	3	2	7
SHP (ikt.) <sup>20</sup>	124	45	88
İktidar Toplam	191	92	266
Muhalefet Toplam	110	62	184
Genel Toplam	301	154	450

**20. Dönem<sup>18</sup>**  
(24.12.1995-18.4.1999)  
(İktidar-Muhalefet dengeleri çok değişken)<sup>19</sup>

Tablo-9

Parti İktidar/ Muha	Tezkere Sayısı	Mv Sayısı	Üye Sayısı
DYP	63	41	134
ANAP	41	27	126
DSP	5	7	75
RP	111	46	158
CHP	44	17	49
İktidar Top.			
Muhalefet Toplam			
Genel Toplam	264	138	550

<sup>18</sup> İktidar-Muhalefet değişimlerinin sık değiştiği ve milletvekillerinin parti değiştirmelerinin çok yaşandığı bu dönemin verileri nihai analizde kullanılmamıştır.

<sup>19</sup> Dönem içerisinde 19 Milletvekili partiden ayrılıp, MÇP'ye katılmıştır.

<sup>20</sup> Dönem içerisinde 18 milletvekili partiden ayrılıp, DEP'e katılmıştır. Nihai olarak yapacağımız analiz bakımından tablomuzda iktidar partisi üyesi gibi gözükən DEP milletvekilleri yanıltıcı bir veridir.

**21. Dönem**

(18.4.1999-3.11.2002)

(ANAP-DSP-MHP İktidarı)

Tablo-10

Parti İkti./Muh.	Tez-kere Sayısı	Mv Sayısı	Parti Üye Sayısı
ANAP (ikt.)	54	21	86
DSP (ikt.)	35	22	136
MHP (ikt.)	32	29	129
DYP (Muh)	49	30	85
FP (Muh)	65	48	107
Bağımsız	12	2	6
İktidar Toplam	121	72	351
Muhalefet Top.	126	80	192
Genel Toplam	247	152	547

**22. Dönem**

(3.11.2002-1.12.2004)

(AKP İktidarı)

Tablo-11

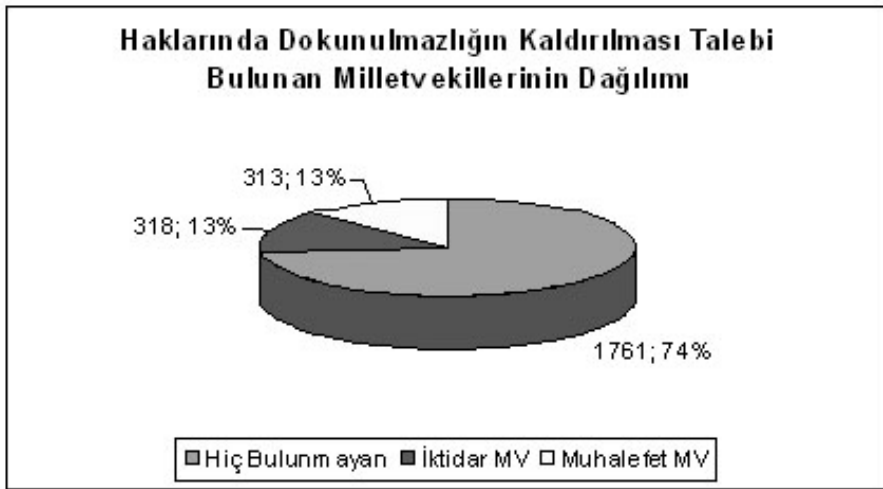
Parti İkti./Muh.	Tezkere Sayısı	Mv Sayısı	Parti Üye Sayısı
AKP (ikt.)	99	74	365
CHP(Muh)	69	31	177
DYP(Muh)	8	1	3
Bağımsız	6	2	5
İktidar Toplam	99	74	365
Muhalefet Top.	83	34	180
Genel Toplam	182	108	550

## 2. 1982 Anayasası Döneminde Dokunulmazlığı Kaldırılması İstenen Milletvekillerinin İktidar - Muhalefet İlişkisi<sup>21</sup>

Tablo 12

Durumu	Üye Sayısı	Tezkere Adeti	Tezkerelerin Üye Sayısına Oranı <sup>22</sup>	Mv. Adeti	Mv.'lerin Üye Sayısına Oranı <sup>23</sup>
Toplam İktidar Partisi Mv	1484	511	%34	318	%24
Toplam Muhalefet Partisi Mv	908	583	%64	313	%34
Genel Toplam	2392	1094	-	631	-

Şekil 6.



<sup>21</sup> 20. dönem verileri katılmamıştır.

<sup>22</sup> Toplam iktidar veya muhalefet partileri milletvekili sayılarının toplam iktidar veya muhalefet partilerine gönderilen dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin toplam tezkere sayısı ile oranını ifade eder.

<sup>23</sup> Toplam iktidar ve muhalefet partileri milletvekili sayılarının, haklarında dokunulmazlığın kaldırılması istenilen toplam İktidar ve muhalefet partisi milletvekili sayılarıyla oranını ifade eder.

Tablo-12'deki verilerden anlaşılacağı gibi iktidar ve muhalefet partilerine mensup milletvekillerinin sayılarına göre (toplam iktidar partisi üyeleri toplam muhalefet partisi üyelerine göre %39 daha fazla üyeye sahiptir) haklarında gönderilen dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin tezkere âdeti veya dokunulmazlığı kaldırılması istenen milletvekili sayısı oranlandığı zaman görülmektedir ki; muhalefet partilerine mensup milletvekilleri hakkında, iktidar partilerine mensup milletvekillerine göre daha fazla oranda dokunulmazlığın kaldırılması istemi yapılmaktadır. Yine, 19. Döneme ilişkin tabloda iktidar partisi olan SHP çatısı altında gözükken ama dönem içinde ayrılıp muhalefet partisi olan DEP'e katılan (ki bunlar hakkında diğer partilere göre daha çok oranda dokunulmazlığın kaldırılması talebi gelmiştir) milletvekillerinin durumu da analizimize veri olarak katılırsa, çıkarılan sonuç daha da pekişmektedir. Bu durum çalışmamızın başında bahsettiğimiz, yasama dokunulmazlığının daha çok muhalefet milletvekillerini koruma işlevini, destekleyen bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır.

### 3. 17. ve 18. Dönemde TBMM Gönderilen Yasama Dokunulmazlığı Tezkerelerinin Suç Gruplarına Göre Dağılımı<sup>24</sup>

Tablo. 13

Sıra	Suçun Konusu	17. Dö.	18. Dö.
1	Zimmet; Görevi kötüye kullanma; görevi ihmal suçları	13	12
2	1567 sayılı Türk Parasını Koruma Kanuna muhalefet	2	
3	198 sayılı kanuna muhalefet	1	
4	Tehlikeli vasıta sevk ve idare etmek;	5	17
5	Emniyet suiistimal suçu	3	2
6	298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanuna muhalefet	9	30
7	1475 sayılı İş Kanunu'na muhalefet	2	
8	Taksirle ölüme sebebiyet vermek, adam öldürmeye teşebbüs	2	1
9	TBMM'nin veya Hükümetin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif etmek	4	2

<sup>24</sup> Veriler, TBMM Kanunlar ve Kararlar Müdürlüğü Komisyonlar Bürosu kayıt defterlerinden elde edilmiştir.



10	Cumhuriyeti, devletin askeri, emniyet, kuvvetlerini ve Adliye'nin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif etmek	1	4
11	Karşılıksız çek vermek, düzenlemek; 3167 sayılı Çek kanununa muhalefet	4	4
12	2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu muhalefet	1	2
13	Dernekler kanununa muhalefet	2	
14	Halkı suç işlemeye tahrik etmek; Milli duyguları zayıflatmaya yönelik bölücülük propagandası yapma; halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme; Devletin birliğini ve toprak bütünlüğünü bozma suçları	1	23
15	Sahte evrak düzenlemek veya kullanmak; sahte fatura tanzimi	3	7
16	1918 sayılı Kaçakçılığın Men Ve Takibine Dair Kanuna muhalefet	1	1
17	Müessir fiil; hakaret; tehdit; iftira; Yalan beyanda bulunmak suçları	22	42
18	Taksiratlı veya hileli iflas	1	1
19	Meskun mahalde silah atmak, korkutmak amacıyla silah boşaltmak	1	6
20	Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanuna muhalefet	6	41
21	Cumhurbaşkanı'nın gıyabında hakaret etmek	2	6
22	2822 sayılı Toplu İş Söz. Grev ve Lokavt Kanununa muhalefet; Kanunsuz grevi teşvik suçları		2
23	Suç işlemek için teşekkül oluşturmak		1
24	Dolandırıcılık suçunu işlemek		2
25	İhaleye fesat karıştırmak veya 2886 sayılı Kanuna muhalefet		2
26	Başbakana ve ailesine hakaret		7
27	2932 sayılı Türkçeden Başka Dillerle Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanuna muhalefet		2
28	Cürüm işleyeni saklamak, delili yok etmek		2
29	Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkındaki Kanuna muhalefet		2
30	Vergi usulü kanununa muhalefet		2
31	İzinsiz pankart asmak ve yazı yazmak		3
32	Terörle mücadele kanununa muhalefet		2
33	Diğer	1	13
34	Bulunamayan		7

Tablo-12'den de anlaşıldığı gibi dokunulmazlığın kaldırılması isteminin dayanağını oluşturan suç grupları çok muhtelif olmakla beraber siyasi nitelikteki suçlamaların küçümsenmeyecek bir ağırlıkta olduğu görülmektedir. Bu durum dokunulmazlık kurumunun gerekliliğini

savunanların yaklaşımlarına güç katan bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır.

### KAYNAKÇA

Anayasa Mahkemesi Kararları, <http://www.anayasa.gov.tr>.

Alatlı, Ertuğrul, *09 Mart 1971 Anti-Emperyalist Başçı Darbe Girişimi*, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.

Başgil, Ali Fuat, *27 Mayıs İhtilali ve Sebepleri*, Yağmur Yayınevi, İstanbul, 1966  
Bayraktar, Köksal, *Siyasal Suç*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

İslam, Nadir Latif, *"Türkiye'de Gensoru ve Meclis Tahkikatı"* Kardeş Matbaası, Ankara 1966.

*"Türkiye Büyük Millet Meclisi Albümü"*, TBMM Basımevi, Ankara, Tarihler, 1984, 1988, 1992, 1996, 1999, 2003.

*Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa ve Dahili Nizamname*, TBMM Matbaası, 1. B, 25, Ekim 1961.

*Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanakları*.

*Türkiye Büyük Millet Meclisi Kanunlar ve Kararlar Müdürlüğü Komisyon Kayıt Defterleri*.

*Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Cerideleri*.

*Türkiye İstatistik Kurumu Verileri*, <http://www.tuik.gov.tr/VeriBilgi.do>.

Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul 1991.

Arsel, İlhan, *Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları*, Mars Matbaası, Ankara C.1, 1965.

EK Tablo 1.

Sıra	Adı Soyadı	Dok. Kal. Tarihi	Dö-nem <sup>1</sup>	İsnat Edilen Suç ve Niteliği <sup>2</sup>	Parti-si <sup>3</sup>	Kovuş-turma-nın Sonucu	Siyasi Konu-mu
1 <sup>4</sup>	İhsan Eryavuz Cebelibereket Milletvekili (Mv)	26.1.1928	3	Görevi Suistimal, Fesat Karıştırma Suretiyle İrtikaba Teşebbüs TCK m. 205 ve 61 (Adı)	CHP	Mah-kum <sup>5</sup>	Tek Parti
2	Ali Rıza Bebe Cebelibereket Mv	2.2.1928	3	Meclis Veznesin-de görevi suistimal ve ihtilas TCK m. 64, 203 (Adi)	CHP	Beraat <sup>6</sup>	Tek Parti

<sup>1</sup> Yasama dönemlerinin numaralandırılmasına, 1961 Anayasası döneminde tekrar (1) den başlanmış, 1982 Anayasası döneminde ise, 1961 Anayasası döneminde dönem numaraları hiç kesintiye uğramamış gibi devam ettirilmiştir.

<sup>2</sup> Suçun siyasi ve adi suç niteliği, isnat edilen suçun niteliğine göre saptanmıştır. Yoksa suçun ciddiliği anlamında siyasi bir saikle işlendiği için değildir. Dolayısıyla salt siyasi bir saikle ama adi suç isnadı halleri analizimizde değerlendirilmemiştir. Dokunulmazlığın kaldırılmasına sebep suçlar, TBMM Tutanak Dergilerinden taranarak elde edilmiştir.

<sup>3</sup> Milletvekilinin dokunulmazlığı kaldırıldığı sıradaki partiyle olan üyelik ilişkisini ifade eder.

<sup>4</sup> Meclis Tutanaklarında yer alan ve Genel Kurulda okunan Ankara İstiklal Mahkemesinin 5.4.1926 tarihli tezkeresinde, Maraş Mebusu Tahsin bey'e adam öldürmeye teşvik suçundan dolayı on sene kürek cezası verildiği belirtilmiştir. Meclis Tutanaklarından Tahsin Bey'in dokunulmazlığının kaldırılıp kaldırılmadığına ilişkin bir veriye ulaşılamamıştır. Ancak, Teşkilatı Esasi Kanununa göre dokunulmazlığın kaldırılması işleminin gerektiği düşünüldüğünde, dokunulmazlığı kaldırılan ilk mebusun Tahsin Bey olduğu düşünülebilir. *TBMM Anayasa ve Dahili Nizamname*, TBMM Matbaası, 1.B, 25 Ekim 1961, s.118; *TBMM Zabıt Ceridesi*, Dö. 2, C.1, İçtima 3, 84. Birleşim, T. 7.4.1926, s.69

<sup>5</sup> Ticaret Bakanlığı sırasında Yavuz zırhlısının tadilatına ilişkin Fransız firmasıyla yapılan sözleşme hükümlerinin hazırlanmasında görevini kötüye kullandığı gerekçesiyle hem Meclis Tahkikatına tabi tutulmuş hem de dokunulmazlığı kaldırılmıştır. İSLAM, Nadir Latif, *"Türkiye'de Gensoru ve Meclis Tahkikatı"* Kardeş Matbaası, Ankara, 1966, s.50; *TBMM Zabıt Ceridesi*, 3. Dönem, Cilt 2, İçtima 1, 36. Birleşim, s.96.

<sup>6</sup> Meclis İdare Amiri görevini yürütürken vukubulan Meclis veznesinde işlenen görevi suistimal ve ihtilas suçuna adı karışmış, dokunulmazlığının kaldırılmasını kendisinde talep etmiştir. *TBMM Zabıt Ceridesi*, 3. Dönem, Cilt 2, İçtima 1, 39. Birleşim, S.136; Suçlama için bakınız, *TBMM Zabıt Ceridesi*, Dö. 3, C.2, İçtima 1, 40. Birleşim, S.182

3	Fikret Onuralp Bilecik Mv	13.2.1928	3	Fesat Karıştırma Suretiyle İrtikaba Teşebbüs, TCK, m. 205 ve 61 (Adi)	CHP	Mah- kum <sup>7</sup>	Tek Parti
4	Ali Cenani Bey Gazian- tep Mv	14.4.1928	3	Memuriyet Va- zifesinde İhmal, Terahi Cürmü ve Görevi Suistimall Suçu, TCK m. 102 (Adi)	CHP	Mah- kum <sup>8</sup>	Tek Parti
5	Ali Saip Ursa- vaş Urfa Mv	18.10.1935	5	-Cumhurbaş- kanı Atatürk'e Suikast Yap- mak İçin Silahlı Cemiyet Kurmak (Siyasi)	CHP	Beraat <sup>9</sup>	Tek Parti
6	Refet Ülgen Urfa Mv	30.1.1942	6	-Görevi Suiisti- mal Suçu (Adi) <sup>10</sup>	CHP	Beraat <sup>11</sup>	Tek Parti

ve 39. birleşim tutanağına ekli 3/62 no.lu Başvekalet Tezkeresi, Muhtelif Encümen Mazbatası; Ali Rıza bey'in yargılanması beraatle neticelenmiştir. *TBMM Anayasa ve Dahili Nizamname*, s.118

<sup>7</sup> Fikret Onuralp'in dokunulmazlığı, Sabık Ticaret Bakanı İhsan Beyin suç ortağı olduğu gerekçesiyle kaldırılmıştır. Yüce Divan yargılaması sonucu İhsan Beyin iki yıl mahkumiyetine, Fikret Beyin ise dört ay mahkumiyetine ve 100 Lirada para cezası ödemesine hüküm verilmiştir. İSLAM, Nadir, Latif, age, s.54; Suçlama için bakınız, TBMM Zabıt Ceridesi, Dö. 3, C.2, İçtima 1, 44. Birleşim, S.182 ve 44. birleşim tutanağına ekli 3/68 no.lu Başvekalet Tezkeresi, Muhtelif Encümen Mazbatası.

<sup>8</sup> Ticaret Bakanlığı görevini yürüttüğü dönemde un ve ekmek fiatlarının belirlenmesinde görevini kötüye kullandığı gerekçesiyle hem meclis tahkikatına tabi tutulmuş, hem de dokunulmazlığı kaldırılmıştır. Yüce divan yargılaması sonucu bir ay hapis cezasına ve 177.755 TL' nin tazminat olarak tahsiline karar verilmiştir. İSLAM, Nadir, Latif, age, s.57; Suçlama için bakınız, TBMM Zabıt Ceridesi, Dö. 3, C.3, İçtima 1, 61. Birleşim, s.138 ve 61. birleşim tutanağına ekli Muhtelif Tahkikat Encümeni Mazbatası.

<sup>9</sup> Yargılanma sonucu beraatle neticelenmiştir. *TBMM Anayasa ve Dahili Nizamname*, s.118

<sup>10</sup> Türk Maarif Cemiyeti Reisliği görevi sırasında cemiyetçe düzenlenen piyangoda yolsuzluk yapıldığı suçlamasıyla karşılaşmıştır. TBMM Zabıt Ceridesi, Dö. 6, C.21, İçtima 1, 30. Birleşim, s.122 ve 30. birleşim tutanağına ekli 70 sayılı Başvekalet Tezkeresi, Muhtelif Encümen Mazbatası.

<sup>11</sup> Yargılanma sonucu beraatle neticelenmiştir. *TBMM Anayasa ve Dahili Nizamname*,

7	Hasip Ahmet Aytuna Tokat Mv	30.1.1942	6	-Resmi Kayıt ve Defter Üzerinde Tahrifat Suçu (Adi)	CHP	Beraat <sup>12</sup>	Tek Parti
8	Reşad Aydınlı Denizli Mv	30.11.1949	8	Asılsız İhbarda Bulunmak, İftira Suçu <sup>13</sup> (Adi)	Ba-ğimsız	-	Ba-ğimsız
9	Sadık Aldoğan Afyonkarahisar Mv	24.3.1950	8	Hükümetin Manevi Şahsiyetini Alenen Tahkir Etme ve Cumhurbaşkanı Aleyhinde Lisanen Tecavüzde Bulunma Suçu TCK m. 158-159 (Siyasi)	Millet Partisi (MP)	-	Muhalefet
10	Hüseyin Cahit Yalçın Kars Mv	18.4.1952	9	TBMM'yi Tahkir ve Tezyif Etme Suçu, TCK m. 159 (Siyasi) <sup>14</sup>	Halkçı Parti (HP)	Beraat	Muhalefet
11	İbrahim Us Kars Mv	2.7.1956	10	Başbakanı ifa ettiği hizmetinden dolayı hakaret etme suçu TCK m. 273 (Siyasi)	CHP	-	Muhalefet
12	Sırrı Atalay Kırşehir Mv	2.7.1956	10	Hükümetin manevi şahsiyetini tahkir etme, TCK m. 159 (Siyasi)	CHP	-	Muhalefet

s.118

<sup>12</sup> Aytuna hakkında, Ankara sorgu hakimliğince yapılan ilk tahkikat neticesinde 17.2.1942 tarihinde muhakemenin men'ine karar verilmiştir. *TBMM Anayasa ve Dahili Nizamname*, s.118

<sup>13</sup> Aydın, Millet Partisi Milletvekilleri Sadık Aldoğan, Osman Bölükbaşı ve Fuat Arna hakkında Cumhurbaşkanına suikasta bulunacaklar (TCK 171. maddesine uygun fiilde bulunma) ihbarında bulunarak iftira fiilini işlediği suçlamasından dolayı dokunulmazlığı kaldırılmıştır. İlgiç olan Aydın bu fiili işlerken MP Milletvekilidir. TBMM Zabıt Ceridesi, Dö. 9, C.24, 11. Birleşim, s.232 ve 31. birleşim tutanağına ekli 24 sayılı Başbakanlık Tezkeresi, Karma Komisyon Raporu.

<sup>14</sup> Sorgu yargıçlığında kamu davası ortadan kaldırılmıştır. *TBMM Anayasa ve Dahili Nizamname*, s.118

13	Osman Ali Şiroğlu Kırşehir Mv	7.7.1956	10	Hükümetin manevi şahsiyetini tahkir etme, TCK m. 160 (Siyasi)	Cumhuriyetçi Millet Partisi (CMP)	-	Muhalefet
14	Kamil Kırkoğlu Malatya Mv	7.7.1956	10	Başbakana ifa ettiği vazifesinden dolayı hakaret etme suçu TCK m. 273 (Siyasi)	CHP	-	Muhalefet
15	Osman Bölükbaşı Kırşehir Mv	26.6.1957	11	Başbakana ifa ettiği vazifesinden dolayı hakaret etme suçu TCK m. 273 (Siyasi)	CMP	Beraat <sup>15</sup>	Muhalefet
16	Nuri Beşer Zonguldak Mv (MM Üyesi)	14.2.1962	1	Devletin askeri kuvvetlerini tahkir ve tezyif suçu (Subay eşlerine hakaret) TCK m. 160 (Siyasi)	AP	Mah-kum <sup>16</sup>	İktidar
17	Mustafa Deliveli Hatay Üyesi (Senatör)	29.03.1966	2	Kromit şirketine yolsuz kredi açtırma ve döviz tahsisinde bulunma suçu (Adi)	AP	-	İktidar
18	Sabahaddin Orhon Giresun Üyesi (Senatör)	20.4.1967	2	1567 sayılı Türk Parasını Koruma Kanununa Muhalefet (Adi)	AP	-	İktidar

<sup>15</sup> Bölükbaşı, 1957 yılında yapılan seçimlerde tekrar milletvekili seçilerek dokunulmazlığına kavuşmuş, yapılan yargılama da beraatle neticelenmiştir. BAŞGİL, Ali Fuat, *27 Mayıs İhtilali ve Sebepleri*, Yağmur Yayınevi, İstanbul, 1966, s.106

<sup>16</sup> Beşer, Ankara Ağır Ceza Mahkemesince yapılan yargılama neticesinde, 5.6.1962 tarihinde, TCK'nın 159/1-2 ve 173/son maddeleri istinaden bir sene ağır hapis ve dört ay Tatvan'da emniyet nezaretinde sürgün cezasına çaptırılmış ve bu hüküm infaz edilmiştir.

19	Çetin Atlan İstanbul Mv (MM Üyesi)	21.7.1967	2	Kominizim Propagandası ve Ülke Bütünlüğü- ne Tehdit TCK m. 142,482,273 ve 191 (Siyasi) <sup>17</sup>	TİP	Yargı- lamaya geçile- memiş- tir.	Muha- lefet
20	A.Celal Sun- gur Yozgat Mv (MM Üye)	8.4.1968	2	Milli Müdafaaya Hıyanet, TCK m. 136- 3/31/33/173-3 (Siyasi)	CHP	-	Muha- lefet
21	Ali Karahan Hakkari Mv (MM Üyesi)	21.10.1968	2	- İrk mülâhazası ile milli duygu- ları yok etmeğe veya zayıflatma- ğa matuf bulu- nan cemiyetler kurmaya tevessül etmek (Önceden Hüküm Giydiği İçin) TCK m. 141-4 - Devlet İdare- sindeki Toprak- ların Bir Kısmını Ayırmak, TCK m. 125 - 648 Sayılı Siyasi Partiler Kanu- nuna Muhalefet (Siyasi)	Y e n i T ü r - k i y e Partisi (YTP)	-	Muha- lefet

<sup>17</sup> Altan'ın dokunulmazlığının kaldırılmasına neden olan "Bornova Savcısı Lütfen Dinleyin" başlıklı yazısı, 28.09.1966 tarihinde Akşam gazetesinde yayımlanmıştır. TBMM Tutanak Dergisi, 2. Dö., C.21, YY.2, SS.332, T.28.06.1967; Altan aleyhine alınan dokunulmazlığın kaldırılması kararına karşı AYM'ye iptal başvurusunda bulunulmuş, AYM başvuruyu kabul ederek, Meclisin kararını iptal etmiş ve ALTAN'ın dokunulmazlığını iade etmiştir. AYMK, E. 1967/22, K. 1967/22, K.T.02.08.1967, <http://www.anayasa.gov.tr>, E.T.23.11.2005.

22	Cemal Madanoğlu (Senatör)	3.8.1971	3	TC Anayasasının tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil, TBMM'yi iskata ve vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs gayesiyle gizlice ittifak kurmak. (Siyasi)	Tabii Üye <sup>18</sup>	Beraat <sup>19</sup>	Tabii Üye
23	Osman Köksal (Senatör)	3.8.1971	3	TC Anayasasının tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil, TBMM'yi iskata ve vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs gayesiyle gizlice ittifak kurmak (Siyasi)	Kon-tenjan Üyesi (Cumhuriyetin başkancası)	Beraat	Kon-tenjan Üyesi
24	Ekrem Acuner (Senatör)	7.7.1971	3	Silahlı isyana teşvik, tahrik, teşebbüs, sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmeye yönelik cemiyet kurmak TCK m. 146 (Siyasi)	Tabii Üye	Beraat <sup>20</sup>	Tabii Üye

<sup>18</sup> Milli Birlik Komitesi Başkanı ve üyeleri ile eski Cumhurbaşkanları, yaş kaydı gözeltilmeksizin Cumhuriyet Senatosunun tabii üyesidirler.

<sup>19</sup> Cemal Madanoğlu ve Osman Köksal'ın kovuşturması 1. Ordu ve Sıkıyönetim Komutanlığı Askeri Mahkemesinin 2.10.1974 tarihli kararıyla beraatle sonuçlanmıştır. ALATLI Ertuğrul, *09 Mart 1971 Anti-Emperyalist Baasçı Darbe Girişimi*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002, s.229

<sup>20</sup> Askeri savcılıkca yapılan soruşturma sonucunda sanığa isnat edilen suçun 18.5.1974 tarihinde yürürlüğe giren 1803 sayılı Af Kanununun 1/A maddesi kapsamına girdiği gerekçesiyle kovuşturmayaya yerolmadığına karar verilmiştir.



25	Kudret Bayhan Niğde Üyesi (Senatör)	24.02.1973	4	Yurtdışından baz morfin ihraç etme suçu (Adi)	CKMP	Mah- kum <sup>21</sup>	Muha- lefet
26	Orhan Doğan Şırnak Mv	2.3.1994 ve 3.3.1994	19	Devletin istikla- lini tenkise veya birliğini bozmak veya Devle- tin hakimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayır- mak TCK m. 125 (Siyasi)	DEP	Mah- kum <sup>22</sup>	Muha- lefet
27	Sırrı Sakık Muş Mv	2.3.1994 ve 3.3.1994	19	TCK m. 125 (Siyasi)	DEP	Mah- kum	Muha- lefet
28	Mahmut Alınak Şırnak Mv	2.3.1994 ve 3.3.1994	19	TCK m. 125 (Siyasi)	DEP	Mah- kum	Muha- lefet
29	Hatip Dicle Diyarbakır Mv	2.3.1994 ve 3.3.1994	19	TCK m. 125 (Siyasi)	DEP	Mah- kum	Muha- lefet
30	Leyla Zana Diyarbakır Mv	2.3.1994 ve 3.3.1994	19	TCK m. 125 (Siyasi)	DEP	Mah- kum	Muha- lefet
31	Ahmet Türk Mardin Mv	2.3.1994 ve 3.3.1994	19	TCK m. 125 (Siyasi)	DEP	Mah- kum	Muha- lefet
32	Selim Sadak Şırnak Mv	2.3.1994	19	Hükümetin Manevi Şahsiye- tini ve Devletin Emniyet Kuv- vetlerini Alenen Tahkir Ve Tezyif Etmek (Siyasi)	DEP	Mah- kum	Mu- halefet

<sup>21</sup> Bayhan, yurt dışı seyahati sırasında bindiği arabada baz morfin bulunması nedeniyle Fransız Hükümetince tutuklanmış, Fransız yargısınca yapılan yargılama sonucunda 15 yıl mahkumiyet cezası almıştır.

<sup>22</sup> Dokunulmazlığı kaldırılan DEP milletvekillerinin kovuşturmaları mahkumiyetle neticelenmiştir.

33	Hasan Mezarıcı İstanbul Mv	3.3.1994	19	5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanuna muhalefet etme. (Adi)	RP	Mah-kum	Muha-lefet
34	m. Kemal Ağar Elazığ Mv	21.7.1998 ve 11.12.1997	20	-Görevi Kötüye Kullanma, -Cürüm İşlemek İçin Silahlı Teşekkül Meydana Getirmek, -Tutuklu Sanığın Gizlenmesine Sebep Olma, -6136 Sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Kanununa Muhalefet. (Adi)	DYP	Yargılaması Durmuştur. <sup>23</sup>	Muha-lefet
35	Sedat Edip Bucak Şanlıurfa Mv	11.12.1997	20	-Cürüm İşlemek İçin Silahlı Teşekkül Meydana Getirmek, -Tutuklu Sanığın Gizlenmesine Sebep Olma, -6136 Sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Kanununa Muhalefet. (Adi)	DYP	Kovuşturması devam etmektedir.	Muha-lefet
36	m. Kemal Aykurt Denizli Mv	21.7.1998	20	Emniyeti Suiistimal (Hizmet Nedeniyle) (Adi)	DYP	-	Muha-lefet

<sup>23</sup> Kovuşturması devam ederken 2002 seçimlerinde Elazığ Milletvekili olarak seçildiği için tekrar dokunulmazlığı kazanmış ve yargılamaya ara verilmiştir.

37	Kahraman Emmioğlu Gaziantep Mv	21.7.1998	20	Teşekkül Halinde Kaçakçılık (Adi)	RP	-	Muhalefet
38	Sema Pişkin-süt Aydın Mv	21.7.1998	20	Görevi Kötüye Kullanma TCK m. 240 (Adi)	DSP	Beraat	İktidar
39	Mustafa Kalemli Kütahya Mv	7.10.1998	20	-Görevi Kötüye Kullanma TCK m. 240 (Adi)	ANAP	Beraat	İktidar
40	Ömer Bilgin Isparta Mv	21.7.1998	20	-İhaleye Fesat Karıştırma -Zimmet -Görevi Kötüye Kullanma -Evrakta Sahtekarlık -Sahte Evrak Tanzimi (Adi)	DYP	-	Muhalefet
41	Murat Karayalçın Samsun Mv	21.7.1998	20	-Görevi Kötüye Kullanma, -2886 Sayılı Devlet İhale Kanununa Muhalefet, -Usulsüz Memur Alımı, -Müteahhitleri Zarara Uğratma, (Adi)	CHP	Beraat	Muhalefet
42	Mustafa Bayram Van Mv	21.7.1998	20 ve 21	-Kasten Adam Öldürme, -Müessir Fiil,- 2863 Say. Kültür Ve Tabiat Varlıkları Kan. Aykırılık (Tablo Kaçakçılığı) -Zorla Senet İmzalatmak, Silahlı Yaralama, (Adi)	ANAP Bağımsız	Kovuşturma Devam Etmektedir.	İktidar Bağımsız <sup>24</sup>

<sup>24</sup> (1) Tezkere ANAP'lı iken; (2)Tezkerede Bağımsız iken gelmiş, Milletvekilinin 20 ve 21. Dönemde 2 defa dokunulmazlığı kaldırılmıştır.

# HAKEM SÖZLEŞMESİ VE HAKEM YARGILAMASI

İnci BİÇKİN\*

## 1. Giriş

Tarafların aralarında çıkmış veya çıkabilecek bir anlaşmazlığın hallini bir veya birkaç kişiye bırakmalarına ve anlaşmazlığın onlar tarafından karara bağlanmasına tahkim<sup>1</sup> denilmekte olup, esas bakımından uyuşmazlığın tarafları arasında objektif tahkim ehliyetine uygun olarak uyuşmazlıkların hakem kararıyla sonuçlandırılması amacını taşıyan milli ve milletlerarası nitelikteki sözleşmeler tahkim sözleşmesidir.<sup>2</sup> Tahkim sözleşmesi ile hakem sözleşmesi arasındaki farkın açıkça ortaya konması ve kurumların birbirine karıştırılmaması<sup>3</sup> için hakem sözleşmesi ve hakemler hakkında bilgi verilmeye çalışılacaktır.

## A. Hakem Sözleşmesi

Tahkim sözleşmesi ile hakeme götürülen ihtilaf ile taraflar ile hakem veya hakemler arasında zımnî bir sözleşme meydana gelir. Meydana gelen bu sözleşmeye, hakem sözleşmesi denir.<sup>4</sup> Bu şekilde taraflar ile

---

\* Yargıtay Tetkik Hakimi.

<sup>1</sup> Kalpsüz, İnşaat Sözleşmeleri'nde Tahkimin Genel Esasları, s. 341.

<sup>2</sup> Taşkın, s. 8.

<sup>3</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 28.01.1994 tarihinde verdiği 4/1 nolu kararında: "Bilindiği üzere gerçek veya tüzel kişilerin kamu düzenine ilişkin olmayan ve fakat doğmuş veya doğacak olan hukuki uyuşmazlıkların çözümünü, hakem veya hakemlere bıraktıkları sözleşmeye hakem veya tahkim sözleşmesi adı verilir" şeklinde belirtilmiştir. Bu şekilde tahkim sözleşmesi ile hakem sözleşmesini aynı anlamda tanımlanması doğru değildir.

<sup>4</sup> Balcı, s. 146.

hakemler arasında bir özel hukuk ilişkisi doğar ve bu da bir vekalet akdine dayanır.<sup>5</sup>

Şu halde hakem sözleşmesini, tahkim sözleşmesinin taraflarıyla, hakem veya hakemler arasında yapılan, taraflar arasındaki hak ve yükümlülük gibi usule ve maddi hukuka ilişkin hukuki ilişkilerin, özel hukuk hükümleri ve usul hukuku hükümleri dikkate alınarak düzenlendiği bir sözleşme olarak tanımlamak mümkündür.<sup>6</sup> Bu sözleşmede, hakem yargılamasının esas ve usulleri belirlenir.<sup>7</sup>

Hakem sözleşmesinin iki aşamalı olduğu söylenebilir. Birinci aşamada, taraflar hakemin seçildiğine dair sözleşme yapar, ikinci aşamada ise hakemin hakemliği kabul ettiğine dair taraflarla sözleşme akdetmesi söz konusudur.<sup>8</sup>

Hakem sözleşmesinin akdi nitelikte bir sözleşme olduğu önceden kabul edilmemiş<sup>9</sup> olsa da hukuken bağlanma isteği ile taahhüt edilen edimin karşı taraf için taşıdığı önemin tespitinde, amaç ve edimin türü göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>10</sup>

Ayrıca tahkim prosedürü içerisinde, hukuki uyumsuzluğu karara bağlamaya yönelik hakem iradesi de dikkate alınarak bu akdi ilişki değerlendirilmelidir.<sup>11</sup>

Usulen hakem sözleşmesi, tahkim sözleşmesinde olduğu gibi yazılı bir şekle tabi tutulmamıştır. Hakemin kendisine verilen uyumsuzluğu tahkim yoluyla çözme faaliyetini kabul etmesi ile hakem sözleşmesi

<sup>5</sup> Bu konuda Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 15.06.1989 tarihli 1023/2481 nolu kararında da özetle; tahkime gidildiğinde uyumsuzluğun tarafları ile hakemler arasında oluşan hukuki ilişkide belirgin unsurun vekalet ilişkisi olduğu açıkça belirtilmiştir. Bkz., Balcı, s. 146.

<sup>6</sup> Taşkın, s. 8.

<sup>7</sup> Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 06.01.2003 tarih ve 2780/3307 nolu kararında; "Özel borç ilişkileri içinde taraf iradelerine dayanan tahkim sözleşmesinin her hangi bir akit tipine tabi olduğu yasalarımızda belirtilmemiş olduğundan, Borçlar Kanunu'nun 386/2 maddesi gereğince, kural olarak uyumsuzluğun tarafları ile hakemler arasında bir vekalet akdi oluştuğunun kabulü gerekir" denilmiştir (Yayımlanmamıştır).

<sup>8</sup> Dayınlarlı, *HUMK'ta Düzenlenen İç Tahkim*, s. 41; Balcı, s. 146; Taşkın, s. 39.

<sup>9</sup> Alman hukukunda doktrinde temsil edilen bir görüşe göre, hakemlerin görevi kabul zorunluluğunun olması nedeniyle bu ilişki akdi bir ilişki değildir denilmektedir. Bkz., Averdick, s. 16-18.

<sup>10</sup> Taşkın, s. 21.

<sup>11</sup> Schwarz, s. 8.

oluşmakta, bu haliyle de yazılı veya sözlü olarak hakem sözleşmesi kurulabilmektedir.<sup>12</sup>

Hakem sözleşmesi ile hakemler verecekleri hizmet karşılığında, sözleşme veya teamüle göre ücrete hak kazanmaktadır.<sup>13</sup>

## B. Hakemler

Hakem, hakem sözleşmesi ile iki taraf arasındaki uyuşmazlığı çözümlenmek üzere üzerine alan kişiye denilmektedir.<sup>14</sup>

Tamamen tarafların iradesi ile atanmış bulunması ve resmi sıfatının olmaması nedeniyle hakemler, hakimlerden farklıdır. Hakimler hakem olarak görev yapamazlar, sadece kendi resmi görevlerini yerine getirirler.<sup>15</sup>

Gerçek ve tüzel kişiler medeni haklarını kullanma ehliyetine sahip<sup>16</sup> olmaları kaydıyla hakem olarak tayin edilebilirler.<sup>17</sup> Uyuşmazlığın tarafları tahkim yoluyla bir uyuşmazlığın çözümünü kararlaştırmışlarsa, bu konuda ayrıca hakem olarak görev yapamazlar.

Şu halde en genel ifade ile tahkim sözleşmesinin tarafları ve hakimler, hakem olarak görev yapamazlar.

Taraflarca hakem, tahkim sözleşmesinde ismen belirlenebilir. Bu durumda sözleşmede belirlenen kişilerden birinin hakemlik yapmaması halinde, tahkim sözleşmesi de geçersiz olacaktır.<sup>18</sup> Yine hakemlerin

<sup>12</sup> Balcı, s. 147.

<sup>13</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.12.1969 tarih ve 110/866 nolu kararında hakemle taraflar arasındaki ilişkiyi vekalet akdi olarak değerlendirip, hakemlerin verecekleri hizmet karşılığında ücrete hak kazanacakları belirtilmiştir. Bkz., Üstündağ, s. 947.

<sup>14</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 924.

<sup>15</sup> Hakimlerin hakem olamayacağı kuralının gerekçesi, hakimin hakem olarak faaliyeti karşılığında alacağı ücret nedeniyle tarafsızlıktan uzaklaşması ihtimalini taşıması nedeniyle hakemlik, hakimlik görevinin mahiyetiyle bağdaşmaz. Bu konuda bkz., Postacıoğlu, s. 65 ; Çenberci, s. 124.

<sup>16</sup> Gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de hak ehliyeti olduğundan, hak iktisap etmeye ve borçları üstlenmeye ehil olmakla birlikte, yaş, cins, hısımlık gibi biyolojik varlığı ve yaradılış gereği tanınan haklardan yalnızca gerçek kişiler yararlanır. Bkz., Özsunay, s. 61; Zevkliler, s. 190.

<sup>17</sup> Taşkın, s. 55.

<sup>18</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 925.

tarafarca tayin edileceği kararlaştırılabilir. Böyle bir durumda genelde her bir taraf kendisine bir hakem tayin eder ve diğer tarafa da hakemini tayin etmesi için süre verebilir. Buna taraflı tahkim, hakemlere de taraf hakemi denilebilir.<sup>19</sup>

Hakemlerin tayininde, bir başka yolda, tahkim sözleşmesi ile hakemlerin seçiminin üçüncü bir kişiye bırakılmasıdır. Bu üçüncü kişinin hakem seçiminden kaçınması veya ölmesi halinde tahkim sözleşmesi hükümsüz kalır.<sup>20</sup>

Bazı hallerde tahkim sözleşmesinde, hakemin seçimi konusunda herhangi bir açık hüküm bulunmayabilir. Böyle bir durumda, hakemler davaya bakmaya yetkili ve görevli mahkeme tarafından seçilir.<sup>21</sup> Eğer hakem sayısı konusunda da sözleşmede bir açıklık getirilmemişse, mahkeme tarafından üç hakem seçilir.<sup>22</sup> HUMK'un 520. maddesine göre, tahkim sözleşmesinde aksine hüküm olmadığı takdirde, tahkime konu uyuşmazlığı çözmek üzere mahkemece hakemler üç kişi olmak üzere tayin edilir. İki taraftan biri hakem seçmeye davet edildiğinin kendisine tebliğinden sonra yedi gün içinde kendi hakemini seçip bildirmelidir, bildirmez ise onun hakemini de hakim tayin eder.

Hakemler gördükleri hizmet karşılığında bir ücret alırlar. Hakemler kendi ücretlerini kendileri belirleyemezler, taraflar hakem ücretini kararlaştırmış olabilir.<sup>23</sup> Taraflarca hakem ücretinin kararlaştırılmaması halinde, hakemler davayı karara bağladıktan sonra, görevli ve yetkili genel mahkemeye dava açarak, mahkeme tarafından tayin edilmesini isteyebilirler.<sup>24</sup>

Mahkemece hakemlerin yaptıkları işin niteliğine, davanın değerine, hakemin emeği ile olayların olağan yürüyüşüne gere hakem ücretini

<sup>19</sup> Balcı, s. 135.

<sup>20</sup> Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İstanbul 1991, s. 4038.

<sup>21</sup> Bu konuda Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 24.04.2003 gün ve 2003/1688-4438 nolu kararında; "...sözleşme uyarınca, taraf hakemlerinin üçüncü hakemi seçememeleri üzerine, üçüncü hakemin seçimi için mahkemeye başvurulmuş ve mahkemece, ayrı ayrı birer hakem seçilmiş olmasında usul ve yasaya aykırılık yoktur." denilmiştir (Yayımlanmamıştır).

<sup>22</sup> Bkz., 1086 sayılı *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*, madde 521, 522, 523.

<sup>23</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 926.

<sup>24</sup> Balcı, s. 147.

takdir eder.<sup>25</sup>

Hakimlerin reddi ve çekilmesine ilişkin sebepler, hakemler hakkında da uygulanır. Hakemlerin yaptıkları görev nedeniyle hakimler gibi tarafsız olmaları gerekmektedir. Bu tarafsızlığın sağlanması ve taraflı davranılacağı şüphesinin bertaraf edilmesi bu müesseselerin işletilmesi ile mümkündür.<sup>26</sup> HUMK.'un 521. maddesine göre, Hakemler usul kanunda belirtilen hakemlerin reddi sebeplerine dayanılarak ret olunabilir. Ret talebi ret sebeplerinin öğrenildiği tarihten itibaren beş gün içinde ileri sürülür. Ret talebi üzerine davaya bakmaya yetkili hakim, ret olunan hakemin ve iki tarafın iddia ve savunmalarını aldıktan sonra karar verir.

HUMK.'un 522. maddesine göre, hakemler tahkim müddeti zarfında iki tarafın rızası olmadıkça azledilemezler. Hakemlerden biri ret veya istifa sebebiyle ayrılırsa, yerine bir başka hakemi yine hakim tayin eder. Bu halde tahkim müddeti hakim tarafından uzatılabilir.

### C. Hakem Yargılaması

Hakemde açılacak davanın şekli konusunda tarafların iradeleri asıldır. Bu nedenle dava yazılı veya sözlü açılabilir.<sup>27</sup> Bu konu doktrin ve içtihatlarda farklı görüşlere yer verilmesi nedeniyle tartışmalıdır.<sup>28</sup> Kanaatimizce ihtiyari bir yol olan tahkim davasının da, yazılı ve sözlü açılabilmesi mümkün olmalıdır.

Hakemlerde görülecek olan dava, asliye hukuk mahkemelerinde

<sup>25</sup> Yabancı ülkelerde hakem ücretinin belirlenmesinde değişik kıstaslar dikkate alınır. Örneğin Alman Barosu'nda, Hakem Ücretleri Hakkında Anlaşmaya göre, hakem ücretleri tayin edilebilir. Bkz., Schütze/Tscherning/wais, s. 139.

<sup>26</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 926.

<sup>27</sup> Balcı, s. 187.

<sup>28</sup> Barıkan, hakemde açılan davanın mutlaka yazılı olarak açılması gerektiği görüşünde olup, tahkim namenin esas olduğunu, sarahat yoksa, yazıyla veya şifahen dava açılabilceğini, şifahi olduğu taktirde hakemlerin zabıt tutup, taraflara imzalatması gerektiğini belirtmiştir. Erkuyumcu ise, tarafların iddia ve savunmalarını yazılı birer dilekçe ile hakemlere bildirmeleri gerektiğini, aksi takdirde hakemlerin tarafların her birinin iddiaları hakkında ayrı ayrı karar verme imkanının güçleşeceğini söylemiştir. Bkz., Barıkan, s. 7 ; Erkuyumcu, s. 572.



olduğu gibi iki nüsha dilekçe ile açılır.<sup>29</sup> Dava hakemler tamamen belli olup, hakem kurulu oluşturulduktan sonra açılır. Bununla birlikte Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu daha önceki bir tarihi dava açılma tarihi olarak kabul etmektedir.<sup>30</sup> Hakem kurulunun oluşturulması bazen uzun bir süreci gerektirebileceğinden böyle bir düzenlemeye gidilmiştir.

Pek tabi hakemde dava açılabilmesi için, öncelikle yazılı bir tahkim anlaşmasının bulunması ve dava konusu ihtilafın tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri bir hakka ilişkin olması öncelikli şartlardandır.<sup>31</sup>

Hakemler de aynı genel mahkemelerde olduğu gibi taraflardan birinin talebi olmaksızın, bir davayı tetkik edemez ve sonuçlandıramaz. Bu nedenle mutlaka tarafların talebi üzerine hakemde dava açılır.

Hakemlerde dava açılması ile genel mahkemelerde dava açıldığı zaman meydana gelen bazı sonuçlar hakemlerde de meydana gelir.<sup>32</sup> Örneğin hakemlerde de dava açılması ile Borçlar Kanunu'nun 133/2. maddesinde öngörülen düzenleme gereği zamanaşımı kesilir. Yine derdestlik hali meydana gelir, davacı davalının rızası olmadıkça Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu gereğince davasını geri alamaz. Ancak eğer taraflar yaptıkları tahkim sözleşmesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda belirtilen usul kuralları ile bağlı olmadıklarını kararlaştırmışlarsa, davacı davalının rızası olmadan davasını dahi değiştirebilir.

Davaya bakacak olan hakemler belirlenip kesinleştikten sonra, hakemler toplanır ve aralarında başkan ve sekreter seçerler. İlk toplantıda tahkim sözleşmesinde ayrı bir düzenleme öngörülmemişse, yapacakları yargılamanın yöntem ve usulünü belirlerler.<sup>33</sup>

Bu hazırlıkların ardından hakemler tahkikat aşamasına geçerler ve iddialara göre delilleri toplamaya başlarlar. Duruşma yapmak zorunda olmamakla birlikte sözleşmede aksine bir hüküm yoksa uyuşmazlık konusunda yeterli kanaate sahip olurlarsa karar verebilirler. Hakemler bu çalışmalarını yaparken birden fazla olmaları halinde kurul olarak

<sup>29</sup> Bkz., 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, madde 523.

<sup>30</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 927.

<sup>31</sup> Yeğengil, s. 287.

<sup>32</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 927.

<sup>33</sup> Balcı, s. 201.

çalışıp, müzakere yaparak karar alırlar.<sup>34</sup> Hakemlerin aldıkları kararları tutanağa geçirmeleri ve imzalamaları gerekir.

Hakemler duruşma yapmaya karar verirlerse, bunu taraflara tebliğ ederler ve tarafları duruşmaya davet ederler.<sup>35</sup> Taraflardan birisi mazeretsiz katılmazsa duruşma gıyabında yapılarak bitirilir. Eğer her iki tarafta duruşmaya gelmezse, hakemler incelemelerini dosya üzerinden yürütür ve bir karar verir.<sup>36</sup> Bu nedenle hakemlerin yapmış olduğu yargılama duruşmalı bile olsa HUMK'un 409. maddesinin bu yargılamada işletilmesi mümkün değildir.

Hakem yargılamasında gizlilik esas olup, tarafların tahkime gitmelerinin nedenlerinden biri de, ihtilaf konusunun üçüncü kişilerce bilmesini istememeleridir.<sup>37</sup> Bu nedenle tahkim yargılaması üçüncü kişilere kapalı olarak yapılır.

Tahkim sözleşmesinde veya daha sonra yapılan bir sözleşme ile hakemlerin tahkim yargılaması sırasında uygulayacakları usul taraflarca belirlenmemiş ise, hakemler uygulayacakları yargılama usulünü kendileri belirler. Ya Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre hareket ederler ya da başka bir yargılama usulünü uygulamaya karar verirler. Ancak her halükarda hakemler, bir yargılama usulünde bulunması zorunlu olan yargılama ilkelerine uymak zorundadırlar.

Bu ilkeleri tarafların savunma hakları ve taraflar arası eşitlik prensibi olarak belirlemek mümkündür.<sup>38</sup> Hakemlerin taraflardan birini dinlememeleri, tarafların savunma hakkının ihlali sayılır. Taraflara savunma hakkı tanınmasına rağmen, savunma hakkının<sup>39</sup> sözlü veya yazılı verilmesinin bir önemi yoktur.

Savunma hakkının her iki tarafa verilmemesi aynı zamanda, yargılama usulünde genel ilke olan taraflara eşitlik ilkesine de aykırıdır. Bu şekilde hakemlerin yargılama sırasında ihlal etmemesi gereken diğer, genel usul ilkesi taraflar arası eşitlik ilkesidir. Hakemler, her iki tarafa eşit muamele yapmak zorundadır.

---

<sup>34</sup> Alangoya, s. 629.

<sup>35</sup> Balcı, s. 201.

<sup>36</sup> Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İstanbul 1991, s. 4059.

<sup>37</sup> Balcı, s. 201.

<sup>38</sup> Balcı, s. 173.

<sup>39</sup> Yeğengil, s. 401.

Taraflar tahkim sözleşmesi veya tahkim şartında yargılama usulünün esas ve ilkelerini belirlemişler ise hakemler bunlara uygun yargılama yapmalı,<sup>40</sup> bunların belirlenmemiş olması halinde ise, eşitlik ve savunma hakkı gibi genel usul hükümlerini içeren bir yargılama usulü benimseyerek uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaya çalışmalıdır.

Hakemlerin yaptıkları yargılama sırasında, usul kanununda öngörülen ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve geçici tedbirlere ilişkin kurallar uygulanmaz. Delil tespitine ilişkin hükümler tahkim yargılaması için söz konusu değildir. Zira tahkim yargılaması için belli bir uyuşmazlığın mevcudiyeti esastır. Delil tespiti, henüz uyuşmazlık ortaya çıkmamışken de yapılabileceğinden, hakemlerin böyle bir görevi yoktur.

Mahkemelerde aleniliğin sağlanması, inzibatı ve inzibatın sağlanması açısından hakimlerin ceza verme yetkisi, hakemlere tanınmamıştır. Yapacakları yargılama sırasında hakemler, duruşmanın inzibatını kendi inisiyatif ve imkanlarına göre sağlarlar.

Hakemlerin yapacakları yargılamada adli tatil söz konusu değildir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 531. maddesine göre, hakem kararları çoğunlukla alındığı takdirde geçerlidir. Tahkim davasında tüm hakemlerin bulunması bu nedenlerle gerekli ve önemlidir.

#### D. Hakem Kararları

Hakemler yaptıkları yargılama sonucunda, uyuşmazlık konusunda bir karara varırlar. Uyuşmazlığı çözmeye çalışırken, maddi hukuk kurallarına uymakla yükümlü olmayan hakemler, tahkim sözleşmesinde böyle bir hüküm getirilmesi halinde bu kurala uyarlar.<sup>41</sup>

Her ne kadar usul hükümleri ile bağlı değilse de, genel usul kuralları ile adalet ve nasfet kurallarına uymak zorunda olan hakemler, iki tarafın iddiaları hakkında karar vermek zorundadır.<sup>42</sup> Ancak taraflar tarafından talep edilmemiş bir konuda hakemlerin karar verme yetkisi

<sup>40</sup> Taşkın, s. 145.

<sup>41</sup> Bu konuda Yargıtay'ca verilen 28.01.1994 tarih ve 4/1 sayılı İBK vardır. Bkz., 13.04.1994 tarih ve 21904 sayılı *Resmî Gazete*, s. 5-20.

<sup>42</sup> Buna aksi davranış hakem kararlarının bozulmasına neden olur. Bkz., 1086 sayılı *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*, madde 533.

yoktur. Bu nedenle tahkim sözleşmesi ile kendilerine verilen yetkinin dışına çıkamazlar. Hakemlerin bu konudaki aksi davranışları, kararlarının bozulmasına neden olur.

Hakemler yaptıkları tahkikat sırasında tanık dinleme, bilirkişi incelemesi yaptırma gibi bazı kararları alabilirler. Bu kararlar, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmeyen ve fakat davanın aydınlatılmasına yardımcı olan ara karar niteliğindeki kararlardır.<sup>43</sup> Normalde hakemlerin nihai kararları da tek başına cebri icra gücüne sahip olmadığı için, yargılama sırasında hakemlerce alınan ara kararların da icra gücü yoktur.<sup>44</sup> Bununla birlikte tanıklıktan kaçanların dinlenmesi için hakemler, sulh hukuk hakimine başvurabilirler.<sup>45</sup>

Hakem kararlarının ne şekilde olması gerektiği Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 530. maddesinde gösterilmiştir. Hakemlerin kararında bulunması gereken hususlar bu maddeye göre şunlardır:

- Uyuşmazlığın neden ibaret olduğu,
- Gerekçe,
- Davanın esas ve yargılama giderleri hakkındaki karar ile yargılama giderlerinin miktarıdır.

Karar yazıldıktan sonra hakemlerce imza edilerek, tahkim sözleşmesi de karara eklenmek<sup>46</sup> suretiyle yetkili ve görevli mahkeme kalemine verilir.<sup>47</sup> Hakemler uyuşmazlık hakkında karar verdikten sonra bir daha onu değiştiremezler.

Tahkim yargılaması sonunda hakemler, uyuşmazlık hakkında oy çokluğu ile karar verebilirler. Karara muhalif kalan hakemin onu imza etmemesi kararın geçerliliğini etkilemez.<sup>48</sup> Ancak hakemlerin tümünün karar müzakeresine katılması şarttır.

Hakemler usulen imzaladıkları kararlarını mahkeme kalemine

<sup>43</sup> Balcı, s. 212.

<sup>44</sup> Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İstanbul 1991, s. 4076.

<sup>45</sup> Ertekin/Karataş, s. 259.

<sup>46</sup> 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre, tahkim sözleşmesinin hakem kararına eklenmesi, kararın kapsamından sayılmaz, ayrıca sonradan da ikmal edilebilir.

<sup>47</sup> Balcı, s. 213.

<sup>48</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 930.

verdikten sonra, evrak mahkeme kalemince arşivde saklanır ve isteyen tarafa sureti verilir.<sup>49</sup> Hakem kararının tevdi edileceği mahkeme, tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı olmasa idi uyuşmazlığa bakacak olan mahkemedir.<sup>50</sup> Yetkili mahkeme konusunda açık bir usul hükmü olmamakla birlikte, hakemlerin bulunduğu yer mahkemesi yetkili mahkeme sayılmaktadır.<sup>51</sup>

Hakem kararı kendisine verilen mahkeme kararı her iki tarafa yazılı olarak tebliğ eder. Karar her iki taraf için ancak bu tarihte mevcut sayılır.

Hakem kararlarına karşı temyiz süresi, kararın her iki tarafa tebliğ edildiği tarihten itibaren başlar ve zaman aşımı ise kararın verildiği tarihten itibaren işlemeye başlar, karar tarihi ile tebliğ tarihi arasında on yıl geçmekle hakem kararı zaman aşımına uğrar.<sup>52</sup>

Hakem kararları ancak kesinleştikten sonra icra edilebilir. Kesinleşen hakem kararı, madde anlamında kesin hüküm teşkil eder.<sup>53</sup>

Aynı taraflar arasında, aynı konuda daha sonra açılacak olacak yeni bir davada önceki verilen hakem kararı kesin delil teşkil eder.<sup>54</sup>

## Ş2. Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları

### A. Temyiz

Hakem kararlarına karşı taraflar temyiz kanun yoluna başvurabilir.<sup>55</sup> Taraflar hakem kararının verilmesinden önceki bir dönemde, temyiz hakkından feragat edemezler. Bununla birlikte hakem kararı verildikten

<sup>49</sup> Bkz., 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, madde 532.

<sup>50</sup> Balcı, s. 216.

<sup>51</sup> Uyuşmazlığın tarafları ve hakemler ayrı şehirlerde bulunabilir veya tahkim sözleşmesi ile tayin edilen hakemler ayrı şehirlerde bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesine konu uyuşmazlık hakkında yargılamanın yapıldığı yer mahkemesi yetkili mahkemedir. Bkz., Yeğengil, s. 321.

<sup>52</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 931.

<sup>53</sup> Yargıtay'ın 23.10.1972 gün ve 2/12 sayılı içtihadı birleştirme kararında da açıkça belirtildiği üzere, hakem kararı ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 237. maddesi anlamında maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği zaman icra edilebilir. Bkz., 18.12.1972 gün ve sayı 14395.

<sup>54</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 931.

<sup>55</sup> Bkz., 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, madde 533.

sonra, taraflar karara karşı temyiz yoluna başvurmayacaklarını söyleyerek, temyiz haklarından feragat edebilirler.<sup>56</sup>

Hakem kararlarının temyizi halinde inceleme mercii Yargıtay'dır. Hakem tayin edilmese idi o uyuşmazlığa hangi mahkeme bakacak idiyse, o mahkemenin kararını inceleyecek olan ilgili Yargıtay dairesi hakem kararının temyiz incelemesini yapacaktır.<sup>57</sup>

Hakem kararları ile ilgili olarak 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda

Değişiklik yapılmasına ilişkin kanununun 16. maddesi gereğince, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427. maddesine göre, hakem kararlarına karşı temyiz süresi, kararın tebliğinden itibaren on beş gündür. Bu kanundan sonra yürürlüğe giren 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un hükümlerinde de hakem kararlarının istinaf mahkemelerinde görüleceğine dair herhangi bir hüküm getirilmemiştir. Bu nedenlerle, yeni değişiklikler ile birlikte bir değerlendirme yapıldığında, bölge adliye mahkemelerinin kurulması ile birlikte gündeme gelen istinaf kanun yolunun mevcudiyetine rağmen, kanaatimizce hakem kararlarına karşı temyiz kanun yolunun açıktır. Bu şekilde hakemlerin verdiği kararlar, değerine bakılmaksızın temyize tabidir.<sup>58</sup>

Hakem kararlarının temyiz nedenleri Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533. maddesinde sayılmıştır.<sup>59</sup> Bu nedenlerden birine aykırılık halinde, Yargıtay'ca karar bozulacaktır. Buna göre;

- Tahkim süresi bittikten sonra karar verilmesi,

<sup>56</sup> Ertekin/Karataş, s. 280.

<sup>57</sup> Bkz., 797 sayılı Yargıtay Kanunu, madde 14.

<sup>58</sup> Bkz., 29.09.2004 gün ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, 07.10.2004 gün ve 25606 sayılı *Resmî Gazete*; 26.09.2004 tarih ve 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun.

<sup>59</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 04.04.2002 tarih ve 2002/1178-2529 nolu kararında; "HUMK.'un 533. maddesinde öngörüldüğü şekliyle, hakem kararları; tahkim müddetinin bitiminden sonra karar verilmesi, talep edilmeyen bir şey hakkında karar verilmiş olması, hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan bir mesele hakkında karar vermeleri ve hakemlerin iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemiş olmaları sebeplerinden birine dayanılarak temyiz edilebilir." denilmiştir (Yayımlanmamıştır).

- Taraflarca talep edilmemiş bir konu hakkında karar verilmesi,
- Hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan bir konu hakkında karar vermeleri,
- Hakemlerin iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemiş olmaları, hallerinde ancak hakem kararları bozulabilir.<sup>60</sup> Bu sebepler dışındaki haller, hakem kararlarının bozulmasına neden olmaz.<sup>61</sup>

Ancak hakemlerin yargılama sırasında uymaları gereken genel usul kurallarına aykırı davranışları hali, uygulamada bozma nedeni olarak sayılmaktadır. Örneğin, davalıya tebligat yapılarak onun savunmasının alınmaması, kamu düzeni ile ilgili olan usul kurallarına hakemlerin uymamış olmaları, hakem kararlarının adalet ve nasfete aykırı olması, hakemlerin kararlarında kendilerine ücret takdir etmeleri gibi nedenler, hakem kararlarında usul kanunda sayılanlar dışında bozma nedeni olarak görülmekte ve hakem kararları bu nedenlere dayanılarak bozulmaktadır.<sup>62</sup>

Uyuşmazlığın tarafları yaptıkları tahkim sözleşmesine veya tahkim şartına, uyuşmazlığın maddi hukuk kurallarına göre çözümlenmesi gerektiğini öngörmesine rağmen, hakemlerin bu kurala uymamaları halinde de hakem kararının bozulabileceğine dair Yargıtay'ın bir içtihadı birleştirme kararı vardır.<sup>63</sup>

Hakemlerin tahkim sözleşmesinde tespit edilen usul kurallarına aykırı yargılama yapmaları, bizzat kendi tespit ettikleri usul kurallarına aykırı davranışları, tahkim sözleşmesinde hakemlerin kanun çerçevesinde karar verecekleri belirtilmiş olmalarına rağmen hakem kararlarının kanuna uygun bulunmaması temyiz nedeni olarak belirlenmemiştir.

Kanaatimizce, tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı ile getirilen

<sup>60</sup> Alangoya, s. 208.

<sup>61</sup> Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 19.02.2003 tarih ve 2003/4148-5690 nolu kararında; "Her ne kadar hakem mahkemesinin verdiği kararlar kesin ise de, hakemin görevi dışında ve yetki aşımı suretiyle verdiği kararlar temyiz edilebilir." denilmiştir (Yayımlanmamıştır).

<sup>62</sup> Kuru/Aslan/Yılmaz, s. 933.

<sup>63</sup> Bkz., 28.01.1994 tarih ve 4/1 nolu İBK, 13.04.1994 tarih ve 21904 sayılı Resmi Gazete, s. 5-20.

usul kurallarına hakemlerin uymalarını zorunlu kılmak için buna aykırı davranmaları halinde verecekleri kararların bozulabilmesi gerekir. Zira tarafların iradeleri ile belirledikleri konularla bağlı olan hakemlerin, taraflarca belirlenen yargılama usulüne ilişkin kurallar ile de bağlı olmaları gerekir.

Yargıtay'da yapılan temyiz incelemesi sırasında kamu düzenine ilişkin olmayan hususlarda tarafların temyiz dilekçesinde ve lahikalarında belirtmiş olduğu temyiz nedenlerine bağlı kalınarak bir inceleme yapılır.<sup>64</sup>

Kamu düzenini ilgilendiren konularda ise, Yargıtay resen karar verebilir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 439/2. maddesi gereğince yasanın maddesine açık olarak aykırılık gördüğü durumlarda temyiz nedenleri ile bağlı olmayan Yargıtay, hakem kararlarının temyiz incelemesi sırasında, kamu düzeni haricindeki yasa hükmüne aykırılıkları bozma nedeni yapamaz.<sup>65</sup>

Ancak kamu düzenine aykırılık hallerine ilişkin bozma nedenleri tahkim sözleşmesinin tarafları tarafından açıkça ileri sürülmemiş olsa dahi, Yargıtay incelemesi sırasında bunu tespit ederse hakem kararını bozar.<sup>66</sup>

Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonucunda vereceği onama ve bozma kararı kesindir. Yargıtay gerekli görürse, hakem kararını düzelterek veya değiştirerek de onayabilir.<sup>67</sup>

Hakem kararı tahkim süresi bittikten sonra verilmiş ise, bu nedene dayanılarak bozulması halinde tahkime konu uyuşmazlık ile ilgili olarak artık yetkili ve görevli genel mahkemelerde yargılama yapılır.<sup>68</sup>

Genel mahkemelerin kararlarında olduğu gibi, Yargıtay'ın temyiz incelemesinin dışında kalan konular lehine karar verilmiş taraf için usulü müktesep hak teşkil eder.<sup>69</sup>

Bozma kararından sonra yeni seçilecek olan hakem kurulu, kaza-

<sup>64</sup> Balcı, s. 224.

<sup>65</sup> Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İstanbul 1991, s. 4098.

<sup>66</sup> Ertekin/Karataş, s. 288; Üstündağ, s. 799.

<sup>67</sup> Kuru/Aslan/Yılmaz, s. 935.

<sup>68</sup> Bkz., 1086 sayılı *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*, madde 529, 533.

<sup>69</sup> Kuru/Aslan/Yılmaz, s. 935



nılmış hak teşkil eden konular ile ilgili yargılama yapmayıp, yalnız bozma sebepleri çerçevesinde inceleme yapıp karar verir.<sup>70</sup>

Hakem kararlarına karşı temyiz süresi asliye mahkemelerinin kararlarına karşı olduğu gibi, on beş gündür.<sup>71</sup>

## B. Karar Düzeltme

1711 sayılı kanundan önce hakem kararları hakkında Yargıtay'ca verilen kararlara karşı karar düzeltme yolu açık iken, 1711 sayılı kanun ile hakemlerin verdiği kararların onanması veya bozulmasına dair Yargıtay'ca verilen kararlara karşı karar düzeltme yolu kapatılmıştır.<sup>72</sup>

## C. Yargılamanın İadesi

Kesinleşen mahkeme kararlarına karşı gidilen bir yol olan, yargılamanın yenilenmesi kanun yolu olağan üstü bir kanun yoludur. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 445-455. maddeleri arasında düzenlenen yargılamanın yenilenmesine ilişkin sebepler, 534. maddenin yollamasıyla kesinleşmiş hakem kararları için de geçerlidir.<sup>73</sup>

Yargılamanın iadesini kural olarak taraflar yapar. Davada taraf olmayan veya taraf olanların kanuni veya akdi halefi durumunda bu-

<sup>70</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 25.01.2006 tarih ve 2005/15-728, 2006/1 nolu kararında; "Zira, bozmadan sonra, hakem heyetinin kazai yetkisi bu kez de, bozmanın kapsamı içinde kalarak, sadece bozulan kısım ile ilgili hususta inceleme yapıp, işaret edilen ilke ve varılan sonuca uygun karar vermekle sınırlıdır. Taraflarca aynı hakemlerin seçilmiş olması, bu sınırlı kazai yetkiyi genişletmeyeceği gibi, yasalarca tanınmayan "direnme kararı verme" olanağını getirmemektedir.

Daha açık ifadeyle, hakemlerin Yargıtay'ın bozma kararına karşı direnme hakları ve yetkileri bulunmamaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi uyarınca direnme, "mahkemelere" özgü bir hukuksal kurumdur. "Hakemlik" ise, aynı yasanın sekizinci babında belirlenmiş ayrı bir kuruluştur. Bu bap, direnme kurumuna yollama yapmamıştır. O nedenle 23.10.1972 gün, 1972/2 Esas- 1972/12 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararının gerekçesinde de açıklandığı üzere hakemler, direnme kararı veremezler." demiştir. (Yayımlanmamıştır).

<sup>71</sup> Yeni düzenleme getiren 5236 sayılı kanunda da açıkça on beş gün olarak bildirilmiştir.

<sup>72</sup> Kuru/Aslan/Yılmaz, s. 936.

<sup>73</sup> Yeğengil, s. 347; Dayınlarlı, HUMK'ta Düzenlenen İç Tahkim, s. 135; Balcı, s. 237.

lunmayan kimseler, yargılamanın iadesi talebinde bulunamazlar.<sup>74</sup>

Yargılamanın iadesi talebi, yargılamanın iadesi istenen kararı vermiş olan hakemler tarafından incelenir.

Yargılamanın iadesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda sayılan hususların öğrenildiği tarihten itibaren üç ay alacaklı veya aleyhine hüküm verilen yerine geçebilecek olanların hükümden haberdar oldukları günden itibaren bir aydır.<sup>75</sup>

Yargılamanın iadesi talebi yerinde görülürse dava açılır ve yeniden yargılama yapılır. Talebin yerinde görülmesi halinde eski hüküm geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılır. Yargılama sırasında taraflar eski iddia ve savunmaları ile bağlı olup, bunları genişletemezler.<sup>76</sup>

Tarafların Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 535. maddesine göre, hakem kararının verilmesinden önceki bir dönem içerisinde yargılamanın iadesini isteme hakkından feragat etmeleri mümkün değildir, bu konuda yaptıkları sözleşmede hükümsüzdür.

#### D. Hakem Kararlarının Tavzihi

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 455 ve 459. maddeleri arasında düzenlenen hükümlere göre, genel mahkemelerden verilen kararların tavzih edilmesi gibi, hakem kararlarının da tavzihi mümkündür. Tavzih, kararı veren hakemlerden istenebilir.<sup>77</sup>

Tahkim süresi içerisinde istenebilecek olan tavzih, tahkim süresi geçtikten sonra istenemez.<sup>78</sup>

Tahkim süresi geçtikten sonra, hakem kararının tevdi edildiği mahkeme, hakemleri de dinleyerek, hakem kararlarını tavzih edebilir.<sup>79</sup>

<sup>74</sup> Bu kuralın istisnası, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 446. maddesidir. Bu maddeye göre, alacaklılar veya mirasçılar, borçluların veya murislerinin aleyhine sadır hükümler hakkında, şayet bu hükümler kendilerine karşı davanın tarafları arasında ittifak edilerek yapılmış bir hile sonucu elde edilmiş ise yargılamanın iadesini isteyebilirler.

<sup>75</sup> Bkz., 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, madde 447.

<sup>76</sup> Balcı, s. 239.

<sup>77</sup> Kuru/Aslan/Yılmaz, s. 936.

<sup>78</sup> Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İstanbul 1991, s. 4103.

<sup>79</sup> Kuru/Aslan/Yılmaz, s. 936.

### 3. Hakem Kararlarının İcrası

Hakem kararlarının icra edilebilmesi için kesinleşmesi şarttır. Bu itibarla hakem kararları, ya tarafların hakem kararını temyiz etmemesi nedeniyle ya da tarafların temyiz talebinin reddi veya onanması ile kesinleşir.<sup>80</sup>

Hakem kararları Yargıtay tarafından onanarak kesinleştiğinde, kararın altına veya arkasına kesinleşme şerhi konulmak suretiyle karar icraya konulabilir.<sup>81</sup>

Hakem kararının mahkemece taraflara tebliğ edilmesinden sonra, tarafların temyiz etmemesi üzerine hakem kararı kesinleşirse, kesinleşme şerhi ile birlikte mahkeme tarafından tasdik edilir. Bunun üzerine icraya konulabilir.<sup>82</sup> Zira hakem kararı yazılıp taraflara tebliğ edilmek ve süresinde temyiz edilmemek suretiyle icra gücü kazanmaz.<sup>83</sup> Mutlaka kesinleşme şerhi ile birlikte hakem kararının tasdik edilmesi gerekir ki, icraya konulabilsin.

Hakem kararının tasdiki, sadece temyiz süresinin geçmesi nedeniyle hakem kararının kesinleştiğini tespit eden bir işlem olmayıp, hakem kararının kamu düzenine uygun, usule ve şekle uygun olduğunu belirleyen kazai bir karar ve işlemdir.<sup>84</sup> Bu nedenle, hakem kararının tasdikine ilişkin kararlara karşı, kamu düzenine, usule ve şekle aykırı olduğu gerekçesi ile temyize gidilebilir.<sup>85</sup>

Süresinde temyiz edilen hakem kararı eğer Yargıtay'ca onanırsa, bu durumda ayrıca hakim tarafından incelenip, tasdiki gerekmez.<sup>86</sup>

Hakem kararlarının infaz edilebilir olduğuna dair mahkeme tarafından verilen şerhlerden, hakem kararının mahiyetine göre karar ve ilam harcı alınır.<sup>87</sup>

<sup>80</sup> Balcı, s. 240.

<sup>81</sup> Bkz., 2004 sayılı *İcra ve İflas Kanunu*, madde 24.

<sup>82</sup> Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İstanbul 1991, s. 4105.

<sup>83</sup> Ertekin/Karataş, s. 342 ; Bkz., 1086 sayılı *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*, madde 536.

<sup>84</sup> Kuru/Aslan/Yılmaz, s. 937.

<sup>85</sup> Kuru/Aslan/Yılmaz, s. 937.

<sup>86</sup> Ertekin/Karataş, s. 342.

<sup>87</sup> Bkz., 492 sayılı *Harçlar Kanunu*, madde 3 ; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İstanbul 1991, s. 4107.

Bu şekilde genel mahkemelerden verilen kararlar için öngörülen kesin hüküm şartları, hakem kararları içinde geçerlidir. Yani kesinleşen hakem kararları taraflar için bağlayıcıdır.<sup>88</sup>

Tasdik edilen veya Yargıtay'ca onanan hakem kararları, icra edilebilme yetkisi kazanır ve bu hakem kararları hakkında İİK'in hükümlerine göre ilamlı takip dahi yapılabilir.<sup>89</sup>

### Sonuç

Tahkim yargılamasını yapacak olan hakemler, tahkim sözleşmesinde veya şartında ismen belirlenebilecekleri gibi, taraflarca seçilebilir veya mahkemece tayin edilebilir. Tahkim yargılamasına konu uyuşmazlık hakkında yargılama yapılırken, hakemler sözleşmede kararlaştırılan usul kurallarına veya usul kanunumuzda belirlenen kurallara uyabilirler. Hatta bunlardan hiçbirine bağlı kalmadan, kendilerinin belirlediği usul kurallarına göre yargılamayı yapıp, uyuşmazlığı bir çözüme kavuştururlar. Bu yargılama sırasında tanık, bilirkişi dinleyebilecekleri gibi, isticvap, istinabe, keşif gibi delil elde etme yöntemlerine de başvurabilirler. Tüm bu yargılama faaliyetleri sonucunda hakemler verdikleri kararı ilgili yetkili ve görevli mahkemeye tevdi ederler. Bu mahkeme, uyuşmazlık hakemde görülmeseydi hangi genel mahkeme o uyuşmazlığa bakacaksa, o mahkeme hakem kararını tevdi alır. Taraflara tebliğ edilen hakem kararı, temyiz tabidir. Tarafların temyiz etmesi veya etmemesi durumuna göre hakem kararlarının kesinleşmesi beklenir. Ya taraflar temyiz etmez, hakem kararı temyiz süresinin geçmesiyle birlikte kesinleşir ya da temyiz edilir, Yargıtay'ca onanır veya temyiz talebi ret edilir. Böylece bir şekilde kesinleşen hakem kararları, mahkemece tasdik edilmek suretiyle icra edilebilme yetkisi kazanır. Yargıtay'ca temyiz edilir ve bozulursa, yeniden tahkim süresi içerisinde tahkim yargılaması yapılmak suretiyle hakemlerce bir karar verilir.

Mahkemece hakem kararının tasdikine dair verdiği şerh, kazai bir karar sayılmakta ve usule, şekle veya kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesi ile temyiz edilebilmektedir.

<sup>88</sup> Balcı, s. 240.

<sup>89</sup> Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 12.03.1996 tarih ve 1996/2936-3312 nolu kararında; "3533 sayılı kanuna göre verilen hakem kararları, ilamların icrasına ilişkin umumi hükümler uyarınca infaz olunur. Konusu para olan ilamların, kesinleşmeden infazı mümkündür." denilmiştir(Yayımlanmamıştır).

Kesinleşen ve tasdik edilen hakem kararları icra edilebilir bir özellik kazanır, gerekirse İcra ve iflas Kanunu'nun hükümlerine göre ilamlı icra yolu ile de icra edilebilir.

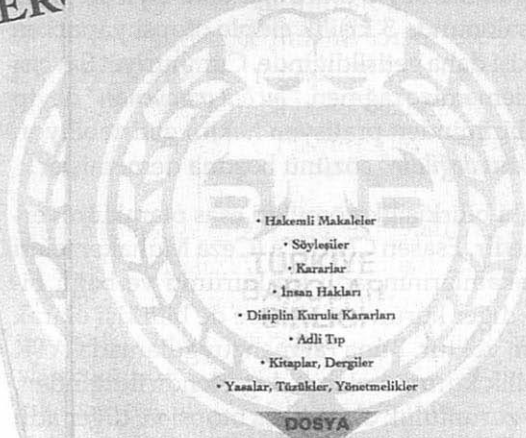
### KAYNAKÇA

- Alangoya, Yavuz, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul 2003.
- Alangoya, Yavuz, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İstanbul 1973.
- Averdieck, Otto, *Die Haftung des Schiedrichters für Einem Unrichtigen Schiedsspruch nach gemeinem recht und nach Bürgerlichem Gesetzbuche*, Diss, Freiburg 1904.
- Balcı, Muharrem, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, İstanbul 1999.
- Barıkan, Aziz, *Tahkim Sistemi ve Tatbikatı*, (ABD, 1949/60, s. 5-17).
- Çenberci, Mustafa, *Hakemlerin Tayin Usulü ve Ücreti*, (Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1965, s. 119-149).
- Dayınlarlı, Kemal, *HUMK'ta Düzenlenen İç Tahkim*, Ankara 1997.
- Dayınlarlı, Kemal, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, Ankara 2001.
- Dayınlarlı, Kemal, *Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni Ve Tahkime Etkileri*, Ankara 1994.
- Erkuyumcu, Müfit, *Tahkime Müteallik Hükümler Üzerinde Bir İnceleme*, (AD. 1947/1-12, s. 570-582).
- Ertekin, Erol Karataş, İzzet *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*, Ankara 1997.
- Kalpsüz, Turgut, *Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun Tahkim Hükümlerine Göre Cereyan Eden Tahkim*, Ankara 1990.
- Kalpsüz, Turgut, *İnşaat Sözleşmeleri'nde Tahkimin Genel Esasları*, Ankara 1996.
- Kuru, Baki/ arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2000.
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. 4, B. 5, İstanbul 1991.
- Özsunay, Ergun, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi Dernekler, Vakıflar B. 5*, İstanbul 1982.
- Postacıoğlu, İlhan, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, Ankara 1975.
- Schwarz, Adolf, *Der Schiedsrichtervertrag, Diss.*, Würzburg 1910.
- Schütze, Rolf/Tscherning, Dieter/Wais, Walter, *Handbuch Des Schiedsverfahrens, Praxis Der Deutschen Und Internationalen Scheidsgerichtbarkeit*, Aufl. 2, Berlin-New York 1990.
- Taşkin, Alim, *Hakem Sözleşmesi*, Ankara 2000.
- Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul 1989.
- Yeğengil, Rasih, *Tahkim*, İstanbul 1974.
- Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, B. 3, Ankara 1992.

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

# MESLEK KURALLARINDA AVUKATIN BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

M. Lamih ÇELİK\*

“Meslek kuralları” mesleğin düzen ve geleneklerini korumak yerleş-tirmek ve yasaların avukatlara yüklediği görevlerin onurlu bir şekilde yerine getirmesini sağlamak amacıyla oluşturulmuştur. Avukatlık mesleğini yapanlar avukatlık yasası ve yönetmeliği ile birlikte meslek kurallarını da iyi bilmek ve özümsemekle yükümlüdür.<sup>1</sup>

Avukatlar, müvekkillerinin haklarını korurken ve adaletin ger-çekleşmesine çalışırken, ulusal ve uluslararası hukukun tanıdığı insan haklarını ve temel özgürlükleri yüceltmeye çalışırlar ve hukuka ve hu-kukçuluk mesleğinin kabul görmüş standartlarına ve ahlaki kurallarına uygun biçimde serbestçe ve özenle hareket ederler. (*Havana Kuralları m. 14*). Avukatlar haklarını kullanırlarken, her zaman hukuka ve hukuk mesleğinin kabul görmüş standartlarına ve mesleki ahlak kurallarına uygun davranırlar. (*Havana Kuralları m. 23*) Avukatlık kanununa göre; “Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektir-diği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği’nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler” (*Av. K. m. 34*).

Meslek kurallarının bir bölümü avukatlık yasasında gösterilmiştir. Bir bölüm meslek kuralları ise yasanın 117. maddesinin 7 nolu bendi uyarınca Türkiye Barolar Birliği’nin 8-9 Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurul toplantısında kabul edilmiş ve 50. maddesi hükmüne göre TBB Bülteni’nin 26.1.1971 tarih ve 5 sayısında yayınlanarak yürürlüğe gir-

---

\* Av., Şanlıurfa Barosu.

<sup>1</sup> 12.11.2004 T. E. 2004/260 K. 2004/358 - 25.6.2005 T. E. 2005/134 K. 2005/211.

miştir. Türkiye Barolar Birliği'nin ve baroların meslek kurallarını tüm avukatlara ayrı ayrı tebliğ etmesi gibi görevleri ve yükümlülükleri yoktur. Türkiye Barolar Birliği genel kurulu tutanaklarına geçen tüm barolara bildirilen ve muhtelif şekillerde kitap halinde de yayınlanan bu kuralları bütün avukatlar bilmek zorundadır.<sup>2</sup> Avukatlık Yasası'nda bu kuralların "uyulması zorunlu" kurallar olduğu açıkça belirtildiğinden meslek kurallarına uygun davranmayan avukatlara disiplin cezası uygulanır.<sup>3</sup>

*"Avukatlık mesleğini seçenlerin, avukatlık adına uygun biçimde görevlerinin gereklerini özenle yerine getirmeleri, avukatlık unvanından ayrı düşünülmemeyecek saygı ve güveni koruyup güçlendirmenin başta gelen koşullarından biridir.*

*Mesleğin genel yararı, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halkla olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni egemen kılma çabası, salt avukatlık işlemleriyle sınırlandırılmaz. Geniş biçimde değerlendirilmesi mesleğin özelliği gereği olan bu alan, bir anlamda özel yaşamı bile kapsar.*

*Avukatlık Yasası'nın kimi maddelerinde yerine getirilme koşullarıyla uyulması ve kaçınılması zorunlu durumlar belirlenen avukatlık, tutum ve davranışlarda, giyimde, konuşmada, özel yaşamda bile özen isteyen bir meslektir. Görevin doğrudan ilgili olduğu yargı-adalet-hukuk kesimi, hiçbir gölge, kuşku ve söylentiye elverişli olmayan yücelikler alanıdır. İnan ve güven sağlayacak kimsenin öncelikle kendisine inanılıp güvenilmelidir*

*Yargıyı tamamlayan olgulardan birisi olan savunma, seçkin, her yönden beğeni toplayan, inan ve güven duyulan temsilcileriyle özlenen düzeye çıkabilir.*

<sup>2</sup> "657 sayılı yasa kapsamında kamu görevlisi olan avukatlar, avukatlık yasının ek-1 maddesinin son fıkrasına göre stajyer avukatlar ise aynı yasanın 23. maddesinin son tümcesine göre meslek kurallarına uymak zorundadırlar. (18.10.2002 T. E. 2002/144 K. 2002/285- 20.7.2000 T. E. 2000/75 K. 2000/108)".

<sup>3</sup> 25.1.1999 T. E. 1998/109 K. 1999/15 - 21.10.2000 T. E. 2000/130 K. 2000/160, *TBB Dergisi*, S. 1999/2 s. 57. "Avukatlık Yasası ve Meslek Kuralları, Türk avukatlarının Türkiye sınırları dışındaki eylem ve davranışları içinde geçerlidir" (27.10.2001 T. E. 2001/92 K. 2001/168), Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin 98/5 sayılı direktifine göre; Avukat kendi ülkesinin dışında Avrupa Birliği üyesi olan bir ülkede avukatlık mesleğini yapması halinde işin yapıldığı ülkenin meslek kuralları uygulanır (m.6) Avrupa Birliği Meslek Kuralı 2.4'e göre; bir üye devletin avukatı, hukuki faaliyetin yer alacağı (karşılaman) devletin barosunun meslek kurallarına uymak durumunda kalabilir. Bu durumda avukat, belli bir faaliyeti nedeniyle uymak zorunda olduğu meslek kuralları hakkında bilgi edinmek zorundadır.



*Serbest meslek üyesi de olsa, kamu hizmeti gören avukatın tutum ve davranışlarında sorumluluk bilinciyle özenli davranması, mesleğin onurunu ödünsüz, kuşkusuz koruyup sürdürmesi ve her yönden üstün nitelikler taşıması kamunun beklediği bir husustur. Avukat, meslek disiplin ve ahlakını olumsuz yönde etkileyecek her eylemden uzak duracak, genelde ve özelde meslek onurunu güçlendirip yükseltecektir.”<sup>4</sup>*

Meslek kuralları, avukatların üstlendikleri kamu hizmetini gereği gibi yerine getirebilmeleri için yükümlülükler getirmiştir. Bu çalışmamızda meslek kurallarına göre avukatın bilgi verme yükümlülüğünü ele alacağız. Bilgi verme yükümlülüğünü, avukatın baroya bilgi verme yükümlülüğü, müvekkile bilgi verme yükümlülüğü ve meslektaşına bilgi verme yükümlülüğü olarak üç gruba ayırarak inceleyeceğiz. Avukatın, barosuna bilgi verme yükümlülükleri meslek kurallarının 13-15-21-23-27/2 maddelerinde düzenlenmiştir. Avukatın müvekkile bilgi verme yükümlülüğü meslek kurallarının 31-34-42-43 maddelerinde yer almaktadır. Avukatın avukata bilgi verme yükümlülüğü ise meslek kurallarının 30-32-39 maddelerinde düzenlenmiştir.

Çalışmamızda Meslek kuralını açıklamak için varsa benzer Avrupa Birliği Meslek Kuralına, kanun maddelerine ve TBB Disiplin Kurulu Kararları'nın konuya açıklık getiren kısmına yer verdik.

## **A. Avukatın Baroya Bilgi Verme Yükümlülüğü**

### **1. Meslek Kuralı m. 13**

*“Uzunca bir süre bürosundan uzak kalmak zorunda bulunan avukat, işlerine bakacak, müvekkillerini kabul edecek meslektaşının adını barosuna bildirir.”*

### **Açıklamalar**

Uzunca bir süre bürosundan ayrı kalmak zorunda kalan avukatın, işlerinin aksamaması, işi bıraktığı izleniminin doğmaması için işlerine bakacak ve iş sahiplerini kabul edecek bir avukatı seçip bunun adını baroya bildirmesi gerekir. Sürenin uzunluluğunu avukat takdir

<sup>4</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 23.6.1989 tarih ve 1988/50 Esas 1989/27 Karar sayılı kararı *Resmî Gazete*, 4 Ekim 1989- 20302

edecektir. Bazı yabancı kanunlar daha kesin hükümler koymuşlardır. Bu meslek kuralına da belirli zaman sınırlaması konulması gerektiği kanısındayım.

## 2. Meslek Kuralı m. 15

*“Mesleki çalışmasından ötürü aleyhine açılan dava layihasının bir örneğini avukat barosuna verir. Baronun hukuki anlaşmazlıklardaki arabuluculuk teklifini kabul etmek zorundadır.”*

### Açıklamalar

Avukat aleyhine açılan ceza davasına ilişkin iddianameyi veya hukuk davasına ilişkin dava dilekçesini avukat, baroya vermek zorundadır. Bunun bir amacı da aleyhine dava açılan avukatın davaya konu olan eylem ve işlemin baroca değerlendirilip gerekirse resen disiplin soruşturması açılmasının sağlanmasıdır.

Meslek kuralının şu şekilde değiştirilmesi daha doğru olacaktır;

*“Mesleki çalışmasından dolayı aleyhine açılan dava dilekçesi ve iddianamenin bir örneğini avukat barosuna verir. Baronun hukuki anlaşmazlıklardaki arabuluculuk teklifini kabul etmek zorundadır.”*

## 3. Meslek Kuralı m. 21

*“Avukat duruşmayı terk edemez. Ancak kişisel veya meslek onurunun zorunlu kıldığı hallerde duruşmalardan ayrılabilir. Bu durumda avukat derhal baroya bilgi verir.”*

### TBB Disiplin Kurulu Kararları

*“Avukatlar; kişisel onurları ile meslek onurunun zorunlu kıldığı haller dışında duruşmayı terk edemezler. Haklı terk halinde derhal baronun bilgilendirilmesi gerekir. Olayda şikayetli avukatın, davacı vekili olarak üstlendiği bir davanın duruşmasında, tanık dinletme talebinin ret edilmesi üzerine, bu ne biçim adalet, tanık dinlenmediği takdirde olay aydınlığa kavuşamaz, ben bunu kabul etmiyorum diyerek duruşmayı terk ettiği, dosyada bulunan tutanak örneği ve şikayetlinin bu tutanak içeriğine uygun beyanları ile sabit bulunmaktadır.*

*Kovuşturma konusu olayda mahkemece verilen ara kararının avukatın kişisel onuruna ve meslek onuruna yönelik bir anlam taşıdığı düşünülmediğinden kendisini duruşmayı terk etmeye zorlayan bir neden bulunmamaktadır. Kaldı ki avukat bu hususta baroya bilgi de vermemiştir bu nedenle avukata disiplin cezası verilmiştir.(08.02.1995 T. E.1995/50 K. 1995/54)”<sup>5</sup>*

#### 4. Meslek Kuralı m. 23

*“Hakimin reddi, savcıların ve başkaca adalet görevlilerinin reddi veya şikayet edilmesi konusunda ve genellikle konuşmalarında ve yazılarında avukat, kanunun gerektirdiği gerekçeleri amacı aşmayacak biçimde açıklar. Ret veya şikayet dileklerinin bir örneği de baroya verilir.”*

#### Açıklamalar

Avukatın hakimi reddi, temsil ettiği kişi adına yapılan bir işlemdir. Avukatın hakimi kendi adına reddi söz konusu olamaz. Burada barodan izin alma değil bilgi amaçlı dilekçe örneğinin baroya sunulması söz konusudur.

#### TBB Disiplin Kurulu Kararları

*“Şikayetli avukat tarafından Bodrum 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’ne verilen 03.12.2001 tarihli reddi hakim dilekçesinde avukatlık yasasına aykırı veya amacı aşacak şekilde bir ifadeye yer verilmemiş ise de, mahiyeti itibariyle hakimin reddine yönelik dilekçenin bir örneğinin meslek kurallarının 23/2 maddesine göre baroya verilmediği anlaşılmıştır. Eylem bu yönden disiplin suçunu oluşturmaktadır.(10.04.2004 T. E. 2004/14 K. 2004/108)”<sup>6</sup>*

#### 5. Meslek Kuralı m. 27

*“Bir avukat başka bir avukata karşı asil ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir.*

*Bu kural, bilgi verme yükümlülüğü ile bağlı olarak baroların ve Türkiye*

<sup>5</sup> Ankara Barosu Dergisi, S. 1995/4 s. 94

<sup>6</sup> TBB Dergisi,, S. 2004/55 s. 426

*Barolar Birliği'nin üçüncü şahısları aleyhine veya üçüncü şahısları Barolar ve TBB aleyhine açacağı davalar için de geçerlidir."*

### Açıklamalar

Bu meslek kuralının amacı, avukatla avukat ve/veya avukatla iş sahibi arasında çıkan uyuşmazlığın baronun bilgisi ve öncülüğünde sulh yolu ile çözümlenmesi için baronun uyuşmazlıkla ilgili bilgi edinilmesini sağlamak olduğu gibi aleyhine açılan avukatın davaya ona olan eylem ve işlemin baroca değerlendirilip gerekirse resen disiplin soruşturması açılmasını sağlamasıdır.

Meslek kurallarının 27/2 maddesi ile getirilen kural izin alma olmayıp sadece bilgi vermedir. Bilgi vermekle yükümlü olan avukatın açacağı davayı asıl veya vekil sıfatıyla açmanın önemli olmadığı gibi avukat aleyhine açılan mesleki yaşam ve/veya özel yaşam ayrımı yapılmaksızın her davanın baroya bildirmesi gerekir.

Meslek kuralında geçen dava ibaresini geniş yorumlamak suretiyle icra takibi Cumhuriyet Savcılığı'na şikayetler gibi her türlü hukuksal girişimin madde kapsamında kaldığı sonucuna varılmalıdır. Avukat ister asil isterse vekil sıfatıyla olsun bir avukat hakkında icra takibi yapacaksa veya Savcılığa/ Adalet Bakanlığı'na şikayet edecekse bunları yapmadan önce baroya bilgi vermesi gerekir. Baroya verilecek bilgilendirme dilekçesine dava dilekçesi, icra/ödeme emri veya şikayet dilekçesinin bir örneğinin eklenmesi halinde olayda disiplin soruşturmasını gerektirecek hususların olup olmadığı hakkında baro daha sağlıklı karar verebilir. 15 ve 23. meslek kurallarında açıkça dilekçe örneğinin verilmesi gerektiği belirtilirken bu kuralda "*yazı ile bildirir*" denildiğinden dilekçe örneğinin eklenmesi zorunluluğu yoktur denilebilir. Ancak hangi davayı takip edeceğini açık ve net bir şekilde yazıda yer alması gerekir.

TBB meslek kurallarının 27/2 maddesinde geçen "*takip edeceği*" ibaresinden bildirim mutlakla davayı takipten önce, en geç üstlendiği anda yapılması gerektiği anlaşılmalıdır. Soruşturma için verilen savunma dilekçesi "*bilgi verme*" yerine geçmez. Çünkü dava açılmadan önce yapılması gerekir.

Avukat, başka bir avukat hakkında dava açmış ve bunu baroya bildirmiştir, daha sonra başka bir avukata vekalet vermiştir. Davayı takip edecek olan avukatta aynı davayı kendisi adına baroya bildirmek

zorundadır. Bu kural iş sahibinin değil, davayı takip edecek avukatın yükümlülüğünü düzenleyen bir kuraldır.

### **TBB Disiplin Kurulu Kararları**

*“27/2 meslek kuralının amacı, avukatla avukat ve/veya avukatla iş sahibi arasında çıkan uyuşmazlığın baronun bilgisi ve öncülüğünde sulh yolu ile çözümlenmesi için baronun uyuşmazlıkla ilgili bilgi edinilmesini sağlamak olduğu gibi aleyhine açılan avukatın davaya ona olan eylem ve işlemin baroca değerlendirilip gerekirse resen disiplin soruşturması açılmasını sağlamasıdır. Görüldüğü üzere bildirim amacını izin veya avukatı kontrol olmayıp avukatlık onuru ve meslek düzeninin korunması da baro organlarını daha aktif hale getirerek mesleki dayanışmaya zarar verecek uygunsuzlukları gerekse sulhen çözümlenecek avukatlık mesleğine olan saygı ve güvene uygun biçimde davranılmasını sağlamakla sorumlu kılmaktadır. Madde ile getirilen yükümlülük ile avukatlar arasındaki dayanışmayı temin eden etik değerlerin korunması ve meslektaşlar arasındaki sorunların mümkün olduğu kadar baro bünyesinde dostça çözümlenmesi amaçlanmıştır. (8.7.2005 T. E. 2005/129 K. 2005/236) (25.6.2005 T. E. 2005/134 K. 2005/211 – 30.09.2005 T. E. 2005/216 K. 2005/305–30.09.2005 T. E. 2005/219 K. 2005/308)”<sup>7</sup>*

*“TBB meslek kurallarının ‘meslektaşlar arası dayanışma ve ilişkileri’ bölümünde yer verilen ‘bilgi verme yükümlülüğünün’ amacı avukatların birbirleri aleyhindeki hukuksal girişlerde dikkatli ve özenli davranmasını sağlamak bütün girişimlerin mesleğe zarar verecek tarzda kullanılmasını önlemek ve bu hususlarda gerekli önlemleri almakla görevli baroları bilgilendirmektedir. Bu nedenle söz konusu meslek kurallarının amacına uygun ve geniş bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğinden dava icra takibi Cumhuriyet Savcılığı’na şikayetler gibi her türlü hukuksal girişim madde kapsamında düşünülmeli 27/2. madde geniş yorumlamak meslektaşlar arası dayanışma ve ilişkiler özenle korunmalıdır. (20.9.2002 T. E. 2002/101 K. 2002/245 – 5.12.2003 T. E. 2003/295 K. 2003/405)”*

*“Bilgi vermekle yükümlü olan avukatın açacağı davayı asıl veya vekil sıfatıyla açmanın önemli olmadığı gibi avukat aleyhine açılan her davasında baroya bildirmesi gerekir.(29.4.2005 T. E. 2005/83 K. 2005/170 – 29.4.2005 T. E. 2005/81 K. 2005/168)”<sup>8</sup>*

<sup>7</sup> TBB Dergisi,, S. 2006/63, s. 387/393.

<sup>8</sup> TBB Dergisi,, S. 2005/60 s. 404-406,

*“Davalının avukat olması halinde açılan davanın mesleki yaşam ve/veya özel yaşam ayrımı yapılmaksızın her davanın baroya bildirilmesi gerekir” (3.12.2004 T. E. 2004/289 K. 2004/383)<sup>9</sup> (15.11.2002 T. E. 2002/199 K. 2002/334)<sup>10</sup> “Davanın ihbarı konusunda baroya bildirme mecburiyeti yoktur.(14.03.1992 T. E. 1992/10 K. 1992/21)”<sup>11</sup>*

*“Meslektaş hakkında kamu davası açılması istemiyle Cumhuriyet Savcılığı’na başvurulan ve başvuruyu barosuna bildirmeyen avukatın eylemi disiplin suçu oluşturur. (20.9.2002 T. E. 2002/101 K. 2002/245 – 5.12.2003 T. E. 2003/295 K. 2003/405) (30.09.2005 T. E. 2005/216 K. 2005/305)”<sup>12</sup>*

*“Avukat hakkında ceza kovuşturmaları başlatılması amacıyla Adalet Bakanlığı’na yapılan şikayetin de baroya bildirilmesi gerekir. (12.11.2004 T. E. 2004/260 K. 2004/358)”<sup>13</sup>*

*“TBB meslek kurallarının 27/2 maddesinde geçen “takip edeceği” ibaresinden bildirim mutlak davayı takipten önce yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Dava sonuçlandıktan sonra yapılan bildirim, oluşan disiplin suçunu ortadan kaldırmaz. (13.4.2002 T. E. 2001/285 K. 2002/99 - 05.09.2005 T. E. 2005/183 K. 2005/279)”<sup>14</sup> “Bir avukat, bir başka avukata karşı asil veya vekil sıfatıyla takip edeceği işi üstlenmeden önce, en geç üstlendiği anda barosuna bildirim yapmalıdır. (10.9.2004 T. E. 2004/178 K. 2004/270)”<sup>15</sup>*

*“Soruşturma için verilen savunma dilekçesi “bilgi verme” yerine geçmez. Çünkü dava açılmadan önce yapılması gerekir. (10.4.2004 T.E. 2004/10 K. 2004/105)”<sup>16</sup>*

*“Vekilliğini üstlendiği avukatın, baroya kendi adına bildirimde bulunması, vekil olarak davayı takip eden avukatın bildirimde bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. (Avukat, başka bir avukat hakkında dava açmış ve bunu baroya bildirmiştir, daha sonra başka bir avukata vekalet vermiştir. Davayı takip edecek olan avukatta aynı davayı kendisi adına baroya bildirmek zorundadır. (8.7.2005 T. E. 2005/121 K. 2005/236)”<sup>17</sup>*

<sup>9</sup> TBB Dergisi, S. 2005/58 s. 410-411.

<sup>10</sup> Ankara Barosu Dergisi, S. 2003/1 s. 72.

<sup>11</sup> TBB Dergisi, S. 1992/2 s. 263.

<sup>12</sup> TBB Dergisi, S. 2006/63 s. 387.

<sup>13</sup> TBB Dergisi, S. 2005/57 s. 447.

<sup>14</sup> TBB Dergisi, S. 2006/62 s. 346.

<sup>15</sup> TBB Dergisi, S. 2005/56 s. 388-389.

<sup>16</sup> TBB Dergisi, S. 2004/55 s. 425.

<sup>17</sup> TBB Dergisi, S. 2005/61 s. 484.

*“Kurum avukatları, kurumun talimatıyla da olsa avukat aleyhine yaptıkları icrayı baroya bildirmek zorundadır. (30.09.2005 T. E. 2005/216 K. 2005/305)”<sup>18</sup>*

*“İş sahibi kooperatifin Türkiye Barolar Birliği’ne ve İstanbul Barosu’na yaptığı başvurular, avukatın meslek kurallarının 27/2 maddesinde açıkça belirtilen yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Çünkü bu kural iş sahibinin değil, davayı takip edecek avukatın yükümlülüğünü düzenleyen bir kuraldır. (20.7.2000 T. E. 2000/71 K. 2000/105)”<sup>19</sup>*

*“Ceza davasından sonra avukat hakkında Asliye Hukuk Mahkemesi’nde tazminat davası açılmıştır. Ceza davası için bildirimde bulunulmuş olması tazminat davası ile ilgili bildirim yerine geçmez. Asliye Hukuk Mahkemesi’nde açılan tazminat davası için ayrıca bilgi verilmesi zorunludur. (13.12.2002 T. E. 2002/249 K. 2002/376)”*

*“Meslektaşı avukat aleyhine icra takibi yapmadan önce baroya bilgi verildiği takdirde icra takibinin devamı niteliğinde menfi tespit davası açılması halinde yeniden bilgi verme yükümlülüğü yoktur. Çünkü icra için yapılan bildirim icra takibinin sonraki aşamalarını da içerir. (22.12.2004 T. E. 2004/215 K. 2004/326)”<sup>20</sup>*

*“Baroya bildirdiği birinci davanın devamı mahiyetinde olan tarafları ve konusu aynı olan ikinci davayı baroya bildirme yükümlülüğü yoktur. (30.09.2005 T. E. 2005/219 K. 2005/308)”<sup>21</sup>*

*“Avukatlık stajının uzatılmasına ilişkin baro yönetim kurulu aleyhine iptali için idare mahkemesine dava açılmıştır. Oysa baro aleyhine açılacak davalar içinde dava açılmadan önce baroya bilgi verme mecburiyeti vardır. (30.4.2004 T. E. 2004/37 K. 2004/146)”<sup>22</sup>*

*“Tebliğat yasınının 11. maddesine göre “Vekil vasıtası ile takip edilen işlerde tebliğat vekile yapılır.” Şikayetliler, şikayetçinin vekil olarak takip ettiği işte, icra takibine hem borçlu asili hem de borçlunun vekili şikayetçiyi dahil etmişlerdir. İcra takibinde borçlu vekili olan şikayetçinin gösterilmesi ve tebliğatın da vekile çıkarılması yukarıda ki yasa hükmü*

<sup>18</sup> TBB Dergisi, S. 2006/63 s. 387.

<sup>19</sup> Ankara Barosu Dergisi S. 2001/2 s. 176-177.

<sup>20</sup> TBB Dergisi, S. 2005/57 s. 439.

<sup>21</sup> TBB Dergisi, S. 2006/63 s. 392.

<sup>22</sup> TBB Dergisi, S. 2004/55 s. 433.

gereğidir. Kaldı ki şikayetli avukatlar, gerek icra takip talebinde gerek ödeme emrine şikayetçinin dahil edilmesini tebligatın Tebligat yasasının 11. maddesindeki zorunluluk nedeniyle olduğunu göstermek amacı ile şikayetçi avukatın hanesine “Tebligat İçindir” diye şerhi de düşmüşlerdir.

Bu durumda, şikayetli avukatlar, şikayetçiyi Tebligat yasasının 11. maddesi hükmüne uygun olarak borçlu asilin vekili sıfatı icra takibinde göstermiş olmaları sebebiyle şikayetçi avukatın şahsı aleyhinde icra takibi yapıldığı düşünülmemeyeceğinden baroya bilgi verme yükümlülüğünden de bahsedilemez. (05.12.2003 T. E. 2003/279 K. 2003/395)”

*“Şikayetli avukat, olay tarihinde İstanbul Barosu avukatlarından K. tarafından ölümle tehdit edilmesi nedeniyle bürosu ve evini terk ettiğini yeni adreslerini de bu sebeple bildirmedeğini savunmuş tehditle ilgili... Sulh Ceza Mahkemesi'nin dosyasının fotokopisini ibraz etmiştir. Avukatlık yasasının 43/son maddesi uyarınca, “bürosunu veya konutunu değiştiren avukat yenilerinin adreslerini bir hafta içinde baroya bildirmek zorundadır.” Sebebi ne olursa olsun, avukat, adres bildirme yükümlülüğünü yerine getirmelidir.” (25.06.2005 T. E. 2005/137 K. 2005/214) Ayrıca “Bürosunu değiştiren avukat, yeni adresini baroya, müvekkillerine ve ilgisi bulunduğu dava dosyalarına bildirmekle yükümlüdür. (27.1.2001 T. E. 2001/177 K. 2001/7)”<sup>23</sup>*

## B. Avukatın Müvekkile Bilgi Verme Yükümlülüğü

### 1. Meslek Kuralı m. 31

*“Avukat hasım tarafından ancak avukatı ile görüşebilir. (Hasımın avukatı yok ise) avukatın hasımla teması zorunlu sınırlar içinde kalır. Hasım tarafla her temasından sonra avukat müvekkiline bilgi verir.”<sup>24</sup>*

<sup>23</sup> Ankara Barosu Dergisi S. 2001/2 s. 180-181.

<sup>24</sup> AB Meslek Kuralı; 5. 5. Avukat, belirli her davada başka bir avukat tarafından temsil olduğunun ya da yardım gördüğünü bildiği karşı tarafla doğrudan ilişkiye geçemez eğer ki meslektaş kendisine haber verilmesi şartıyla buna muvafakat etmiş olsun.

Uluslararası Barolar Birliği Oslo Kararları:

(7) “Bir davada başka bir meslektaşının temsil ettiği bir kimse ile meslektaşının izni haricinde asla doğrudan doğruya temasa geçemeyecektir”. Bu kural hem, hasım tarafı temsil eden meslektaşını ve hem de kendi müvekkilini yersiz şüphelere düşürmek için avukatları uyarmak amacını güder. Avukat karşı tarafla görüşmesi gerekiyorsa, avukatın müvekkili ile ilgili konularda dikkatli olarak onun aleyhine olacak şeylerden özenle kaçınması gerekir.



### **TBB Disiplin Kurulu Kararları**

*“Avukatın karşı tarafın avukatı olduğu halde onunla görüşerek kendi müvekkili lehine feragat dilekçesi yazdırması ve meslektaşına bilgi vermemesi disiplin suçudur. (13.04.2002 T. E. 2001/284 K. 2002/98)”*

*“Hasım tarafın avukatı yoksa zorunlu sınırlar içinde hasımla görüşülebilir. Eğer her iki tarafın avukatı varsa telefonla dahi olsa hasım ile görüşemez ancak avukatı ile görüşebilir. (08.07.2005 T. E. 2005/114 K. 2005/230)”<sup>25</sup>*

### **2. Meslek Kuralı m. 34**

*“Avukat müvekkiline davanın sonucu ile ilgili hukuki görüşünü açıklayabilir. Fakat bunun bir teminat olmadığını özellikle belirtir.”*

### **TBB Disiplin Kurulu Kararları**

*“İş sahibi davanın sonucu ile ilgili hukuki görüşünü açıklarken bunun bir teminat olmadığını özellikle belirtmelidir. (1.2.992 T. E. 1992/ 91 K. 1992/17)”<sup>26</sup>*

*“Avukat, hakkı kanun dairesinde savunmak ve müvekkilin menfaatlerini korumak vazifesini üzerine alırken adalete yardımcı olmayı kabul ve taahhüt etmiştir. Bu sebeple davanın kazanılmasını hiçbir zaman taahhüt edemez.(Yargıtay HGK. 28.02.1968 T. E. 1966/3–179 K. 1966/110)”<sup>27</sup>*

### **3. Meslek Kuralı m. 42**

*“Avukat işle ilgili giderleri karşılamak üzere avans isteyebilir. Avansın işin gereğini çok aşmamasına, avanstaki yapılan harcamaların müvekkile zaman zaman bildirilmesine ve işin sonunda avanstaki kalan paranın müvekkile geri verilmesine dikkat edilir.”<sup>28</sup>*

<sup>25</sup> TBB Dergisi, S. 2005/61 s. 488.

<sup>26</sup> TBB Dergisi, S. 1992/1 s. 102.

<sup>27</sup> Ankara Barosu Dergisi S. 2001/2 s. 104.

<sup>28</sup> AB Meslek Kuralı; 3.5 Avukat, masraflar ve/veya ücrete mahsuben bir avans ödenmesini talep ettiği zaman, bu avans işin gerektirdiği harcamalar ve vekalet ücretine biçilecek makul bir değer üstünde olmamalıdır. Talep edilen avansın ödenmemesi durumunda avukat, 3.1.4 maddesi hükmüne riayet etmek kaydıyla söz konusu davadan çekilme hakkını kullanabilir. Avans, avukatın üstlendiği işi yapabilmesi gerekli bir takım (yargılama gideri gibi) masrafları

### TBB Disiplin Kurulu Kararları

*“Avukat üstlendiği bir dava sonunda tesis edilen kararın temyizinde yarar olmadığı düşüncesinde ise, bu yoldaki hukuki kanaatini temyiz süresi geçmeden ve yazılı olarak müvekkiline bildirmek zorundadır. Aynı şekilde, temyiz giderlerinin de süresi içinde ve yine yazılı olarak iş sahibine bildirilmesi ve giderlerin ödenmemesinin sonuçları hakkında uyarıda bulunulması gerekir. (15.9.1990 T. E. 1990/85 K. 1990/74)”<sup>29</sup>*

*“Avukat, yaptığı ödemelerle ilgili müvekkiline yazılı belge ibraz edemediğinde, kusurunun varlığından söz edilebilir ve bu eylem disiplin suçunu oluşturur. (27.1.1990 T. E. 1990/100 K. 1990/7)”<sup>30</sup>*

*“Avukatın, üstlendiği işle orantılı olmayacak miktarda masraf avansı alması, bu avansın kullanılmayan bölümünü iade etmemesi meslek kurallarına aykırıdır. (7.11.1992 T. E. 1992/51 K. 1992/79)”<sup>31</sup>*

*“Şikayetli avukat, dava masrafının verilmediği için süresinde itirazın iptali davası açmadığını ileri sürmüşse de bu hususta müvekkilini bilgilendirmediği ve üzerine düşeni yaptığını kanıtlamayan hiçbir yazılı belge sunmadığından bu beyana itibar edilemez. (27.1.2001 T. E. 2001/198 K. 2001/19)”<sup>32</sup>*

*“Bürosunu değiştiren avukat, yeni adresini baroya, müvekkillerine ve ilgisi bulunduğu dava dosyalarına bildirmekle yükümlüdür. (27.1.2001 T. E. 2001/177 K. 2001/7)”<sup>33</sup>*

*“Avukatın işe başlamadan giderler için avans istemesi gerekir. Kendisine masraf ve vekalet ücreti ödenmediği gerekçesiyle müvekkiline yaptığı işler hakkında bilgi vermemesi düşünülemez. (12.9.2003 T. E. 2003/129 K.*

---

*karşılıyabilmek için istediği meblağdır. Gideri olmayan konularda avans istenemez. Avukat yapacağı olası harcamalar için kendisine yeteri kadar avans verilmesini isteme hakkına sahiptir. Talep edilen avans işle orantılı olmalıdır. Avukat, istediği avans verilene kadar işi bekletme hakkına sahiptir. Avansın verilmemesi halinde avukatın cebinden harcama yaparak işi takip etme zorunda değildir.*

*Ancak beklemekten kaynaklanacak hak kayıplarının sorumluluğundan kurtulmak için avans talep ettiğini ispatlaması gerekir. Bu nedenle yazılı talep ispatı kolaylaştırır. Avukat yaptığı harcamaları yazılı evrakla ispatlamak zorundadır.*

*Müvekkilin, güvenip de vekalet görevini verdiği avukatın işi nasıl yürüttüğü ve sonuçlandırdığını bilmeye hakkı vardır.*

<sup>29</sup> TBB Dergisi, S. 1990/3.

<sup>30</sup> Ankara Barosu Dergisi S. 1990/2 s. 322.

<sup>31</sup> Ankara Barosu Dergisi S. 1992/6 s. 1003.

<sup>32</sup> Ankara Barosu Dergisi S. 2001/2 s. 181.

<sup>33</sup> Ankara Barosu Dergisi S. 2001/2 s. 180-181.

2003/249- 12.07.2002 T. E. 2002/75 K. 2002/208) (24.9.2004 T. E. 2004/193 K. 2004/287)"<sup>34</sup>

*"Şikayetli avukatlar 2000 markın danışma ücreti olduğunu, davanın takibini üstlenmediklerini savunmuşlar ise de, paranın gönderilmesinden önce vekaletname almış olmaları ve havale belgesinde de paranın "palmiye davası" için gönderildiğinin belirtilmiş bulunması karşısında, vekalet ve ücret almak suretiyle bir davanın takibini üstlendikleri anlaşılmaktadır. Vekalet ve ücret aldıkları halde, davayı takip etmeyen avukatların eylemi, avukatlık kanunu 34 ve 171. maddelerine aykırı olduğundan disiplin suçu oluşturur. (13.04.2002 T. E. 2001/299 K. 2002/111)"<sup>35</sup>*

*"Avukat, müvekkiline gönderdiği ihtarnamede "vekalet ücretleri ile masrafların mahsubundan sonra kalan parayı alması" gerektiği yazılıdır. Oysa ihtarnamede tahsil ettiği paraları ve mahsup ettiği miktar ile ödenecek para miktarının da belirtilmesi gerekir. (20.09.2002 T. E. 2002/98 K. 2002/242)"*

*"Şikayetli avukatın, alınmaması gereken ve harç olarak isimlendirilen avansın davada harcanmadığı halde hesabını vermemesi iade etmemesi avukatlık mesleğine olan güveni sarsıcı nitelikte bir eylemdir. (11.6.2004 T. E. 2004/107 K. 2004/203)"*

*"Şikayetli avukatın takip ettiği ve şikayetçi aleyhine sonuçlanan tapu iptal ve tescil davasına ait yargılama giderlerinin tahsili için yapılan icra takibinde vekil sıfatıyla kendisine tebliğ edilen icra emri hakkında müvekkiline bilgi vermediği için şikayetçinin işyerinde fülü haciz uygulanmıştır. Avukat kendisine tebliğ edilen icra emri hakkında müvekkiline bilgi vermemesi disiplin suçudur. (12.6.2004 T. E.2004/138 K. 2004/223)"<sup>36</sup>*

*"Şikayetli, kendisine masraf verilmediğinden davayı takipte zorluk çektiğini, mahkemeye gerekçeli mazeret dilekçesi gönderdiğini, mahkemenin mazeretini kabul etmeyip davayı müracaata bıraktığını, bir ihmalinin söz konusu olmadığını savunmakta ise de, bu savunmaya katılmak mümkün olmamıştır. Zira şikayetli avukat müracaata kalan davasını makul sayılacak kısa bir sürede*

<sup>34</sup> İstanbul Barosu Dergisi S. 2005/2 s. 670.

<sup>35</sup> "Avukatlık kanunu 171. maddesi ve HUMK 62 ve 68. maddeleri gereğince ilamda borçlunun davasını vekille takip ettirdiği anlaşıldığından bu ilam icraya konulduğu takdirde icra dosyasında vekaletname olmasa da avukatın icra aşamasında da vekilliği devam ettiğinden icra emrinin ilamda adı yazılı avukata tebliğ edilmesi gerekir." (HGK 2.07.2003 T. E. 2003/12-442 K. 2003/445-İstanbul Barosu Dergisi S. 2006/1 s. 191-194).

<sup>36</sup> Manisa Barosu Dergisi S. 2004/4 s. 207.

yenilemeli ve davanın açılmamış sayılmasına neden olmamalıdır. Müvekkilince masraf verilmemesi sebebi ile davayı takip etmekte zorluk çektiği takdirde de iş sahibini yazı ile uyarmalı ve masraf ödenmemesinin sonuçlarını açıkça bildirmelidir. (19.03.2004 T. E. 2003/288 K. 2004/67)”

#### 4. Meslek Kuralı m. 43

“Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili bir hesap varsa uygun sürelerde durum yazıyla bildirilir.”<sup>37</sup>

Avukatın müvekkili adına tahsil ettiği paraları geciktirmeksizin müvekkiline ödemesi gerekmektedir. Ödeme olanağı bulunmayan hallerde ise müvekkil adına bankaya yatırması veya mahkemeye başvurarak tevdi mahalli tayin ettirmesi zorunludur.

Paranın disiplin kovuşturması açılmasından sonra ödemiş olması, Baro Disiplin Kurulu’nu bağlamaz ve disiplin kovuşturmasını etkilemez. Avukatın icradan çektiği paraları müvekkiline ödediğini miktarı yüksek ise yazılı belge ile ispatlaması gerekir bu konuda tanık dinletemez. Avukat, vekalet ücreti ödenmediği için hapis hakkını kullanarak tahsil

<sup>37</sup> AB Meslek Kuralı; 3. 8. 1 avukat, herhangi bir zamanda müvekkilleri ya da 3. bir şahıs adına aşağıda müvekkiller hesabı olarak anılan türden bir hesap tutuyorsa şu kurallara uymakla yükümlüdür.

3. 8. 1. 1. müvekkilin açıkça veya zımnen verdiği bir talimatla değişik bir uygulama sözü konusu olmadıkça “müvekkil hesapları” daima bankada veya kamu kurumlarının onaylanmış benzeri bir kuruluşta açık bir hesap tutulacak ve avukat tarafından tahsil edilen tüm meblağlar bu hesapta toplanacaktır.

3. 8. 1. 2. avukat tarafından açılan müvekkil hesapların içeren her banka hesabının isimleri hanesinde hesap ya da hesapların avukatın müvekkili ya da müvekkilleri adına olduğu belirtilmelidir.

3. 8. 1. 4 müvekkiller hesabı müvekkilin talebi üzerine, ya da müvekkilin kabul ettiği şartlarda tetkike açık olmalıdır.

3. 8. 1. 5 aksini öngören kanun hükmü ya da ödemede bulunan müvekkilin açık ya da zımni muvafakati dışında

a. Bir müvekkil için bir başka müvekkilin hesabından yapılan ödemeler.

b. Avukat ücretine mahsuben avanslar da dahil olmak üzere müvekkil hesabından bir 3. şahsın hesabına herhangi bir ödemede bulunmak yasaktır.

Uluslararası Barolar Birliği Oslo Kararları;

(15): “Avukat müvekkili adına aldığı parayı gerektirdiğinden fazla yanında tutmamalıdır”.

“Avukat asgari sarfedeceği emek ve muhtemel giderleri ile oranlı olmak şartı ile avans istemek hakkına haizdir”.

ettiği parayı müvekkile ödemiye müvekkile yazılı olarak bildirimde bulunması gerekir aksi halde avukatın eylemi 43. meslek kuralına aykırı olur.

### TBB Disiplin Kurulu Kararları

*“Avukat üstlendiği işi sonuna kadar sürdürmeye, makul sürelerle müvekkiline bilgi vermeye, vekalet ücreti dışında dosyalardan çekilen paralar ve yapılan harcamalar konusunda müvekkiline hesap vermeye zorunludur. (7.11.1987 T. E. 1987/49 K. 1987/88)<sup>38</sup> (15.11.1986 T. E. 1986/50 K. 1986/63)<sup>39</sup>”*

*“Mahkeme vizesinden aldığı teminatın bir bölümünü haklı bir sebebe dayanmadan müvekkile iade etmeyen avukat disiplin suçu işlemiş olur. (24.12.1988 T. E. 1988/74 K. 1988/65)<sup>40</sup>”*

*“Avukatın iş sahibine aldığı avansların ve yaptığı harcamaların hesabını vermemesi ve iş sahibinin bu yoldaki yazılarını yanıtlamaması 43. meslek kuralına aykırıdır.” (5.11.1988 T. E. 1988/70 K. 1988/58)<sup>41</sup> (19.9.1992 T. E. 1992/68 K. 1992/78)<sup>42</sup>”*

*“Avukatın icra takibini üstlendiği senetleri arkadaşına ciro ettirip onun adına yapması ve tahsil ettiği parayı iş arkadaşına vermeyerek alkoyması mesleğinin niteliğine, düzen ve geleneklerine aykırıdır. (15.9.1990 T. E. 1990/52 K. 1990/2)”*

*“Avukat paranın tahsilinden 3 ay sonra şikayetçiye taahhütlü bir mektup göndermiş ise de bu mektup alıcının adresten ayrılmış olması nedeniyle iade edilmiştir. Ancak bu mektupta gösterilen adresin vekaletname de yazılı adres olmadığı görülmektedir. Müvekkil adına alınan paraları geciktirmeksizin müvekkile duyurmak ve vermek zorunluluğunda olan avukatın iş sahibine herhangi bir nedenle ulaşmaması halinde mahkemeden tevdi mahalli tayini istemesi ve yükümlülüğünü bu şekilde yerine getirmesi gerekirdi. Kaldı ki vekaletname de yazılı adrese bildirimde bulunmayı da denememiştir. (25.4.1998 T. E. 1998/37 K. 1998/61)<sup>43</sup>”*

<sup>38</sup> Ankara Barosu Dergisi S. 1988/1 s. 66.

<sup>39</sup> Ankara Barosu Dergisi S. 1987/1 s. 35.

<sup>40</sup> Ankara Barosu Dergisi S. 1989/1 s. 172.

<sup>41</sup> Ankara Barosu Dergisi S. 1989/1 s. 169.

<sup>42</sup> TBB Dergisi, S. 1992/3.

<sup>43</sup> İstanbul Barosu Dergisi S. 1999/3-4-5 s. 412.

*“Avukatın yüklendiği iş nedeniyle tahsil ettiği parayı ve hesabını bizzat müvekkiline veya onun yazılı talimatı ile gösterdiği kişiye vermesi esastır. Şikayetli avukatın tahsil ettiği parayı müvekkilinin açık ve yazılı talimatı olmadığı halde bir başkasına ödemesi ve müvekkilinin mağduriyetine yol açması avukatlık mesleğinin gerektirdiği onur güven ve özenli davranma ilkeleri ile bağdaşmaz paranın çok sonra ödenmesi eylemin disiplin suçu mahiyetini değiştirmez. (25.1.1999 T. E. 1998/146 K. 1999/12)”<sup>44</sup>*

*“Avukat, müvekkilinin talebi olmasa bile vekalet işinin yürütümü hakkında bilgi vermek ve tahsil edilen parayı uygun süre içinde ödemek zorundadır. (14.07.2001 T. E. 2001/41 K. 2001/107)”*

*“Şikayetli sözlü olarak 12.000 DM. karşılığı ücreti vekalet anlaşması yaptıklarını ve tahsil ettiği (15.000.000.000) TL’yi ücreti vekalet alacağına mahsuben alıkoğduğunu savunmuştur. Yazılı ücreti vekalet sözleşmesi ibraz edilmediğine göre, avukatlık yasasının 163/son maddesi hükmü uyarınca 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 ettiğinden, şikayetli edilenin, hak ettiği ücretin üstünde bir miktarı yedinde tuttuğu anlaşılmaktadır. Meslek kurallarının 43. maddesine göre, müvekkil adına alınan paraların geciktirilmeksizin müvekkile duyurulması ve verilmesi gerektiği halde şikayetli avukatın tahsil ettiği bir kısım miktarın müvekkile ödenmediğinden disiplin suçu oluşmaktadır. (09.05.2003 T. E. 2003/30 K. 2003/137 - 27.10.2001 T. E. 2001/97 K. 2001/171)”*

*“Şikayetli müvekkili tarafından A. Z.’ye ödeme yapılması için yazılı bir talimat sunmadığı gibi, en son 15.02.1999 tarihinde Havran Belediyesi’nden tahsil ettiği parayı uzunca bir müddet yedinde tutmuş, herhangi bir ödeme yapmamıştır. Avukatlık meslek kurallarının 43. maddesi gereği “...müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir”. Müvekkil bulunmadığı takdirde nemalarından da yararlanılmak üzere müvekkil adına bankada hesap açtırmak veya mahkemedeki tevdi mahalli tayin ettirmek zorunludur. (06.06.2003 T. E. 2003/82 K. 2003/180)”*

*“Şikayetli avukat dava ve icra masraflarını kendisinin yaptığını vekalet ücretini peşin almadığından icradan çekmiş olduğu parayı yaptığı masraf ve vekalet ücretine karşılık hapis hakkını kullanarak şikayetçiye ödemediğini iddia etmiştir. Ancak avukatın alacağından dolayı hapis hakkını kullanabilmesi için*

<sup>44</sup> İstanbul Barosu Dergisi S. 1999/3-4-5 s. 419.

*hapis hakkını kullandığı hususunun iş sahibine yazılı olarak bildirmesi ayrıca iş sahibi adına tahsil ettiği para ile hangi işlerden dolayı ne kadar miktarda alacağı olduğunu gecikmeksizin müvekkiline duyurması gerekmektedir. Böyle bir bildirimde bulunmadığından 43. maddesi gereği meslek kurallarına aykırı olan eylem disiplin suçu oluşturur. (9.5.2003 T. E. 2003/46 K. 2003/150 - 08.07.2005 T. E. 2005/117 K. 2005/232)<sup>45</sup>*

## 5. Meslek Kuralı m. 45

*“Avukat “hapis hakkı”nı alacağı ile orantılı olarak kullanabilir.”*

### Açıklamalar

Avukatın, elindeki para, mal ve her türlü kıymetli evraka yönelik hapis hakkı ve elinde bulunan evrakı geri vermeme şeklinde hapis hakkı vardır.

Avukatlık yasasının 166. maddesi; *“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.”* hükmünü içermektedir. Bu maddeye göre avukat sadece vekil ücretini değil kendisi tarafından yapılan giderler içinde hapis hakkını kullanabilir. Bunun için alacağının muaccel olması gerekir. Avukat, vekalet ilişkisi dışında müvekkiliyle olan bir başka ilişkisi dolayısıyla ondan alacaklı olduğu hallerde 166 ve 39. maddelerindeki<sup>46</sup> hapis haklarını kullanamaz.

Ancak, avukatın alacağından dolayı hapis hakkını kullanabilmesi için hapis hakkının kullanıldığı hususunun iş sahibine yazılı olarak bildirilmesi, ayrıca iş sahibi adına tahsil ettiği para ile hangi işlerden ötürü, ne miktar da alacağı olduğunu gecikmeksizin müvekkiline duyurması gerekmektedir.

Avukat elinde bulundurduğu evrakı, ücreti ve yapmış olduğu giderler müvekkilce ödendiği takdirde, iade etmekle yükümlüdür.

<sup>45</sup> TBB Dergisi, S. 2005/61 s. 486.

<sup>46</sup> *Avukatın Dosya Saklaması ve Hapis Hakkı*  
Madde 39 - ...Avukat, ücreti ve yapmış olduğu giderleri kendisine ödenmedikçe, elinde bulunan evrakı geri vermekle yükümlü değildir.

*“Avukat müvekkilinden aldığı belgeleri geri verdiğini tanıkla kanıtlayabilir. (HGK 22.13.1965, 4/468)”*

Avukatın yaptığı cüzi bir gider için alıkoyma hakkını kullanması ve bundan müvekkilin zarar görmesi veya böyle bir tehlikenin bulunması halinde hakkın kötüye kullanması söz konusudur.

### **TBB Disiplin Kurulu Kararları**

*“Avukat takip ettiği dava sonunda müvekkil namına tahsil ettiği bedel üzerinde, anlaşma gereği kararlaştırılan vekalet ücreti kadar hapis hakkına sahiptir.(1.2.1986 T. E. 1986/6 K. 1986/1)”<sup>47</sup>*

*“Avukatın alacağından dolayı hapis hakkını kullanabilmesi için, müvekkili adına tahsil ettiği parayı geciktirmeksizin ve yazılı olarak bildirmekle birlikte aynı yazıda hangi işlerden ötürü ne miktarda alacağı olduğunu da açıklaması ve iş sahibini hesaplaşmaya davet etmesi gerekir. ( 15.9.1990 T. E. 1990/58 K. 1990/71)”<sup>48</sup>*

*“Avukat, yazılı ücret sözleşmesi yoksa asgari ücret tarifesinde belirtilen ücretten fazlası üzerinde hapis hakkı kullanamaz. Müvekkil asgari ücret taksitine göre ödemeyi kabul ettiğine göre avukat evrakları geri vermek zorundadır. (16.03.2002 T. E. 2001/275 K. 2002/85- 14.05.2004 T. E. 2004/75 K. 2004/176- 16.6.1990 T. E. 1990/33 K. 1990/47)”<sup>49</sup>*

*“Avukatın, ücreti ve yaptığı masrafları kendisine ödenmedikçe elinde bulunan evrak üzerinde hapis hakkı vardır. Avukatın aldığı avans, ücret ve yaptığı masraf toplamından fazla ise, bu halde ortada disiplin cezasını gerektiren bir eylem yoktur. (6.4.1991 T. E. 1991/24 K. 1991/33)”*

*“Avukatın iş sahibi tarafından verilen çekler üzerinde hapis hakkı vardır. (20.11.1993 T. E. 1993/68 K. 1993/71)”<sup>50</sup>*

*“Avukat, şikayetli ile ilgili olarak iki ayrı iş üstlenmiştir. Birinci iş daha önce kendisine teslim edilen bonoların tahsili işlemi olup, iddia edilen ücret alacağı bu işle ilgilidir. Bu işe ilişkin olarak, kendisine verilen kıymetler üzerinde ücret alacağına karşılık hapis hakkı mevcuttur. Ancak, kovuşturmaya neden*

<sup>47</sup> Ankara Barosu Dergisi S. 1986/2 s. 225.

<sup>48</sup> TBB Dergisi, S. 1990/3 s. 421.

<sup>49</sup> TBB Dergisi, S. 1990/2 s. 247.

<sup>50</sup> TBB Dergisi, S. 1994/1 s. 247.



olan ve hapis hakkı ileri sürülerek iade edilmeyen iki adet bono ve bir adet çek, birinci işle ilgili olmayıp, avukata daha sonra tahsil için teslim edilen senetlerdir. Bu durumda, Avukatın, ücret alacağı ile ilgili olmayan bir işten dolayı kendisine teslim edilen diğer değerler üzerinde hapis hakkı yoktur. (13.04.2002 T. E. 2001/295 K. 2002/108)<sup>51</sup>

“Şikayetli avukat icra dosyasından 02.10.2000 tarihinde 579.200.000.- TL tahsil etmiştir. Şikayetçi ise 07.11.2001 tarihinde şikayette bulunmuştur. Dosya içinde şikayetli avukatın şikayetçiye hangi işlerden ötürü ve ne miktar alacağı olduğuna ve alacakları için hapis hakkını kullandığına dair şikayetçiye yazılı bir bildirimde bulunduğunu gösteren belgeye rastlanmadığı gibi şikayetli avukat savunmasında da hapis hakkını ve mahiyetini şikayetçi müvekkiline bildirdiğini savunmamıştır. Bu sebeple şikayetli avukatın eyleminin disiplin suçunu oluşturmaktadır. (09.05.2003 T. E. 2003/46 K. 2003/150)”

“Bono bedeli tamamen ödenmiş olduğu takdirde, bononun, borçlusuna iade edilmesi yasal bir zorunluluktur. Bedeli tamamen ödenmiş olan bononun, iade edilmemesi yönünden müvekkilce avukata verilen talimat yasaya aykırı olup, geçerli değildir. Şikayetli avukat, şikayete konu bonoyu, müvekkiline vererek, en azından kendisini taraflar arasındaki husumet ve çatışmanın dışında tutması mümkün iken bunu da yapmamıştır. Bedeli tamamen ödenmiş olan bir senedi, haklı ve yasal bir gerekçe olmaksızın, şikayetçiye iade etmeyen avukatın eylemi disiplin suçu oluşturmaktadır. (11.11.2004 T. E. 2004/269 K. 2004/366)”

## C- Avukatın Avukata Bilgi Verme Yükümlülüğü

### 1. Meslek Kuralı m. 30

“Bir başka yerdeki duruşmasına mazereti nedeniyle gidemeyen avukat, karşı taraf avukatı bir başka yerden geliyorsa mazeretini önceden meslektaşına bildirmelidir.”

### 2. Meslek Kuralı m. 32

“Avukat, dava türü ve usulü ne olursa olsun mahkemeye verdiği layiha ve önemli belgelerin birer örneğini (istenmese de) karşı taraf vekili meslektaşına verir.”<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Manisa Barosu Dergisi S. 2003/2 s. 140-141.

<sup>52</sup> AB Meslek Kuralı; 4. 2-... uygun bir zamanda karşı tarafın avukatına takdim etmeden

### Açıklamalar

Avukatın, dosyayı inceleme ve örnek alma hakkına sahiptir. Dolayısıyla dosyaya sunulan her evrakı görüp inceleyebilir. Ancak bu meslek kuralı ile mesleki dayanışma gereği olarak avukatı bu külfetten kurtarmak için her koşulda mahkemeye sunulan dilekçe ve önemli gördüğü belgelerin bir örneğini verme yükümlülüğü getirilmiştir.

### TBB Disiplin Kurulu Kararları

*“Yasal zorunluluk olmasa bile mahkemeye sunulacak her yazının bir örneğinin karşı taraf vekiline verilmesi meslektaşlar arası ilişkilerin gerektirdiği bir yükümlülüktür. (22.09.2001 T. E. 2001/69 K. 2001/141)”*

### 3. Meslek Kuralı m. 39

*“İş sahibi anlaşmayı yaptığı avukattan sonra ikinci bir avukata da vekalet vermek isterse ikinci avukat işi kabul etmeden önce ilk vekalet verilen avukata yazıyla bilgi vermelidir.”*

### Açıklamalar

İşin başka avukata verilmesi halinde “avukatlar arasındaki” ilişki meslek kurallarınının 39. maddesinde düzenlenmiş ve vekalet verilmek istenilen ikinci avukatın işi kabul etmeden önce ilk vekalet verilen avukata yazı ile bilgi vermesi öngörülmüştür.

Bu kural, önce tevkil edilen avukat muvafakat etmezse, sonraki avukatın vekaleti alamayacağı anlamında değildir. Bu kural avukatlık kanunu 172. maddesinde yer alan “iş sahibinin işi başka bir avukata vermesi” kuralına işlerlik kazandırmak için konulmuştur. Ayrıca duruşmaya girdiğinde aniden yanında bir başka avukatı görme gibi durumları önlemek içinde konulmuştur. İş sahibinin istediği avukat ile çalışmak istemesi onun en doğal hakkıdır. Ancak, ilk avukatın daha sonradan vekaletname verilen avukatla birlikte çalışma zorunluluğu da yoktur. İlk avukatın oluru olmaksızın ikinci bir avukat görevlendirmiş ise ilk avukat haklı nedenle işi bırakıp ücretin tamamına hak kazanır.

---

hiçbir belgeyi, notu ya da benzeri dokümanı hakime sunamaz.

İcraya konulacak ilamda başka bir avukatın adı yer alıyorsa avukat bu ilk avukata bilgi vermek zorundadır.

### **TBB Disiplin Kurulu Kararları**

“Şikayetli, her ne kadar, şikayetçilerin müvekkili tarafından azledilmiş olması üzerine davayı üstlendiğini savunmuş ise de, azil namenin noterlikçe 24.1.1991 günü düzenlediği ve henüz şikayetçi avukatlara tebliğ edilmeden, aynı gün (24.1.1991 tarihinde) yeni vekaletnamenin dosyaya ibraz edildiği saptanmış bulunmaktadır. Şikayetli avukatın, şikayetçi meslektaşları tarafından davacı vekilleri sıfatıyla takip edilen davada, şikayetçilere yazı ile bilgi vermeden davacının vekaletini üstlendiği anlaşılmıştır. (20.11.1993 T. E. 1993/64 K. 1993/67)”

“İlamda davacı vekili sıfatıyla şikayetçi avukatın ismi yazılı bulunduğu, şikayetlinin, bu ilama dayandıracağı icra takibini üstlenmeden önce, meslek kurallarının 39. maddesi hükmünü gözeterek şikayetçi meslektaşına yazı ile bilgi vermesi gerekirdi. (24.12.1994 T. E. 1994/107 K. 1994/107)”<sup>53</sup>

“Şikayetli avukatın, şikayetçinin davacı vekili olarak takip etmekte olduğu bir davada, şikayetçi meslektaşına bilgi vermeden aynı tarafın vekaletini kabul ettiği ve davayı sonuçlandırdığı, dosyadaki beyanlar ve bilgilerle sabit bulunmaktadır. Şikayetli, savunmasında ve itiraz dilekçesinde avukatlık yasaının 172. maddesine göre “izin alma yükümlülüğünün iş sahibine ait olduğunu” ileri sürmüştür; kendisinin bu eyleminden dolayı cezalandırılmasını gerektiren bir hükmün mevcut olmadığını iddia etmiş ve “kanunsuz suç olmayacağından” hakkında tesis edilen cezanın kaldırılmasını istemiştir. Avukatlık yasaının 172. maddesinde işin başka bir avukata verilmesi halinde “iş sahibi ile avukat arasındaki” hukuksal ilişki düzenlenmiş olup, bu madde hükmünün kovuşturma konusu olayla ilgisi bulunmamaktadır. İşin başka avukata verilmesi halinde “avukatlar arasındaki” ilişki meslek kurallarının 39. maddesinde düzenlenmiş ve vekalet verilmek istenilen ikinci avukatın işi kabul etmeden önce ilk vekalet verilen avukata yazı ile bilgi vermesi öngörülmüştür. Avukatın davranışı, meslek kurallarının 39. maddesine aykırıdır. (1.6.1994 T. E. 1994/39 K. 1994/40)”<sup>54</sup>

“Bir avukatın vekaletnameye dayalı olarak meslektaşını azletmesi meslek dayanışma ve düzen gereklerine uygun değildir. İş kabul etmeden önce ilk ve-

<sup>53</sup> Ankara Barosu Dergisi, S. 1995/2 s. 109.

<sup>54</sup> Ankara Barosu Dergisi, S. 1994/3 s. 485.

kalet verilen avukata yazılı bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ile oluşan disiplin suçu bir süre davayı birlikte takip etmiş olmaları ile ortadan kalkmaz. (27.6.1998 T. E. 1998/58 K. 1998/88)<sup>55</sup>

“Sanık müdafii olarak katılan avukata aynı sanığın vekaletini alan ikinci avukat ilk avukata bilgi vermek zorundadır.(18.05.2002 T. E. 2002/26 K. 2002/157)”

“İş sahibi şikayetçi avukatı vekaletten azlettikten sonra şikayetli avukata vekalet vermiştir. Bu nedenle avukatın bilgi verme yükümlüğü yoktur.” (07.11.2003 T. E. 2003/250 K. 2003/375 - 27.10.2001 T. E. 2001/82 K. 2001/159)”

---

<sup>55</sup> İstanbul Barosu Dergisi S. 1999/3-4-5 s. 415

# YARGITAY KARARLARI

## YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 23.06.2004

\* Men'i müdahale

E. 2004/14-372

\* Kamu yararına ayrılan metruk yerler

K. 2004/377

\* Tahsis belgesi

(474 sayılı K. m. 1, 3; 2502 sayılı K.)

Taraflar arasındaki “*meni müdahale*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Hanak Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 16.1.2003 gün ve 2001/7-2003/3 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 7.7.2003 gün ve 2458-5748 sayılı ilamı ile, (...Mahkemece, bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, bozma kararının gereğinin tam olarak yerine getirilmediği görülmüştür.

Davacı köyün yayla tahsis kaydı olarak dayandığı belgenin tahsis kaydı mı yoksa köy sınır namesi mi olduğu dosya içeriğinden tam olarak anlaşılamamaktadır. Keşifte dinlenen mahalli bilirkişiler de okunan kayıtların tahsis kaydı değil, köy sınırlarını gösterir kayıtlar olabileceğini beyan etmişlerdir. O halde öncelikle, davacı dayanağı kaydın tahsis mi, yoksa köy sınır namesi mi olduğu araştırılarak, ilgili mercilerden sorulmak suretiyle bunlara ilişkin tüm belgelerin istenmesi gerekir. Bu kaydın niteliğinin tam olarak tespitinden sonra, tarafların delil listelerinde isimleri bildirilen ancak dinlenmeyen tanıklarının taşınmaz başında dinlenmeleri suretiyle yeniden kayıt uygulaması yapılması, bununla birlikte diğer komşu köylere ait varsa köy kararları (tahsis kayıtları) ile de karşılaştırma yapılarak bir sonuca gidilmesi gerekirken, eksik inceleme araştırma ve uygulama ile karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yeri-

ne geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda diretilmiştir.

**Temyiz Eden:** Davacı vekili

### HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı Karakale Köyü tüzel kişiliği temsilcisi köy muhtarı N. A. dava dilekçesiyle, davacı köye ait yayla ve meranın bir kısmına davalı Aşağıaydere Köyü tarafından müdahalede bulunduğunu, Valilik tarafından ihale yapılmak suretiyle kiraya verildiğini; kendilerine ait 21.9.1931 tarih, 69 sayılı tahsis karan bulunduğunu, kadimden beri de köylülerce kullanıldığını ileri sürerek köye ait tahsis kararı, hudut name ve krokilerin dikkate alınması davalı köyün el atmasının önlenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Aşağıaydere Köyü Muhtarı, 22.7.1999 tarihli keşifte, davacı tarafın tespitini istediği yerlerin kendilerine ait yayla olduğunu, valilikçe sürü sahiplerine kiraya verildiğini, köy muhtarı olarak kiralamadıklarını savunmuş; yerel mahkemece müdahalenin il mera komisyonu tarafından kiraya verilen kişi tarafından yapıldığı, bu durumda davalı köyün tasarrufundan kaynaklanan bir müdahalenin söz konusu olmadığı sonuç ve kanaatine varılarak pasif husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmiş; bozmaya uyularak yapılan yargılama sonunda yine davanın reddine ilişkin olarak kurulan hüküm Özel Daire’ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuştur.

Evvelce Osmanlı Devleti’nin birer livası, Cumhuriyet devrinde kaldırılan, il ve ilçe arasında idari bir basamak olan Artvin, Ardahan ve Kars, Osmanlı Rus Devletleri arasında 3.3.1978 tarihinde Ayastefanos’ta (Şimdiki Yeşilköy) imzalanan bir anlaşma sonunda kaybedilmişti. Bu anlaşma ile Osmanlı İmparatorluğunun balkanlardaki hakimiyetinin önemli bir kısmı da sona ermiş bulunmaktadır.

Rusya’ya terk edilen bu yerler 43 yıl sonra, Rusya ile aramızda imzalanan 16.3.1921 tarihli “*Moskova Antlaşması*” ile milli sınırlarımıza alınmıştır.

İşte buradaki toprakların tasarruf hakkı ve halka dağıtılması ile ilgili 474 ve 2502 sayılı yasanın kabul edilmiştir.

474 sayılı yasanın uygulanacağı yerler şunlardır;

a. Kars ile Iğdır ve Tuzluca-Eskikurt-İlçeleri

b. Erzurum İlinin Oltu İlçesi,

c. Artvin İlinin merkezi ile Şavşat ve Borçka İlçeleri ve Hopa İlçesinin Kemalpaşa Bucağı, (İhsan Özmen, “Eski ve Yeni Hukukumuzda Gayrimenkul Mevzuatı”, 1986 baskı. S. 338-339) Bu Yasa, daha çok Rus işgalinden ötürü ortaya çıkan durumları, bu işgal kaldırıldığından tekrar eski durumun yerine getirilmesi amacını taşır.

Anılan Yasanın 3. maddesinde: “İş bu kanun hükmü evkaf-ı safiha-dan olan arazi hakkında cari değildir. Kura ve kasabada ait olan meralar ile yaylak ve kışlak, Pazar, panayır, namazgâh, koru, mesire, meydan gibi menafi umumiye ye mahsus ve metruk mahaller tehdit ve mesaha ile badettesbit ait oldukları kura ve kasaba namlarına kaydedilecektir.” Hükmü yer almıştır. Bu maddeye göre sayılan mera vesaire gibi kamu yararına ayrılan metruk yerler sınırlanacak, bu sınırlama sırasında yerin durumu yüzölçümü gösterilerek bir belgeye bağlanacaktır. Bu Yasa kapsamına giren yerler ise 1. madde de sayılıp yazılmak suretiyle gösterilmiştir. Bu madde; “Kars, Ardahan ve Artvin vilayetleriyle Iğdır ve Kulp kazaları ve Hopa'nın Kemalpaşa nahiyesi ahalisi” hakkında uygulanır. Buradaki sayma sınırlayıcıdır. Genişletilemez ve daraltılamaz. Bu yerler dışında kalan köy ve beldeler yasa hükümlerinin dışındadır. ...Adı geçen yerlerdeki mera ve yayla davalarında tanık dinlenemez ve davanın ispat ve kabulü için herhalde bu yasa hükümlerine göre verilen bir belge aranacaktır.

Uygulamada bu yasa hükümlerine giren yerler kısaca, Elviye-i Selase (3. İl) Kanunu diye adlandırılmakta ve öyle yazılmaktadır.

Bu tahsis belgesi vilayet makamından verilebileceği gibi Kaymakamlık'tan da verilebilir. Kaymakamlık tahsisi de yeterli görülür. Yeter ki 474 sayılı yasanın aradığı biçimde bir tehdit ve tespit ve sonra da tahsis yapılmış olsun.

Önemli sorun, çekişmeli yerin bu belgenin sınırları içine girmesindedir. Uygulama bu sonucu gösterirse belge sahibinin çekişmeli yer üzerindeki hakkını kabul etmek gerekir.

Genel olarak meralar hakkındaki belgelerde belgenin sınırları gösterilir. Bu sınırlar içinde kalan yer tahsisli mera olarak kabul edilir. Yüzölçümü gösterilmiş olup olmaması önemli değildir.

Oysa bu yasanın uygulandığı çevrelerde tehdit ve tespit edilen yerin yasadaki terimiyle (mesaha ile badettespit) kayıt edileceği yani yüzölçümü belirtilerek tahsis yapılacağı açıklanmıştır.

Bu yoldaki tahsislerde sınırlar kadar yüzölçümü miktarı da önemlidir. Uygulamada ve anlaşmazlıkların çözümlenmesinde göz önünde tutulması gerekir.

Herhangi bir köy veya beldenin sözü geçen çevrelerde dava konusu olarak dayanacağı belge bu yasa tarihi olan 10 Nisan 1340 tarihinden sonra, bu yasa hükümlerine göre tahsis edilip verilmiş olması lazımdır.

474 sayılı yasaya göre bu çevrelerde herhangi bir kimse ne eski belgelere (yani ferman, hüccet gibi padişahlık zamanından kalan) ve nede kadim yararlanmaya dayanabilir.

Şayet elde bir tahsis belgesi yok ise bir yer mera yayla veya kışlak niteliği kazanamaz mı? Bu soruya olumlu cevap verilmelidir. Tahsis belgesi olmasa dahi, bir yerin kadim mera olduğu ispatlanabilirse o yer için de meralık hükümleri ve yaylak veya kışlak olan yerler için de o yer hükümleri uygulanır. Ancak bunun kadimden gelen bir tahsis olduğunun ispatlanması gerekir. (Mera ve Yayla Davaları, Köy Orta Malları-İdari Sınır Anlaşmazlıkları. Ali Arcak, Tefik İmsel. Kasım 1970 baskı, S. 113, 114, 115, 116). Hayvan otlatılan her yer mera veya yaylak olarak kabul edilemez. Bir yer otlak olsa ve orada hayvan otlatılsa dahi mera veya yayla olarak kabul edilebilmesi için bazı koşulların gerçekleşmiş olup olmadığının araştırılması gerekir.

Her şeyden önce mera veya yayla olarak tahsis yapılmış olmalı, tahsise dair belge bulunmalı ve böyle bir tahsis belgesi elde yok ise öncesi bilinmeyen bir zamandan beri (kadimden beri) bu niteliği kazandığının ve mera, yaylak veya kışlak olduğunun bilinmesi gerekir.

Önemle belirtilmelidir ki, 474 sayılı yasanın uygulama alanı içine giren yerlerde, yani Kars, Ardahan, Artvin İlleri'yle Kulp ve Iğdır İlçeleri ve Hopa İlçesi'nin Kemalpaşa Bucağı'ndaki arazilerde, mera, yaylak ve diğer köy orta mallarının ispatı için tanık dinlenemeyeceği, bu kuralın kesin olduğu, bu gibi yerlerde bir yerin orta malı olduğuna dair iddianın ancak belgelerle ispat edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Tahsis belgelerinde bulunması gereken özellikler ve aranan koşullar ise şunlardır;

- a. Mal tahsis edebilecek nitelikte olmalı,
- b. Yetkili merci tarafından tahsis yapılmış bulunmalı,
- c. Tahsis alanının sınırları belirtilmeli,
- ç. Tahsis maksadı gösterilmiş olmalı,



- d. Yararlanma hakkı olanlar gösterilmeli,
- e. Tarımsal bakımdan elverişli bulunmalı,
- f. Tahsis sürekli yapılmalı,
- g. Tahsis ücretsiz olmalıdır.

Yukarıda anlatılanların ışığında somut olaya bakıldığında davacı köy temsilcisi, 21.9.1931 tarihli 69 karar nolu İlçe İdare Kurulu'nca verilen tahsis kararına ve zilyetliği dayanmaktadır. Bu belgenin 474 sayılı yasa uyarınca düzenlenmiş bir tahsis kararı olup olmadığı anlaşılamamaktadır.

Bu nedenle dayanılan belgenin ilgili mercilerden dayanağı belgelerle birlikte getirilmesi, 474 sayılı yasaya göre verilmiş bir tahsis kararı olup olmadığının değerlendirilmesi; anılan yasaya göre verilmiş bir tahsis kararı niteliği taşıdığı sonucuna varılır ise mahallinde yaşlı, yöreyi iyi bilen, civar köylerden seçilecek yerel bilirkişiler vasıtasıyla uygulama yapılması, tahsis kararında gösterilen sınırların arz üzerinde saptanması, açık yönler kalıyor ise kapanıp kapanmadığının bilirkişi ve taraf tanıklarından sorulmak suretiyle belirlenmesi, harita mühendisi veya fen memuru niteliğini haiz uzman bilirkişiye keşfi izlemeye elverişli kroki ve rapor düzenlettirilmesi, varsa tahsis haritası ve kadastro paftasının ölçeklerinin eşitlenmesi, çakıştırılması, dava konusu yerin bu kroki üzerinde gösterilmesinin sağlanması, bilirkişi ve tanık sözlerinin komşu parsellere revizyon gören kayıtlar uygulanmak suretiyle denetlenmesi, tahsis kararı kapsamının bir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde tespit edilmesi sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Davada dayanılan 21.9.1931 tarih, 69 nolu kayıt, 474 sayılı yasaya göre oluşturulmuş tahsis kararı niteliğinde değilse, kadim yararlanma hakkının taraflardan hangisine ait olduğu yerel bilirkişi ve tanıklardan sorulmak suretiyle tespit edilmeli, yukarıda anlatılan şekilde uygulama yapılmalı, varılacak sonuca göre hüküm kurulmalıdır.

Gerek bozma kararında gerekse yukarıda açıklanan nedenlerle direnme kararının bozulması gerekir.

\* \* \*

## Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 12.05.2004

E. 2004/1-281

K. 2004/285

\* Tapu iptali

\* Müdahalenin Önlenmesi ve  
Kal davası

\* Kıyı kenar çizgisinin saptanması

(3621 sayılı Kıyı K. m. 5, 9; AY m. 43)

Taraflar arasındaki “tapu iptali, müdahalenin önlenmesi ve kal” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ortaca Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 26.03.2002 gün ve 2001/132 E-2002/91 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay I. Hukuk Dairesi’nin 11.11.2002 gün ve 2002/12215-12674 sayılı ilamı ile; (...Davada ileri sürülen iddianın ve savunmanın içeriğine göre; yanlar arasındaki uyuşmazlığın, “kıyı kenar çizgisinin” saptanmasından kaynaklandığı açıktır. Eldeki davada kıyı kenar çizgisinin belirlenmesine yönelik araştırma ve uygulamanın hüküm kuracak nitelikte olduğunu söyleyebilme olanağı yoktur.

Bilindiği üzere, son kez yürürlüğe giren 3621 sayılı Kıyı Kanununun “kıyı kenar çizgisini” belirleme yöntemine ilişkin 5 ve 9. maddeleri, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı kapsamı dışında bırakılmış; anılan kanun maddesinin uygulanmasına yorum getiren ve görülmekte olan davalarda dikkate alınması zorunlu bulunan 28.11.1997 gün ve 5/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda “kural olarak, mülkiyet hukuku yönünden kıyı kenar çizgisi belirlenmesi görevinin adli yargıya ait olduğuna; ancak 3621 sayılı Kıyı Kanununun 9. maddesi uyarınca idare tarafından kıyı kenar çizgisi belirlenmiş ve yazılı bildirimle rağmen yasal süresinde idari yargıya başvurulmaması nedeniyle yargı yolunun kapanmış olması veya idare tarafından verilip kesinleşmiş karar bulunması durumlarında, bunlara uygun şekilde kıyı kenar çizgisinin adli yargı tarafından saptanması gerektiğine” işaret edilmiştir.

Hal böyle olunca, öncelikle idare tarafından 3621 sayılı kanunun 9. maddesi hükmüne göre “kıyı kenar çizgisi” haritasının düzenlenip, düzenlenmediği araştırılmalı, ondan sonra, üç jeologdan oluşturulacak uzman bilirkişi kurulu ve Tapu Fen Memuru aracılığıyla yerinde keşif yapılmalı; harita düzenlendiğinin ve yukarıda değinilen İçtihadı Birleştirme Kararı’nda belirtildiği şekilde işlem gördüğünün, böylece davanın taraflarını bağlayan bir içerik kazandığının anlaşılması durumunda “kıyı kenar çizgisi” idarenin düzenlendiği harita ya değer verilerek saptanmalıdır.

Harita düzenlenmediğinin ya da düzenlenip de 5/3 sayılı kararda yazılı olduğu gibi bizzat bildirim yapılmadığının veya kesinleşmiş bir idari yargı kararının bulunmadığı ortaya çıkması halinde ise, kıyı kenar çizgisi, bilimsel verilerden ve düzenlenmiş olmakla birlikte bağlayıcılık niteliğini kazanamamış haritadan yararlanılarak belli edilmeli belirlenen çizgi Tapu Fen memuru sıfatını taşıyan uzman bilirkişinin krokisine infazda kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yansıtılmalı ve sonucuna göre bir hüküm kurulmalıdır.

Eldeki davada kıyı kenar çizgisinin belirlenmesine yönelik araştırma ve uygulamanın hüküm kuracak nitelikte olduğunu söyleyebilme olanağı yoktur...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda diretilmiştir.

**Temyiz Eden:** Davacı Maliye Hazinesi vekili

### HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, 3621 sayılı Kıyı Kanun'dan kaynaklanan tapu iptali ve müdahalenin önlenmesi isteminden ibarettir.

Davacı Hazine, dava konusu Ortaca ilçesi Gökbel Köyü Sulungur mevkiinde bulunan 109 ada 4 nolu parselin tamamının Milli Emlak Denetmenleri'nce yapılan tespit sonucu kıyı kenar çizgisi içinde kaldığını, kıyıların özel mülkiyete konu olamayacağını, kaldı ki burada yapılan 6831 sayılı yasanın 2/B maddesi uygulamaları sırasında dava konusu taşınmazın Hazine adına tehdit dışına çıkarıldığını, bu nedenle Hazine adına tapuya tescil edilmesi gerektiğinden oluşturulan tapunun geçersiz olduğunu savunarak, kıyı kenar çizgisi içinde kalan tapunun iptaline, kamuya terkine taşınmazlara yapılan müdahalenin önlenmesine, burada bulunan binaların yıkılmasına karar verilmesini istemiştir.

Davalı, kıyı kenar çizgisinin idarece mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde saptanamayacağını, idarece belirlenen kıyı kenar çizgisinin Yargıtay'ın aradığı ölçütlere uygun olmadığını ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemenin her ne kadar dava konusu taşınmazın 6831 sayılı kanununun 2. maddesine göre Hazine adına orman sınırı dışarısına çıkarılan yerlerden olduğu iddiası ileri sürülmüşse de, davalının bu yönden

derdestlik itirazında bulunduğu; getirtilen aynı mahkemenin 2001/26 E sayılı dosyasının da konusunu, nedeninin ve yanlarının aynı olduğu anlaşılarak, bu yönden derdestlik nedeniyle HUMK m. 194 gereğince davanın açılmamış sayılmasına, öte yandan alınan bilirkişi raporlarına dayalı olarak taşınmazın tamamının kıyı kenar çizgisi dışında kaldığı sonucuna varılarak davanın reddine ilişkin olarak kurulan hüküm, özel dairece yukarıda açıklanan nedenlerle, bilirkişilerce kıyı kenar çizgisinin saptanması bakımından yapılan araştırmanın hüküm kurmaya yeterli olmaması gerekçesiyle bozulmuş, mahkeme önceki kararında direnmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, mahkemece yapılan keşif sonucu alınan bilirkişi raporlarının, kıyı kenar çizgisinin saptanması bakımından Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarına ve hüküm kurmaya uygun olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

1982 tarihli TC Anayasa'sının 43 ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 5. maddesine göre kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Deniz, göl ve akarsu kıyıları ile deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmakta, öncelikle kamu yararı gözetilir.

Deniz kıyıları, idari bir tahsis kararı gereğince değil, mahiyetleri gereği halkın yararlanacağı yerlerden olduğundan, idarenin yani Devlet, belediye, köy gibi kamu tüzel kişilerinin idari bir kararla, deniz kıyılarında halkın yararlanacağı yer niteliğini kaldırmaya yetkisi yoktur.

Kıyı çizgisi, deniz, tabii ve suni göl ve akarsularda taşkın durumları dışında, suyun kara parçasına deydiği noktaların birleşmesinden oluşan, meteorolojik olaylara göre değişen doğal çizgidir.

13.3.1972 tarihli, 7/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da belirtildiği gibi kıyı, denizin temadisi, ondan faydalanma hususunda zaruri bir unsur, bir kelime ile denizin mütemmim cüzüdür. Kumluk ve kayalık sahaların derinliği; dalgaların en fazla erişebildiği nokta, med ve cezirde denizin en son varabildiği yerlerdir.

Kıyı Kenar Çizgisi; Deniz, tabii ve suni göl ve akarsuların, alçakbasık kıyı özelliği gösteren kesimlerinde, kıyı çizgisinden sonraki kara yönünde, su hareketlerinin oluşturduğu, kumsal ve kıyı kumullarından oluşan, kumluk, çakıllık, kayalık, taşlık, sazlık, bataklık ve benzeri alanların doğal sınırı; dar-yüksek kıyı özelliği gösteren kesimlerinde ise, şev ya da falezin üst sınırır.

Bu sınır, doldurma suretiyle arazi elde edilmesi halinde de değiştirilemez.

Kıyı, kıyı çizgisi ile kıyı kenar çizgisi arasındaki alandır.

a)Dar-Yüksek kıyı: Plaj ya da abrazyon platformu olmayan veya çok dar olan, şev, falezle son bulan kıyılardır.

b)Alçak-Basık kıyı; kıyı çizgisinden sonra da devam eden, kıyı hareketlerinin oluşturduğu plajı hareketli ve sabit kumulları da içeren kıyı kordonu, lagün alanları, sazlık, bataklık ile kumluk, çakıllık, taşlık ve kayalık alanları içeren kıyılardır. (YİBK 13.3.1972 T. 7/4)

Kıyı kanunlarımızın temelini teşkil eden mülga 6785/1605 sayılı İmar Kanunu'nun ek 7 ve ek S. maddelerine ilişkin yönetmelikler, kıyılarından eşitlik ve serbestlikle toplumun yararlanması, kıyıların doğal yapısının değiştirilmemesi ve kirletilmemesi yönünde hükümler getirmiş ise de bu yönetmelik yerini 27.11.19841, 3086 sayılı "Kıyı Kanunu"na bırakmıştır.

Ancak, 3086 sayılı Kıyı Kanunu ile getirilen "Kıyı Kenar Çizgisi" ve "Kıyı"ya ilişkin teknik tanımlar ve bazı maddeleri Anayasa'ya aykırı bulunması nedeniyle iptal edilmiş, böylece Kıyı Kanunu'nun yeniden hazırlanması gereği ortaya çıkmıştır.

Anayasal bir hak olarak ortaya çıkan kıyılardan yararlanma imkan ve koşullarının gösterilmesi amacıyla bir yasa çıkarılması zorunlu hale gelince 3621 sayılı yasa bu amaçla çıkarılmıştır. Yasanın bu işlevi "Amacı" başlıklı birinci ve "kapsam" başlıklı ikinci maddelerinde açıkça ortaya konmuştur. Sözü edilen birinci madde aynen "Bu kanun, deniz, tabii ve suni göl ve akarsu kıyıları ile bu yerlerin etkisinde olan ve devamı niteliğinde bulunan sahil şeritlerinin doğal ve kültürel özelliklerini gözeterek koruma ve toplumun yararlanmasına açık, kamu yararına kullanma esaslarını tespit etmek amacıyla düzenlenmiştir." Dedikten sonra ikinci maddede belirtilen amaca paralel biçimde yasanın kapsamını göstermiş ve aynen "Bu kanun deniz, tabii ve suni göller ve akarsu kıyıları ile deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerine ait düzenlemeleri ve bu yerlerden kamu yararına yararlanma imkan ve şartlarına ait esasları kapsar" kuralına yer vermiştir.

Denilebilir ki; Yasa, bütünüyle değerlendirildiğinde; kıyıların kamuya açık tutulması ve bu yerlerden toplumun genellik, eşitlik ve serbestlik ilkelerine uygun faydalanmasını sağlama yönünden; idareye görevler yüklemiş ve bu alanda yapılacak işler gösterilmiş ve kıyıya ilişkin teknik ve hukuki esaslar, Anayasal doğrultuda ortaya konmuştur.

Kıyının kamuya açık tutulabilmesi ve yasanın bu alanda idareye verdiği görevlerin yerine getirilebilmesi ve kıyıda planlama ve uygulamanın yürütülebilmesi için öncelikle, kıyıya ilişkin bir tespitin yapılması zorunludur. Bu nedenle idarenin kendi açısından kıyı kenar çizgisini belirlemesi gerekir. İşte yasa koyucu 3621 sayılı kanunun 9.maddesiyle, salt bu amaçla sınırlı olmak üzere Valiliğe kıyı kenar çizgisini kamu görevlilerinden oluşan beş kişilik bir komisyon aracılığıyla belirleme yönünden bir görev vermiştir. Nitekim yasanın 5/4 maddesi bu durumu aynen *“kıyıda ve sahil şeridinde planlama ve uygulama yapılabilmesi için kıyı kenar çizgisinin tespiti zorunludur”* biçiminde ortaya koymuştur. (28.11.1997 gün ve 1996/5-1997/3 sayılı YİBK)

Somut olayda 6785/1605 sayılı İmar Kanunu'nun Ek 7. ve Ek S. maddeleri gereğince çıkarılan yönetmeliğe dayalı olarak idarece belirlenen 1975 ve 1976 tarihli kıyı kenar çizgisinin 13.3.1972 tarih, 7/4 sayılı YİBK doğrultusunda yapılacak soruşturmada delil olarak değerlendirileceği, kararlılık kazanmış yargısal uygulamada benimsenmiş ve uygulama da bu doğrultuda sürdürüldüğünden yönetmeliğe dayalı belirlemenin doğrudan bağlayıcı olamayacağı sonucuna varılmış, somut olayda uygulama olanağı bulunan 28.11.1997 gün ve 1996/5-1997/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı dikkate alınmıştır. Anılan kararda açıklandığı şekilde 3621 sayılı kanunun 9. maddesi gereğince idare tarafından belirlenen kıyı kenar çizgisi taraflara tebliğ edilmemiş; bu konuda idari yargıya başvurulmamış veya idari yargı tarafından verilen kesinleşmiş bir karar bulunmadığından 28.11.1997 gün ve 1996/5-1997/3 sayılı YİBK sonuç bölümünde öngörülen anlamda bir kıyı kenar çizgisi oluşmadığı anlaşıldığından, uyuşmazlığın 13.3.1972 tarih 7-4 sayılı YİBK çerçevesinde yapılacak araştırma ve uzman bilirkişilerden alınacak raporların değerlendirilmesi suretiyle çözümlenmesi gerekeceği sonucuna varılmıştır.

Bu anlamda somut olayda mahkemece yapılan keşif sonucu alınan bilirkişi raporlarına bakıldığında; her ne kadar ziraat, orman, fen bilirkişileriyle birlikte üç kişilik jeolog bilirkişi kurulundan rapor alınmışsa da, jeolog bilirkişiler dışındaki bilirkişilerin kıyı kenar çizgisi ile ilgili bir görüş belirtmediği, jeolog bilirkişilerinin ise raporlarında takdiri delil olarak değerlendirilmesi gereken Muğla Valiliği Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü'nce oluşturulmuş kurul aracılığı ile saptanan kıyı kenar çizgisi ile kendilerince saptanan kıyı kenar çizgisi arasındaki farkın nedenlerinin denetime açık biçimde ve yeterli düzeyde tartışılıp rapora yansıtılmadığı, soyut ifadelerle geçiştirildiği anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca; mahkemece yapılması gereken iş, aralarında bu konuda uzman ziraat, harita mühendisi ve jeolog veya jeomorfoloğların bulunduğu yeni bir bilirkişi kurulu oluşturularak, dava konusu taşınmazın bulunduğu yere ilişkin, memleket haritası, en eski tarihli askeri haritalar, hava fotoğrafları, Valilik Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü'nce kıyı kenar çizgisi saptanması sırasında kullanılan ve oluşturulan işlemler tüm evrak, belge ve haritalar getirtilip tüm kayıtlar uygulanmasını sağlamak, gerektiğinde değişik kodlardan toprak örnekleri alınıp analizler yaptırmak, mevsimsel etkiler de göz önünde tutularak yukarıda yapılan kıyı kenar çizgisi tanımına uygun biçimde kıyı kenar çizgisini saptamak, ayrıca aynı ana parselden ifraz en oluşmuş bulunan 109 ada 6 nolu parselin akıbeti araştırıp toplanan tüm delilleri birlikte değerlendirip sonucuna göre karar vermektir ibarettir.

O halde yukarıda açıklanan nedenlerle özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda diretilmesi doğru değildir. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

\* \* \*

### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

**T. 20.10.2004**  
**E. 2004/1-435**  
**K. 2004/558**

**\* Çaplı taşınmaza el atmanın  
önlenmesi**  
(3091 sayılı K.; AY m. 34, 46;  
4721 sayılı TMK m. 683)

Taraflar arasındaki "*meni müdahale*" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Serik Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 20.12.2002 gün ve 2001/169-2002/748 sayılı kararın incelenmesi davalı Hazine vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 9.4.2003 gün ve 3468-4230 sayılı ilamıyla; (...Dava, çaplı taşınmaza el atmanın önlenmesi isteğine ilişkindir.

Davacı, niza konusu 231 parsel nolu taşınmazın maliki olduğunu, 3091 sayılı yasa uyarınca 17.04.2000 gün 8 nolu kararla bu taşınmazın 415 m<sup>2</sup>'lik kısmından, 07.02.2001 tarihli kararla da 80 m<sup>2</sup>'lik kısmından men edildiğini belirterek, davalı Hazine'nin el atmasının önlenmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı Hazine vekili ise, davacı parseline kendilerinin el atmalarının olmadığını belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Dosya arasında bulunan belgelerden de anlaşıldığı gibi; davacının

3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanuna göre dava dışı Süleyman Türkmen'in tecavüzünün önlenmesi için Serik Kaymakamlığı'na yaptığı başvuru üzerine S. T.'nin nizalı yerden menine ve (davacı bu yeri Hazine'ye ecir misil ödeyerek kullandığından) taşınmazın 17.4.2000 gün ve 8 sayılı kararla Mal Müdürlüğüne teslimine denilmiş, keza tecavüzün devam etmesi üzerine, bu defa 7.2.2001 gün ve 9 sayılı men kararı ile aynı kişinin nizalı taşınmazdan menine, taşınmazın Hazine arazisi olması nedeniyle Hazine adına Serik Mal Müdürlüğü'ne teslimine karar verilmiş, bu kararlara karşı idare mahkemesinde açılan dava temyiz aşamasından geçerek kesinleşmiştir.

Yapılan bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, davalı Hazine tarafından davacının 3091 sayılı yasaya göre taşınmazdan el çektirilmesine dair bir başvurusu yoktur, ayrıca eylemli olarak davacı taşınmazına el atması da bulunmayıp böyle bir iddia da ileri sürülmemiştir. Sonuç olarak davalı Hazine ise eylemli olarak nizalı taşınmaza el atmamış, ayrıca hak iddia ederek de muaraza çıkarmamıştır. Sadece 3091 sayılı yasa uygulaması sırasında zeminde ölçüm sırasında yanlışlık yapılmış, davacının 3091 sayılı yasaya göre menini isteyen ve Hazine taşınmazını ecir misil karşılığı kullanan dava dışı O. T.'nin bu yeri belirlenirken ölçüm hatası sonucu sınırdaki bulunan davacıya ait 231 nolu parselin bir kısmı da idare men kararı kapsamına alınmıştır. Burada davalı Hazine'nin bir katkısı bulunmamaktadır. Davacının yapacağı, aleyhine idari men kararı alan kişi hakkında el atmanın önlenmesi davası açıp, varsa çaplı yere el atmanın önlenmesi davası açıp, varsa çaplı yere ait müdahalesini önlemektir.

Yapılan tüm bu açıklamalara göre, davalı Hazine hakkında açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, davanın kabulüne karar verilmesi yerinde olmadığı gibi, kabule göre de davalı Hazine olup, Harçlar Yasası'nın 13/J bendine göre harçtan muaf olduğu halde kararda harca hükmedilmesi doğru olmadığından yerel mahkeme kararının HUMK'un 428. maddesi gereğince bozulmasına...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda diretilmiştir.

**Temyiz Eden:** Davalı Hazine

### HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:



Dava, çaplı taşınmaza el atmanın önlenmesi istemine ilişkindir.

Davacı, yanlış ölçüm ve hatalı değerlendirme sonucu kaymakamlıkça verilen men kararı ile mülkiyeti kendisine ait 231 nolu parselin bir kısmını kullanmasının engellenerek, bu yerin Maliye Hazinesi'ne teslimine karar verildiğini ileri sürerek, haksız olarak yapılan el atmanın önlenmesini istemiştir.

Davalı, taşınmaza eylemli olarak el atmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemenin davalı Maliye Hazinesi'nin el atmasının önlenmesine ilişkin olarak kurduğu hüküm, Özel Dairece, yukarıda açıklanan nedenlerle, Maliye Hazinesi'nin dava konusu yere eylemli olarak bir el atmasının bulunmadığı gerekçesi ile bozulmuş, Mahkemece davalı Maliye Hazinesi'nin davacının mülkiyet hakkına el atmasının mevcut olduğu gerekçesiyle önceki hükümde diretilmiştir.

Uyuşmazlık; dava konusu taşınmaza eylemli olarak bir el atması bulunmayan Maliye Hazinesi'nin 3091 sayılı kanuna göre infazı yapılan taşınmazı teslim almakla, hukuki bir el atma da bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Dosya kapsamına göre, davacı Süleyman'ın maliki olduğu çaplı taşınmazını kullanırken, Hazine'ye ecri misil ödeyerek köy boşluğu niteliğindeki komşu arazide zilyet olan Osman'ın şikayeti üzerine, kaymakamlıkça 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'a göre açılan soruşturma sonucunda, davacının köy boşluğu niteliğindeki yerden men edilirken yapılan hatalı ölçüm sonucu, mülkiyeti kendisine ait çaplı taşınmazın bir kısmından men edildiği ve bu taşınmazın Hazine'ye teslimine karar verilerek, kararın infaz edildiği, bu nedenle de davacının mülkiyeti kendisine ait taşınmazın bir bölümünü kullanamaz hale geldiği anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere, çap iptale kadar geçerlidir. Kişi çap kapsamındaki yerini her türlü el atmadan uzak olarak, kanunların izin verdiği ölçüde, dilediği gibi tasarrufta bulunmaya yetkilidir. Bu yetki mülkiyet hakkının zorunlu bir sonucudur.

1982 Anayasası, mülkiyet hakkını 1961 Anayasası'na göre daha da güçlendirerek, temel hak ve ödevler kısmına almıştır. 1982 Anayasası'nın 35. maddesinde; *"herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlandırılabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz"* 46. maddesinde ise; *"kamu yararının*

gerektirdiği hallerde, karşılıkları peşin ödenmek koşuluyla özel mülkiyette bulunan taşınmaz malları kamulaştırabileceği" öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, mülkiyet hakkı ancak kamu yararı ve kamu düzeni amacı ile sınırlandırılabilir.

Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinde (önceki Türk Kanunu Medenisi'nin 618. maddesinde); "Bir şeye malik olan kimse hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir."

Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak açabileceği gibi, her türlü "haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir" denmektedir.

Taşınmaza yapılan el atmanın mutlaka kusura dayanması gerekmez. Ancak söz konusu el atma haksız olmalıdır. Diğer bir söyleyişle, aynı hak, komşuluk hukuku yada kamu hukukundan kaynaklanan bir hakka dayanmamalıdır. (Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman, Prof. Dr. Özel Seliçi Eşya Hukuku, 3. Bası İstanbul 1988. s: 261)

Bu anayasal ve yasal düzenlemeler karşısında, yönetsel makam tarafından alınan; kişinin mülkiyet hakkını sınırlayıcı, tasarrufunu önleyici nitelikteki önleme kararının infazı ve Hazine temsilcisine teslimi suretiyle Hazine'nin muaraza (sataşma) ortaya çıkardığı belirgin hale gelmektedir. Bu durumda yapılan müdahalenin ve çıkarılan muarazanın (sataşmanın) haklı olduğunu söyleyebilme olanağının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Hemen belirtelim ki, somut olayda davalı Hazine'nin davacının mülkiyet alanına doğrudan ve eylemlerle bir tecavüzü bulunmamaktadır. Ne var ki, köy boşluklarının Hazine'ye ait olması nedeniyle, yönetsel kararlar davacının çaplı taşınmazının bir bölümünün de karar kapsamına alınarak, malik olan davacının burayı kullanmasının önlenmesi, kararın infazından kaynaklanan hukuksal bir el atmadır. Çünkü yönetsel önleme kararının infazı ile davacıdan arazisinin bir kısmını kullanmaması istenilmekte ve davacının bu karara uymaması durumunda her an 3091 sayılı kanunun öngördüğü yaptırımın tehdidi altında bulunmaktadır. Bu nedenlerle, davacının mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı yetkilere kavuşabilmesi için kararın infazı sonucu taşınmazı teslim alan Hazine'ye karşı dava açması yerindedir.

Öte yandan, dava dışı üçüncü kişinin eylemlerle davacının taşınmazına bir el atması bulunmamaktadır. Böyle bir iddia da ileri

sürülmemiştir. Bu nedenle davanın şikayetçi üçüncü kişiye karşı açılması olanaklı değildir. Kaldı ki, üçüncü kişinin yargılama aşamasında davaya müdahil olmak için verdiği dilekçe, mahkemece hukuksal yarar yokluğu gerekçesiyle reddedilmiş, bu yönden mahkeme hükmü temyiz edilmediği gibi bozma ilamında da bu yöne değinilmemiştir.

Hal böyle olunca, davacının dava konusu yerden men edilmesi ve taşınmazı kullanması durumunda, 3091 sayılı Kanunun öngördüğü yaptırımlarla karşı karşıya kalması nedeniyle bir muarazanın ortaya çıktığı ve davacının mülkiyet hakkını kullanabilmesi için bu muarazanın (sataşmasının) önlenmesi gerektiği sonucuna varıldığından, bu yönleri amaçlayan mahkemenin direnme kararı yerinde olup, onanması gerekir.

\* \* \*

### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 05.05.2004

E. 2004/8-252

K. 2004/257

\* Kazandırıcı zaman aşımı

nedeniyle tescil

\* İmar ve ihya

\* Eklemeli zilyetlik

\* Ecri misil

(3402 sayılı Kadastro K. m. 14, 17;

4721 sayılı TMK m. 705)

Taraflar arasındaki "tescil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 9. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 27.11.2002 gün ve 2002/231-802 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay S. Hukuk Dairesi'nin 17.3.2003 gün ve 1683-1571 sayılı ilamı ile, (...Davacı vekili, tapuluma tespitleri sırasında ziraata gayri salah niteliğiyle tapulama dışı bırakılan taşınmazın imar-ihya ve 1950 yılından itibaren süre gelen kazanmayı sağlayan zilyetlik nedeniyle 3402 sayılı kanununun 14 ve 17. maddeleri hükümlerine göre müvekkili adına tescilini talep ve dava etmiştir.

Davalı Hazine vekili, davacının tescil talep ettiği taşınmaz için ecri misil ödediğini, zilyetlikle iktisap şartlarının gerçekleşmediğini açıklayarak davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkeme, taşınmazın üzerindeki inşaat ve ağaçların yaşı itibarıyla zilyetlikle iktisap süresinin dolmadığını, ayrıca davacının bu yere ecri misil ödediğini, zilyetliğinin malik sıfatıyla olmadığını açıklayarak davayı reddetmiştir.

Hükmü davacı vekili temyiz etmiştir.

Mamak Kadastro Müdürlüğü, taşınmazın tapulama tespiti sırasında ziraata elverişsiz arazi niteliğiyle tespit dışı bırakıldığını belirtmiştir. Çevre parsellere ait tutanaklardan tapulama tespitinin 26.11.1950 tarihinde yapıldığı anlaşılmaktadır. Dinlenen şahitler, davacının ve ondan öncede babasının 50 yılı bulan zilyetliğinden söz etmişlerdir. Yine aynı şahitler ve mahalli bilirkişi imar-ihya işlemlerinin zilyetlikle birlikte başladığını açıklamışlardır. Dosya arasında bulunan 1971 tarihli hava fotoğrafı keşif sırasında teknik bilirkişilere uygulanmış, bu yerde davacıya ait iki ayrı binanın ve ön tarafta bahçenin olduğunu tespit etmişler, beyanları keşif zaptına alınmıştır. Bilirkişilerden ziraat mühendisi bilirkişi ile inşaat mühendisi bilirkişi raporlarında bu hususa yer vermedikleri gibi, fen elamanı da açıklama yapmamıştır. Ziraat bilirkişisi ve inşaat mühendisi bilirkişisi, taşınmazın niteliğiyle ilgili hiçbir değerlendirme yapmamışlardır. Sadece, inşaat ve üzerindeki meyve ağaçlarıyla ilgili açıklamada bulunmuşlardır. Bilirkişilerin keşif zaptına geçen hava fotoğrafının uygulanmasına ilişkin beyanları dikkate alındığında taşınmazın en geç 1971 yılından itibaren tasarruf edildiği de sabit olmaktadır.

Dinlenen mahalli bilirkişi, davacı şahitlerinin beyanlarına göre 18.10.2002 keşif tarihinden geriye doğru davacının imar ihya ile örtüşen en az 50 yıllık eklemeli zilyetliği söz konusudur. Bu süre iktisap için yeterlidir. Ecri misil ödeme tarihi 26.12.1997 tarihidir. Ecri misilli ihbarnamesine göre işgalin başladığı tarih 1991'dir. Şahit beyanlarına göre davacının eklemeli zilyetliği 1952 yılında başladığına göre, ecri misil ihbarnamesi tarihine kadar geçen süre iktisap için yeterli bir süredir.

TMK'nın 705. maddesine göre; taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescille olur. Kanunda öngörülen diğer hallerde mülkiyet tescilden önce de kazanılır. Davacının 1952 yılında başlayan imar-ihya işlemi ve zilyetliğiyle 1991 yılına kadar geçen 39 yıl, kanunun aradığı iktisap için yeterli süreyi aşmaktadır. 3402 sayılı kanunun 14 ve 17. maddelerindeki şartlar gerçekleştiğinden davanın kabulüne karar vermek gerekirken aksine düşüncelerle davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda diretilmiştir.

**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, tapulama dışı yerin imar ve ihya hukuksal nedenine dayalı zilyetlik yoluyla tescili isteminden ibarettir.

Davacı, dava konusu tapulama sırasında tespit dışı bırakılan yeri, 30 yıldan fazla süredir imar ve ihya edip malik sıfatıyla çekişmesiz ve aralıksız kullandığını ileri sürerek, taşınmazın adına tesciline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Hazine, davacının dava konusu yer için Hazine'ye ecri misil ödediğini, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerin zilyetlikle kazanımının mümkün olmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemenin, taşınmazda bulunan ağaçların yaşı dikkate alındığında zilyetlik süresinin dolmadığı ve davacının dava konusu taşınmaz için ecri misil ödemesi nedeniyle zilyetliğin malik sıfatıyla olmadığı gerekçesiyle, davanın reddine ilişkin olarak kurduğu hüküm özel dairece, yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuş, mahkemece, önceki hükümde diretilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davacının zilyetlikle kazanım için 3402 Sayılı Kadastro Yasası'nın 14 ve 17. maddeleri ile TMK m. 713 (TMK m. 639) uyarınca öngörülen 20 yıllık kazandırıcı zamanaşımı süresinin dolup dolmadığı ve davacının Hazineye ecri misil ödemesi nedeniyle süregelen zilyetliğin malik sıfatıyla sayılıp sayılamayacağı noktalarında toplanmaktadır.

Dosyadaki tapu kayıtlarına göre, dava konusu taşınmazın bulunduğu yerde 26.11.1950 tarihinde tapulama tespiti yapıldığı, 26.1.1951 tarihinde çevre parsellerin tapu kayıtlarının itirazsız kesinleştiği, yapılan bu tespit sırasında dava konusu taşınmazın ziraata elverişsiz arazi olarak tapulama dışı bırakıldığı anlaşılmaktadır. Taşınmazda sürdürülen zilyetlik süresinin sadece burada bulunan ağaçların yaşı ile tespiti doğru değildir. Doğru bir sonuca varılabilmesi için, bu konuda dosyada bulunan tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Nitekim somut olayda, keşifte yeminle dinlenen yerel bilirkişi ve tanıklar keşif tarihi olan 18.10.2002 tarihinden geriye doğru bu yere önce davacının babası T. K.'nın, sonrada davacının eklemeli olarak 50 yıldır zilyet olduklarını, Tahsin'in 25-30 sene önce mallarını taksim ettiğini ve

dava konusu taşınmazı davacıya verdiğini, Tahsin'in Osman'la birlikte burayı imar ve ihya ettiğini, burada bulunan eski evi Tahsin'in yaptığını, davacının da kendisine geçtikten sonra bir ev yaptığını ve toprağı işleyip bahçe olarak kullanmaya devam ettiğini, beyan etmişlerdir. Yine, dava konusu yere ilişkin 1971 basım tarihli hava fotoğrafı getirtilmiş, bilirkişilerce yapılan uygulama sonucunda, fotoğrafta davacıya ait iki bina ve ön tarafta bahçesinin mevcut olduğu belirlenmiştir. Her ne kadar, ziraat bilirkişisince davacının zilyet olduğu bahçede ağaçların değişik cinslerde 1 ila 20 yaşlarında olduğu belirtilmişse de, yukarıda açıklanan yerel bilirkişisi ve tanık beyanları ile resmi belge niteliğindeki hava fotoğrafı birlikte değerlendirildiğinde; dava konusu yerde zilyetliğin 1971 yılından önce başladığı ve dava tarihi olan 25.3.2002 tarihine kadar yasanın aradığı süre koşulunun fazlası ile gerçekleştiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 705 ve 713. maddelerin de mülkiyetin kazanım koşullarının gerçekleştiği anda mülkiyeti talep hakkı doğacağı öngörülmüştür.

Resmi kanıtlarla çelişmedikçe tanıkların doğruyu söylediklerinin kabulü gerekir. Tanıkların beyanına göre 1952 yılından itibaren davacı ve babası taşınmaza zilyettir. Kaldı ki, resmi belge niteliğindeki hava fotoğrafı da bu beyanı desteklemektedir.

Davacı 30.9.1997 tarihinde 1.1.1991 yılından tahakkuk tarihine kadar olan 6 yıl 9 aylık süre için talep edilen 120.698.000 TL ecri misili ödemiş bulunmaktadır. Bu durumda zaten, gerek ecri misil tahakkuk tarihinde, gerekse işgalin başladığı tarih olarak ecri misilin başlatıldığı 1991 yılında, zilyetlikle kazanım için aranan yeterli süre geçmiş ve TMK m. 713'e göre davacının mülkiyetin tespitini talep etme hakkı doğmuş olmaktadır.

Kaldı ki, uzun yıllardan beri taşınmaza malik sıfatıyla zilyet olan ve gerek TMK m. 713 gerekse Kadastro Yasası'nın 14 ve 17. maddeleri uyarınca taşınmaz mal edinme koşulları lehine gerçekleşen kişinin, gerek cebri icra, gerekse, zilyetliğine son verilme tehdidi altında hazine tarafından istenen iptal tazminatını ödemesi aleyhine olarak yorumlanamaz. Burada, ihtirazı kayıt ileri sürüp sürmemesinin de bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü zilyetlikle kazanım koşulları lehine gerçekleşen kişi bu taşınmazı adına tapuya tescil ettirmediği dönemde, Hazine tarafından istenen tazminatı ödemediği takdirde, hakkında 6183 sayılı Amme Alacakları'nın Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun hükümlerinin

uygulanması ve ödeme yapılmadığı ve mal beyanında bulunulmadığı durumlarda hapsen tazyik (hapis ile zorlama) yaptırımını ile karşı karşıya kalmaktadır (aynı yönde Y. HGK. 24.9.2003 gün ve 2003/8-592 E. ve 2003/508 K. Sayılı ilamı).

Somut olayda; davacının eklemeli olarak 1952 yılından itibaren 50 yıldır dava konusu taşınmazda zilyet olduğu, davacının babası Tahsin'in burayı imar ve ihya edip ev ve bahçe olarak kullandığı, 30 yıl kadar önce Tahsin'in çocuklarına mallarını paylaştığı, davaya konu yerin davacıya düştüğü, davacının da ayrı şekilde aralıksız ve çekişmesiz olarak kullanmaya devam ettiği ve zilyetlikle kazanım koşullarının lehine gerçekleştiği, dosya kapsamı ile belirgin hale gelmiş bulunmaktadır. Buna karşılık, davacının zorlayıcı yaptırım tehdidi altında 30.9.1997 tarihinde, 1.1.1991 tarihinden itibaren 6 yıl 9 aylık ecir misil ödemesinin, doğmuş bulunan mülkiyeti talep hakkından feragat anlamına ve Hazine'nin üstün zilyetliğini kabul anlamına gelmeyeceği, davacının asıl amacının taşınmazı elinde tutmak ve sahip olmak olduğu anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, bu hukuki ve somut olgular karşısında mahkemenin bozma kararına uyması gerekirken direnmesi hatalı olduğundan, direnme kararının bozulması gerekmiştir.

\* \* \*

### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 16.06.2004

E. 2004/8-366

K. 2004/362

\* Tapu iptali ve tescil

\* Hazinesinin mirasçılığı

\* İcraatlı ve mukataalı vakıflarda malın vakfa rücuu

(743 sayılı TMK m. 448, 639/2;

2762 sayılı Vakıflar K. m. 29;

2888 sayılı K. m. 2)

Taraflar arasındaki "tapu iptali, tescil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Edirne Asliye 1. Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine, birleştirilen davanın kabulüne dair verilen 03.10.2000 gün ve 1991/85 E,- 2000/374 K. sayılı kararın incelenmesi davacı ve müdahil Hazine vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay S. Hukuk Dairesi'nin 29.11.2001 gün ve 2001/5849-8636 sayılı Hamiyle; (...Davacı A. H. K., 415 ada, 38 parselin tapu kaydının iptali ile kendi adına, diğer davacı Vakıflar Genel Müdürlüğü vekili dava konusu parselin tapu

kaydının iptali ile Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tapuya tesciline karar verilmesini istemişlerdir.

Hazine vekili her iki davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, davacı gerçek kişinin davasının reddine, dava konusu taşınmazın tapu kaydının iptali ile diğer davacı Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tesciline karar verilmesi üzerine hüküm davacı A. H. K. vekili ile müdahil Hazine vekili taraflarından temyiz edilmiştir.

Davacı A. H. K., dava konusu taşınmazın 1954 yılından bu yana zilyetliği altında bulunduğunu, kayıt malikinin öldüğünü, tapu kaydının intikal görmediğini, hukuki değerini yitirdiğini ileri sürerek kendi adına tesciline,

Vakıflar Genel Müdürlüğü vekili, dava konusu taşınmazın H. Ç. Vakfı'ndan olduğunu, mutasarrıfı M. T. oğlu Mayer'in yitik bir kişi olduğunu, taşınmazın mülkiyetinin Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne döndüğünü açıklayarak tapu kaydının iptali ile Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

Ayrı ayrı açılan her iki dava birleştirilerek yargılama yürütülmüş ve sonuçlandırılmıştır.

Uyuşmazlık konusu parselde ait kadastro beyannamesinde; Teşrinisani 313 tarih, 90 ve 91 numaralı tapu kayıtlarına dayanılarak İspanyol Tebaasından Mayer oğlu B. M. T. ve müşterekleri adına 01.12.1939 tarihinde tespit edilmiş, beyanname ve ekleri komisyona gönderilmiştir. Komisyonca tespit iptali ile dava konusu taşınmazın ölü Mose oğlu M. T. adına tespitine karar verilmiş, bu tespite dayanılarak sicil oluşmuştur.

Davacı gerçek kişi, MK'nın 639/2. maddesine, davacı Vakıflar Genel Müdürlüğü 2762 sayılı Vakıflar Kanunu hükümleri uyarınca tapu kaydının iptali ile tescili isteğinde bulunmuşlardır. Davacı gerçek kişinin davası bakımından, kural olarak tapulu bir taşınmazın kazandırıcı zaman aşımı ve zilyetlik yoluyla edinilmesi mümkün bulunmamaktadır. Ancak, kanunun düzenlediği ayrık hallerde tapulu bir taşınmaza ait tapu kaydı veya bir paya ait tapu kaydı hukuki değerini yitirebilir. Her iki dava mülkiyetin aktarılmasına ilişkin tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Bu tür uyuşmazlıklarda davanın kayıt malikine, kayıt maliki ölü ise alınacak mirasçılık belgesine göre usulen mirasçılara yöneltilmesi, öncelikle taraf teşkilinin sağlanması, ondan sonra iddia ve savunma çerçevesinde taraf delillerinin toplanarak sonucuna göre bir karar



verilmesi gerekir. Uyulan bozma ilamında bu hususlara işaret edildiği halde, bozma gerekleri tam olarak yerine getirilmemiştir. Mahkemece, taraf teşkili sağlanmadan kayıt malikinin 1935 yılından önce Türkiye'yi terk ettiği, mülkiyetin kayıt malikine geçmediği için bu yerin Hazine'ye intikalinin mümkün olamayacağı, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu uyarınca taşınmazın Vakıflar İdaresi'ne döndüğü gerekçesiyle davacı gerçek kişinin davasının reddine, Vakıflar İdaresinin davasının kabulüne karar verilmiştir. Kayıt malikinin kimliği ve Türkiye'yi terk etmesi bakımından yapılan inceleme nokсандır. Az önce de açıklandığı üzere tespit ölü kişi adına yapılmıştır. Bundan ayrı, kadastro beyannamesine göre; kayıt malikinin geride mirasçı bıraktığı ve kadastro beyannamesinin ilgili sütununda mirasçıların isimlerinin yazıldığı ve imzalarının alınmış olduğu, ayrıca davacı Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından açılan dosya arasındaki kayıt örneklerine göre kayıt malikinin mirasçılarının olduğu anlaşıldığına göre, adı geçen kişinin ve mirasçılarının Türkiye'yi terk ettikleri yolundaki mahkeme gerekçesi dayanaksız kalmaktadır. Tüm bu yönler göz önünde tutularak kayıt malikinin mirasçılık belgesinin taraflardan istenilmesi, davanın mirasçılara yöneltilmesi, kendilerine usulen tebligat yapılması, adı geçen kişiler Türkiye'yi terk etmişler ise bu yerin İntikal Kanunları ve MK'nın 448. maddesi uyarınca Hazine'ye kalan yerlerden olup olmadığının araştırılması, ondan sonra uyumsuzluk hakkında hüküm kurulması gerekmektedir.

Davacı A. H. K. ile Hazine vekilinin temyiz itirazları bu bakımlardan yerinde olduğundan kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle bozulmasına...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda diretilmiştir.

**Temyiz Eden:** Müdahil Hazine vekili

### HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı vekili, 28.12.1981 tarihli dava dilekçesiyle Edirne, Merkez, Sabuni Mahallesi, 415 Ada, 38 Parsel sayılı taşınmazın (dükkan) davacı tarafından 1954 yılında haricen satın alındığını, bedelinin ödendiğini, vergilerinin de davacı tarafından ödendiğini, 20 yıldan beri çekişmesiz aralıksız malik sıfatıyla kullanılageldiğini, tapu kaydının hukuki kıymetini kaybettiğini ileri sürerek MK'nın 639/2. maddesi uyarınca tapunun iptali ile davacı adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Mayer Toranto adına çıkarılan dava dilekçesi kendisine tebliğ edilememiş, davacı davada Sulh Hukuk Mahkemesi'nce tayin edilen kayyım vasıtasıyla temsil edilmiştir.

Hazine vekili davaya müdahale etmiş, dava konusu 38 parsel maliki M. T. oğlu Mayer'in kaçak ve yitik kişilerden olduğunu, taşınmazın devlete intikal ettiğini, davacı tarafından zilyetlik yoluyla iktisabının mümkün olmadığını ileri sürmüş, davanın reddini savunmuştur.

Davacı vekili daha sonra 38 parsel sayılı taşınmaz üzerindeki binanın 1955 yılında yandığını, yerine davacının yeniden bina inşa ettiğini, bilirkişi raporuyla binanın değerinin arsadan daha kıymetli olduğunun belirlendiğini, MK GSO maddesi uyarınca adına tescile karar verilmesini ileri sürerek ıslah talebinde bulunmuştur.

Yerel mahkemece davanın kabulü yönünde davacı yararına kurulan hüküm, Özel Dairece kayıt maliki Mayer Toranto'nun ölüp ölmediği, ölmüş ise mirasçılarının kimlerden ibaret olduğunun belirlenmesi, husumetin mirasçılara yöneltilmesi, mirasçı bırakmadan ölmesi halinde MK'nın 448. maddesi uyarınca terekenin Hazine'ye intikal edeceği hususu üzerinde durulması, malikin uyruğunun göz önünde tutulması gerekçesiyle bozulmuştur.

Yerel mahkemece dinlenen 1329 doğumlu tanık N. A. ve 1338 Doğumlu tanık İ. K., Musevi vatandaş M. T.'nin 50-55 yıl önce ülkeden ayrıldığını, kendisini ve karısını çok iyi tanıdıklarını, çocukları olmadığını beyan etmişler, yerel mahkemece bu kez kaçak ve yitik kişi olan kayıt malikin mallarının MK'nın 448. maddesi uyarınca Hazine'ye intikal edeceği, taşınmazın Hazine adına tesciline karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile ispat edilemeyen davanın reddine, müdahil Hazine'nin davasının kabulüne karar verilmiş, hüküm Özel Daire'ce Hazineye, mirasçı bırakmadan ölen T.'nin öldüğüne dair belge ibraz etmesi için mehil ve imkan verilmesi, gerçekten mirasçı bırakmadan ölmüş ise zilyetlikle kazanma mümkün olamayacağından davanın reddedilmesi, aksi taktirde mirasçılarının tespiti ile davanın onlara yöneltilmesi, onların huzuru ile uyuşmazlığın çözümü yoluna gidilmesi gerekçesiyle bozulmuştur.

Vakıflar Genel Müdürlüğü 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 04.09.1992 tarihinde açtığı davada çekişmeli 38 parsel sayılı 72,50 m2 miktarındaki taşınmazın mutasarrıfının aslen İspanyol temalı M. T. oğlu Mayer olduğunu, taşınmazın H. Ç. vakfından geldiğini, mutasarrıfının sadece tasarruf hakkı bulunduğunu, asıl malikin vakfı olduğunu, maluliyet ve metrukiyet durumlarının vakfı ilgilendirdiğini, intikal kanunları

ve 2762 sayılı yasa (ve değişik 2888) sayılı yasaların bu durumda taşınmazın vakfa rücu edeceğine amir olduğunu ileri sürerek taşınmazın Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiş, anılan dosya, hukuki ve fiili irtibat nedeniyle görülmekte olan dava dosyasıyla birleştirilmiştir.

Hazine vekili, Edirne 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nden alınan Hazine'nin son mirasçı olduğuna ilişkin 1994/374 E, 1999/688 karar sayılı veraset ilamını ibraz etmiş, Yerel Mahkeme'ce davacının taşınmazı zaman aşımıyla iktisap etmesinin mümkün olmadığı, harici satışın da geçerli olmayacağı gerekçesiyle asıl davanın reddine, dinlenen tanık beyanlarıyla tapu malikinin 1935 yılından önce ülkeyi terk ettiği, mülkiyet mutasarrıfına geçmediğinden Hazine'nin son mirasçı sıfatıyla mülk edinmesi mümkün olmadığı, 2762 sayılı yasa uyarınca mülkiyet vakfına intikal ettiğinden vakıfların davasının kabulüne, 38 parsel sayılı taşınmazın davacı Vakıflar Genel Müdürlüğü adına kayıt ve tesciline karar verilmiş; hüküm, davacı ve müdahil Hazine vekilince temyiz edilmiş, özel dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuştur.

743 sayılı Medeni Kanununun 639/2. maddesi "*Tapu sicilinde maliki kim olduğu anlaşılamayan veya 20 sene evvel vefat etmiş, yahut gaipliğine hüküm verilmiş bir kimsenin uhdesinde mukayyet olan bir gayrimenkulü aynı şerait altında yedinde bulunduran kimse dahi o gayrimenkulün mülkü olmak üzere tescilini talep edebilir.*" hükmünü içermektedir. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre tapu malikinin mirasçı bırakmadan öldüğü, mirasının tamamının Hazine'ye kaldığı Edirne 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 1994/374 E, 1999/688 karar sayılı ilamı ile sabit olduğundan, böyle bir taşınmazın zamanaşımıyla kazanılması mümkün değildir.

Eski hukukumuzda vakıf malı olan taşınmazların, mutasarrıflarının mirasçı bırakmadan ölmeleri halinde "*mahlülen*" vakfına dönmeleri asıdır. Ancak medeni yasanın kabulünden sonra eski vakıf mülkiyet durumunun hukuk sistemine uydurulma zorunluluğu doğmuş, bu amaçla 2762 sayılı Vakıflar Yasası yürürlüğe konmuş, eski mülhak ve mazbut vakıflar yeni bir statüye kavuşturulmuştur. Söz konusu yasanın 29. maddesi ile bir vakıf taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkı, kuru mülkiyet hakkı (rekabet) ayırımına son verilmiş, tam mülkiyetin mutasarrıfına nasıl geçeceği hükme bağlanmıştır.

Hemen belirtmek gerekir ki, bu yasal düzenlemeden sonra yeni hukukumuzda koşulların gerçekleşmesi ile tam mülkiyete sahip olan mutasarrıfın ölmesi halinde mirası Medeni Yasa'nın intikal hükümlerine göre mirasçılara geçmekte, mirasçısı bulunmuyorsa aynı ya-

sanın 448. maddesi uyarınca terekesi son mirasçı sıfatıyla Hazine'ye kalmaktadır.

Ne var ki, yasa koyucu bu gibi hallerle öncesi vakıf olan taşınmazların vakfına (aslına) dönmesini uygun görmüş, bazı ayrıcalıklar dışında Hazine'ye intikal yolunu kapatmak istemiştir. 24.09.1983 günü yürürlüğe giren 2888 sayılı yasanın 2. maddesi, 2762 sayılı yasanın 29. maddesini değiştirmekle kalmamış, ikinci bir fıkra ekleyerek mülkiyeti mutasarrıfa geçmiş olan taşınmazlarda maliklerin bu yasanın yayımı tarihine kadar ölmeleri üzerine son mirasçı sıfatıyla Hazine'ye intikal edip de bu husus tapu kaydına işlenmiş bulunanlar ayrık bırakılarak, işlenmemiş olan taşınmazların "*mahlülen*" vakfına rücu edeceğini hükme bağlamıştır. O halde 2888 sayılı yasanın yürürlük tarihinden önce son mirasçı olarak hazine'ye intikal edip, tapuda Hazine üzerine tescil edilen taşınmazlar, yasada öngörülen ayrıcalıkları teşkil ettiğinden mülkiyetin vakfa dönmesine yasal olarak yoktur.

Somut olayda her ne kadar dava konusu 38 parsel sayılı taşınmaza ilişkin olarak 01.12.1939 tarihinde düzenlenen ve 05.06.1941 tarihinde kesinleşen kadastro tutanağında, revizyon gören Teşrinî Sani 313 tarih, 90 ve 91 nolu tapu kayıt maliki Mose oğlu M. T.'nin mirasçıları yazılmış ise de tarafların iddia ve savunmalarına, dinlenen tanık beyanlarına göre H. Ç. Vakfı'ndan gelen taşınmazın, mutasarrıfı M. T.'nin 1935 yılından önce ülkeyi terk ettiği, tutanağın düzenlendiği sırada ölü olduğu, mirasçısının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

İcraateynli veya mukataalı vakfın asıl maliki mutasarrıfı değil, vakıf tüzel kişiliğidir. Mutasarrıf adına yapılan kayıt, mülkiyete değil, tasarrufa delalet eder. Nitekim 2762 sayılı yasanın 29. maddesine ek fıkra getiren 2888 sayılı yasa gereğince dava konusu taşınmazın Hazineye intikal etmesi, bu hususun tapuya işlenmesi söz konusu değildir.

Kayıt maliki M. T.'nin 1939 yılında yapılıp 05.06.1941 tarihinde kesinleşen kadastro tespiti sırasında ölü olduğu, tanık beyanlarıyla 1935 yılından önce ülkeyi terk ettiği, bu hususun Hazine vekilinin de kabulünde olduğu tüm dosya içeriği ile saptandığına göre yukarıda açıklanan yasal düzenleme karşısında vakfın mülkiyetinin mutasarrıfı M. T.'ye intikal ettiğini söyleyebilme olanağı bulunmamaktadır. Mülkiyet mutasarrıfına geçmediğinden Hazine'nin de son mirasçı sıfatıyla taşınmaza malik olması söz konusu olamaz.

Yukarıda açıklanan olgulara dayanılarak yerel mahkemenin direnme kararı yerinde görülerek onanması gerekmiştir.

## Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 21.01.2004

E. 2004/1-46

K. 2004/6

\* Tapu iptali ve tescil

\* Tahdit ve çıkarma

\* Zilyetlik kaydı

\* Aleyhe bozma yasağı

(6831 sayılı Orman K. m. 2/B,

1412 sayılı CMUK m. 326

Taraflar arasındaki “tapu iptali, tescil” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Sarıyer Asliye Z. Hukuk Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 28.05.2002 gün ve 2001/217 E-2002/408 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 07.11.2002 gün ve 2002/11311-12416 sayılı ilamı ile; (...Dosya içeriğine toplanan delillere göre; dava konusu taşınmazın 1938 tarihinde 3116 sayılı yasaya göre yapılan tahdit ile kısmen orman sınırları içerisinde kaldığı, 1959 yılında senetsizden davalılar adına tespit ve tescil edildiği, 1977 de ise 6831 sayılı yasanın 1744 sayılı yasa ile değişik 2/B maddesi gereğince orman tahdit sınırları dışına çıkarıldığı anlaşılmaktadır.

Mahkemece, tahdit ve çıkarma işlemlerine yönelik uygulama sonucu tahdit dışında kalan yer bakımından Hazine davasının reddine, tahdit içinde kalan kısım bakımından davanın kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığı gibi, karşı dava yönünden tahdit dışındaki taşınmaz bakımından 2/B şerhinin silinmesine karar verilmesi de doğrudur. Bu bakımdan davacı Hazine vekilinin temyiz itirazları yerinde değildir, reddine.

Ne var ki, Hazine adına tescil edilen bölüm bakımından 2924 sayılı yasanın 4127 sayılı yasa ile değişik II. maddesi 3 ve 4. fıkraları hükümleri gözetilmek suretiyle zilyetlik şerhi verilmesi yönünden gerekli inceleme ve irdeleme yapılmamış olması isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda diretilmiştir.

**Temyiz Eden:** Hazine

### HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu’nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Z.  
Hukuk  
????

Davacı Hazine vekili, Sarıyer, Uskumru Köyü Başkoparan mevki, 35 parsel sayılı taşınmazın tapuda davalılar adlarına kayıtlı olduğunu, tapu kaydı üzerinde "6831 sayılı yasanın 2/B maddesi uygulamasına tabidir" şerhi bulunduğunu; 6831 sayılı Orman Yasası'nın 2/B maddesinin orman niteliğini kaybetmiş olan devlete ait yerlerin Hazine adına orman dışına çıkarılacağı hususunu içerdiğini, orman sınırları içindeki yerlere ait tapuların hukuki değeri kalmadığından, bu yerler orman sınırları dışına çıkarılsa bile tapuda malik görünenler adlarına değil Hazine adına çıkarılacağına Yargıtay'ın yerleşmiş İçtihatları ile sabit olduğunu; tapu kaydının iptali ile Hazine adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar davanın reddini savunmuşlar, davalılardan Zeynel Abidin Erdem, karşı dava yoluyla, tapudaki 2/B şerhinin kaldırılmasını istemiştir.

Yerel mahkemece tahdit dışında kalan yer bakımından Hazine davasının reddine, tahdit içinde kalan kısım bakımından davanın kabulüne; karşı dava yönünden ise tahdit dışında kalan yer için 2/B şerhinin silinmesine karar verilmiş; hüküm, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel

Mahkemece, davalı (karşı davacının) zilyetlik şerhi verilmesi yönünden bir talebi olmadığı, böyle bir talep olmayınca 2924 sayılı yasa uyarınca araştırma yapılmasına lüzum olmadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir. Direnme hükmü bozmadan önceki nedenlerle temyiz edilmiştir.

Taraflardan yalnız birinin temyiz etmiş olduğu hüküm, temyiz eden tarafın aleyhine bozulamaz. Buna aleyhe bozma yasağı denir. Aleyhe bozma yasağı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda (m. 326, IV) açıkça hükme bağlandığı halde, HUMK'da açık bir hükümle düzenlenmiş değildir. Yargıtay, hükmü temyiz edenin aleyhine bozacak olursa, hükmü temyiz etmemiş olan diğer taraf lehine karar vermiş olur. Bu ise hakim tarafın iddia ve savunmaları ile bağlı olduğu ve talep dışı karar veremeyeceği ilkesine (m. 74) aykırı düşer. Bu nedenle Yargıtay yerleşmiş uygulamasıyla aleyhe bozma yasağının hukuk usulünde de geçerli olduğuna karar vermektedir.

Kamu düzenine ilişkin hususlar hakkında aleyhe bozma yasağı uygulanamaz. 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 hâkim (ve

Yargıtay) kendiliğinden gözetme ile yükümlüdür (Bkz., Prof. Dr. Baki Kuru, “*Hukuk Muhakemeleri Usulü*” 2001 baskı Cilt V s. 4727-4736).

Somut olayda direnme hükmü, davacı Hazine tarafından bozmadan önceki nedenlerle temyiz edilmiş, davalılar direnmeyi temyize getirmemişlerdir. Hal böyle olunca hüküm, temyiz eden Hazine aleyhine bozulacak olursa davalı kişiler yararına karar verilmiş olur ki bu durum, hakim tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olduğu, talep dışı karar veremeyeceği ilkesine (m. 74) aykırı düşer.

Ayrıca davalılar yararına zilyetlik şerhi verilmesi, kamu düzenine ilişkin bir husus da değildir. Kişi yararına verilen zilyetlik şerhi, yalnızca kişisel hak doğuracak bir nitelik taşır.

O itibarla aleyhe bozma yasağı kuralı uyarınca davacı Hazine'nin temyizi üzerine davalı kişiler yararına direnme hükmünün bozulması olanağı bulunmamaktadır.

Bu durumda yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda temyizde hukukî yararı bulunmayan Hazine'nin temyiz isteminin reddine karar verilmelidir.

\* \* \*

### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 21.01.2004

E. 2004/8-15

K. 2004/7

\* Tapu iptali ve tescil

\* Devlet ormanı

\* Nitelik kaybı nedeniyle orman dışına çıkarma

(3116 sayılı Orman K. m. 13; 6831 sayılı

Orman K. m. 1, 2/B; 3402 sayılı

Kadastro K. m. 17, 18/2; 766 sayılı

Tapulama K. m. 2)

Taraflar arasındaki “*tapu iptali ve tescil*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ümraniye İ. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 16.4.2002 gün ve 218-62 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay S. Hukuk Dairesi'nin 9.12.2002 gün ve 5194-8980 sayılı ilamı ile, (...Davacı vekili, dava konusu parselde ait tapu kaydının kısmen iptali ile vekil edeni adına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalı Hazine vekili, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmesi üzerine: hüküm, davalı Hazine vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu taşınmaz bölümünü kapsayan 250 parsel başka parselden ayırma sonucu oluşmuştur. Dosyaya ibraz edilen belgelere ve tapu kayıtlarına göre davalı taşınmaza ilişkin tapu kaydının kronolojik açıdan hukuki oluşumu (geldisi) ve el değiştirmesi aynen şöyledir; 1942 yılında 3116 sayılı Orman Kanunu'nun Hükümleri uyarınca yapılan orman sınırlama çalışmaları sırasında, dava konusu ve çevresindeki tüm alanlar orman olarak sınırlanmış ve buna dayanılarak 07.12.1942 gün, 7, 13, 14, 15 ve 16 sıra numaralarında "*Devlet ormanı*" niteliği ile Hazine adına tapuya tescil edilmiş, kütüğün Özel sütununda "*Ziraat Vekaletine tahsisli*" olduğu açıklanmıştır. Taşınmazın bulunduğu çalışma alanında 1972 yılında yapılan genel kadastro çalışmaları esnasında yukarıda tarih ve sayısı yazılı tapu kayıtları 211, 212, 213, 214 ve 215 parsellere revizyon görmüş, "*devlet ormanı*" niteliği ile Hazine adına kadastro yolu ile tapuya tescil edildikten sonra 14.10.1996 tarihinde yapılan birleştirme sonucu 226 parsel, aynı tarihte yapılan ayırmada da 242 ile 265 parseller oluşmuştur. Son defa yapılan ayırma sonucu oluşan parsellerin "*Devlet Ormanı*" niteliği değiştirilerek "*hali arazi*" niteliği ile Hazine adına tespit edilmiş, tapu kaydının özel sütununda "*2/B madde dışıdır*" denilmiştir.

Davacı vekili kazanmayı sağlayan eklemeli zilyetliğe dayanarak iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur. Mahkemece uyumsuzluk konusu taşınmaz bölümünü kapsayan 250 parselin kesinleşmiş orman sınırlama hattının dışında kalan, orman sayılmayan yerlerden olduğu, kazanma koşullarının davacı lehine gerçekleştiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Bir yerin kazandırıcı zamanaşımı ve zilyetlik yolu ile edinilebilmesi için kanunda yazılı diğer kazanma koşulları yanında taşınmazın niteliği itibariyle kazanılmaya elverişli yerlerden olması gerekir. Ayrıntıları dosya arsında bulunan yetkili Orman Kadaastro Komisyonları'nca düzenlenen sınırlama haritası, tutanakları ve eklerine göre dava konusu parsel ve çevresinde bulunan tüm taşınmazlar orman sayılan yerlerden olması nedeniyle "*devlet ormanı*" olarak sınırlandırılmış ve itiraz olmaksızın kesinleştikten sonra yukarıda tarihi ve sayısı yazılı tapu kayıtları ile Hazine adına tapuya tescil edilmiştir. Sınırlamaya ilişkin harita, tutanaklar ve dayanak tapu kayıtlarının oluşumuna esas olan dayanak tapu kayıtlarına, teknik bilirkişiler tarafından düzenlenen krokilerdeki açıklamalara göre, 250 parsel 07.12.1944 tarih ve 7 numara ile Hazine adına tapuya tescil edilen Soğuksu, Ali Paşa Devlet Ormanı



içinde kalan bir yerdir. Dayanak tapu kaydına göre, Soğuksu, Ali Paşa Devlet Ormanı'nın yüzölçümü 3.679.120 m<sup>2</sup>'dir. Yetkili Orman Kadastro Komisyonları'nca düzenlenen haritaya göre Soğuksu, Ali Paşa Devlet Ormanı, Soğuksu Vakıf Ormanı, Soğuksu Devlet Ormanı, Reşadiye Devlet Ormanı, Simitçi Yatağı Devlet Ormanı, Simitçi Yatağı Vakıf Ormanı ve Kovanpınarı Devlet Ormanları ile çevrili bulunmaktadır. Alemdağ Orman İşletme Şefliği'nin 07.04.1999 gün ve 320 sayılı karşılık yazısına ekli Tapu İdaresi'nin 24.06.1954 gün ve 2276 yevmiye numaralı tapu kaydına göre, Alemdar-Reşadiye Köyü, Yediveren-Orta, Meşeliburun-Orta, Taşlıburun, Kovanpınarı, Domuzgölleri, Defneli, Simitçiyatağı ve Soğuksu mevkilerindeki 8 parça taşınmazın "*Atik Valide Vakfı*" adına kayıtlı iken bu yerlerin birbirine bitişik olması nedeniyle birleştirilerek bir parça halinde 4785 sayılı kanunun hükümleri uyarınca devletleştirildiği, devletleştirme nedeniyle İstanbul Devlet Ormanı İşletme Müdürlüğü'nün 16.04.1954 gün 5352/5033 sayılı yazılarına dayanılarak Hazine adına tescil edildiği bildirilmiştir.

Gerek orman sınırlamasının yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 3116 sayılı Orman Kanunu'nun ve gerekse 1956 yılında yürürlüğe giren 6831 sayılı Orman Kanunu'nun hükümleri uyarınca orman sayılan bir yerin kazandırıcı zaman aşımı ve zilyetlik yoluyla edinilmesi mümkün olmadığı gibi böyle bir yerin özel mülkiyet şeklinde tapuya tescil edilmesi de mümkün olmaz. Diğer taraftan 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 17. maddesi hükmüne göre orman sayılan bir yerin imar ve ihya yoluyla da kazanılması mümkün bulunmamaktadır. Orman sınırlamasının yapıldığı ve kesinleştiği tarihte yürürlükte bulunan 3116 sayılı Orman Kanunu'nun 13. maddesi hükmüne göre sınırlanması yapılmış ve kesinleşmiş olan ormanların hiç bir harç ve resim alınmaksızın Hazine adına tescil edileceği açıklanmıştır. Yukarıda da izah edildiği üzere, dava konusu parsel ve çevresindeki tüm taşınmazlar 1942 yılında yapılan orman sınırlamaları sırasında Devlet ormanı olarak sınırlanmış ve bu niteliğiyle Hazine adına tapuya tescil edilmiştir. Her ne kadar 14.10.1996 tarihinde yapılan ayırma sonucu taşınmazın "*hali arazi*" niteliği ile Hazine adına tescil edilmiş ise de, baştan itibaren "*Devlet ormanı*" olarak sınırlandırılan ve bu niteliği ile tapuya tescil edilen bu taşınmazların niteliğinin değiştirilme sebebi açıklanmamıştır. "*Devlet ormanı*" olarak tapuya tescil edilen bir yerin ayırma veya birleştirme işlemleri sırasında eski niteliğinin bırakılarak "*hali arazi*" niteliği ile tapuya tescil edilmiş olması hukuken bir değer taşımayacağı gibi bu nedenle de taşınmazlar devlet ormanı niteliğini yitirmezler. Böyle bir yer ancak 6831 sayılı Orman Kanunu'nun değişik 2/B maddesi hükmü uyarınca bilim ve

fen bakımından orman niteliğini yitirmesi ve bu nedenle orman dışına çıkarılması, çıkarma işleminin kesinleştiği tarihten itibaren 20 yıldan fazla süre ile koşullarına uygun olarak tasarruf edilmiş olması halinde ancak böyle bir yerin kazanılması mümkün olabilir. Somut olayda taşınmazların bulunduğu yerde nitelik kaybı sebebiyle orman dışına çıkarma işlemleri yapılmamıştır. 14.10.1996 tarihinde yapılan ayırma ve birleştirme sonucu oluşturulan dava konusu 250 parselin “*düşünceler ve işlemin şekli*” sütununda “*2/B madde dışıdır*” denilmiş ise de dayanağı olmayan bu açıklama daha sonra Tapu Sicil Müdürlüğü’nce doğrudan doğruya kütükten silinmiştir. Bu açıklamalar karşısında dava konusu yerin nitelik kaybı sebebiyle orman dışına çıkarılan bir yer olduğunun da kabulü mümkün değildir. Her ne kadar bilirkişi kurulu tarafından düzenlenen 25.11.2001 günlü raporda 250 parselin 1942 ve 1943 yıllarında yapılan orman sınırlandırma hattının dışında kaldığı ve evvelden beri hiç orman olmamış kültür arazisi olduğu, 4785 sayılı kanuna göre devletleştirmeye tabi olmadığı, devletleştirilen Atikvalide Vakfı adına yazılı 29.05.1930 tarih, 26 ve 33 sıra numaralarında kayıtlı tapu kayıtlarının ve haritasının kapsamında kalmadığı belirtilmiş ise de, yukarıda hukuki oluşumu ayrıntılı olarak açıklanan tapu kayıtları ve dayanak belgeler karşısında bu açıklamalar yerinde görülmemiştir. Taşınmazın yetkili Orman Kadastro Komisyonları’nca düzenlenen orman sınırlama harita ve tutanaklarının, buna dayanılarak oluşturulan tapu kayıtlarına göre, Devlet Ormanı olduğu sabit olduğundan davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiş olması yerinde görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda diretilmiştir.

**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, 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 2/B maddesi uygulaması ile orman sınırı dışında bırakılan taşınmazın hazine adına olan tapusunun iptali ve davacı adına tescili isteminden ibarettir.

Davacı, Ümraniye ilçesi Reşadiye Köyü 250 nolu parselin 1972 yılında yapılan tapulama çalışmaları sırasında sehven tapulama dışı bırakıldığını, bu yerin hiçbir zaman orman olmadığı gibi, orman tahdit sınırları içinde de kalmadığını, buna karşılık 1996 senesinde yapılan

kadastro çalışmaları sırasında davaya konu edilen 250 nolu parsel 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 2/B maddesinde kalan bir yermiş gibi düşünülerek Hazine adına tapuya tescil edildiğini, daha sonra Ümraniye Kadastro Müdürlüğü'nün yapılan bu yanlışlığı fark ederek durumu Tapu Sicil Müdürlüğü'ne bir yazı ile bildirmesine rağmen, Hazine adına yapılan tespit ve tescilin değiştirilmediğini ileri sürerek, kadastroca Hazine adına yapılan tespit ve tescilin iptali ile adına tapuya tescilini istemiştir.

Davalı Hazine, yapılan tespitin doğru olduğunu, dava konusu taşınmazın öncesinin orman olup, özel mülkiyete konu edilemeyeceğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, taşınmazın öncesinin orman olup olmadığı, zilyetlikle kazanmaya elverişli bulunup bulunmadığı ve zilyetlikle kazanma şartlarının oluşup oluşmadığı konusundadır.

Dava konusu taşınmazın bulunduğu bölgede 1942 yılında 3116 sayılı Orman Kanunu uyarınca orman tahdidi, 1972 yılında ise arazi kadastro yapıldığı tartışmasızdır.

3116 sayılı kanun ile devlet ormanlarının tahdidi yapılmış olup, vakıflara, kamu kurum ve kuruluşlarına ve özel kişilere ait ormanların tahdidi ise yapılmamıştır.

13.7.1945 tarihinde yürürlüğe giren 4785 sayılı kanunda ise, kanunda öngörülen istisnalar dışında tüm ormanlar devletleştirilmiştir. Tahdit tarihi itibarıyla devlete ait olmayan ormanların tahdidinin yapılmaması yasadan kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, taşınmazın tahdit dışında kalmış olması o yerin "*orman olmadığı*" şeklinde kabulünü gerektirmez.

Çekişmeli taşınmazın bulunduğu bölgede 1972 yılında arazi kadastro yapıldığı ve taşınmazın tespit dışında bırakıldığı belirlenmiştir. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü, Ümraniye Kadastro Müdürlüğü'nün 19.3.1988 gün B. 021. TKG 4348420/289 sayılı yazıları ile "*1972 yılında Reşadiye Köyünde yapılan tapulama çalışmaları sırasında anılan bölge (247-250 nolu parselin bulunduğu kısım) zuhulen orman olduğu zannedilerek sehven tapulama dışı bırakıldığı...*" bildirilmiştir. Bölgede tapulama işlemi 766 sayılı Tapulama Kanunu uyarınca yapılmıştır. Her olaya vuku bulduğu tarihteki kanun hükümlerinin uygulanması gerekir. Anılan Tapulama Kanunu'nun 2. maddesinde ormanların tapulama dışı (tespit dışı) bırakılması zorunludur. Tapulama ekibi tarafından taşınmaz, kanunun amir hükmü gereğince "*orman olarak tespit dışı*" bırakılmıştır. Kadastro

Müdürlüğü yazısında belirtildiği gibi tapulama dışı bırakma işleminin yanılıya dayalı olması mümkün değildir. Üstelik Kadastro Müdürlüğü, yapılan işlemin niteliğini belirtmekle yükümlü olup yorum yapmak durumunda değildir. Kaldı ki, Kadastro Müdürlüğü'nün yorumu olaya da uygun düşmemektedir. Şöyle ki; taşınmazın doğu, kuzey ve güneyi eylemli olarak ormanla çevrilidir. Bu olgu tahdidi yapılan devlet ormanıyla taşınmazın bir bütün olduğunu kanıtlamaktadır. Öte yandan, 2.12.1999 tarihli ormancı bilirkişi Prof. Dr. Orman Yüksek Mühendisi Turgay Aykut ile fen bilirkişisi Faruk Pala tarafından düzenlenen raporun 4. maddesinde *"Büyük bir bölümü otsu bitki örtüsü ile kaplı olan 250 parsel sayılı taşınmazın bazı bölümlerinde yaşlı meşe ağaçlarına da rastlanmıştır"* denilmektedir. Bilirkişiler ormancı Prof. Dr. H. Cahit Sat, ziraatçı bilirkişi Solmaz Acar ve kadastro teknisyeni Faruk Pala tarafından düzenlenen 26.3.1999 tarihli raporda *"Arazinin üstü genellikle çayır ve eğrelti otlarıyla kaplı olup, az sayıda emekle yetiştirilmiş 10-15 yaşlarında bazı süs ve meyve ağaçlarına da rastlanmaktadır."* sözlerine yer verilmiştir. Her iki bilirkişi kurulunun gözlemi ve raporu birbirini doğruladığı gibi arazi kadastro sırasında taşınmazın orman olması nedeniyle tapulama dışı bırakıldığı olgusunu da doğrulamakta ve güçlendirmektedir.

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 1. maddesi gereğince *"Tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır."* Orman kavramına yerleri de dahildir. Bu nedenle, orman örtüsünün kaldırılmış olması o yerin öncesinin orman olmadığı anlamına gelmez ve o şekilde yorumlanamaz. Yerel bilirkişiler ve bazı tanıklar taşınmaz üzerinde 50-60 yıllık zilyetlikten söz etmektedirler. Bu beyanlar maddi olgu olan tespit dışı bırakma işlemiyle bağdaşmadığı gibi ormancı bilirkişi raporlarıyla da bağdaşmamaktadır. Zira sözü edilen bilirkişi raporlarında açıkça inşaat yapılmaya ve fidanlar dikilmeye başlandıktan sonra taşınmazın kullanılmaya başlanıldığı bildirilmiştir. Teknik bilirkişilerin bu değerlendirmeleri de dosya içeriğine uygun düşmekte, yerel bilirkişi ve tanık beyanları soyut nitelikte kalmaktadır.

3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 18/2 ve 17. maddeleri uyarınca orman ve orman toprağının zilyetlikle kazanılması ve özel mülkiyete konu olması mümkün değildir. Kaldı ki, dosya kapsamından davacı tarafın kazanma sağlayacak bir zilyetliğinin varlığı da kanıtlanamamıştır.

Açıklanan ve daire kararında gösterilen diğer gerekçelere göre bozma kararına uyulması gerekirken diretilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan direnme kararı bozulmalıdır.

\* \* \*

**Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**

T. 31.03.2004

E. 2004/5-199

K. 2004/187

\* Tapu iptali ve tescil

\* Tapulu taşınmazların bağışlanması

\* Koşullu ve yükümlü bağışlamalar

(818 sayılı BK m. 238/II, 240/I;

2644 sayılı Tapu K. m. 26)

Taraflar arasındaki “*Tapu iptali ve tescil*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Küçükçekmece Z. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 26.2.2002 gün ve 1999/478-2002/347 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 24.9.2002 gün ve 9763-16592 sayılı ilamı ile; (...Dava, hibe suretiyle davalı idareye devredilen taşınmazın tapu iptali ve tescili istemine ilişkindir.

Z.  
Asliye  
???

Dava konusu taşınmaz şartsız olarak davalı idareye hibe edilmiştir. Akit tablosunda hibenin şerhe bağlı olarak yapıldığına dair herhangi bir kayıt mevcut değildir. Davacının davasının reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru görülmüştür.

Davalı idare vekilinin temyiz itirazları yerinde görüldüğünden hükmün açıklanan nedenle HUMK’un 428. maddesi gereğince bozulmasına...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeyle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda diretilmiştir.

**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, bağış yoluyla yapılan temlik işleminin iptali isteğine ilişkindir.

Davacı şirket vekili, Küçükçekmece İlçesi, Sefaköy, Papazköprüsü mevkiinde bulunan 9 pafta, 9974, 9976, 9978 ve 666 parsel sayılı taşınmazlarının 26.03.1988 onay tarihli, 1/1000 ölçekli Sefaköy imar planında yeşil alanda kaldığını; taşınmazların kısmen de olsa yeşil alandan çıkarılması ve inşaat izni alınması amacıyla davalı belediyeye başvurduklarını; yetkililerle yapılan görüşme ve pazarlıklar sonucu taşınmazların bir kısım paylarını bağışlamak kaydıyla geri kalan kısımlarının yeşil alandan çıkarılacağı vaadiyle üzerine inşaat izni alabilecekleri hususunda anlaşmalarını; yapılan anlaşmaya göre 18.01.1990 tarihinde tapuda bağış

yoluyla temlik işleminin gerçekleştiğini; davalı belediyenin imar planında tadilat yapmadığını, böylelikle üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmediğini ileri sürerek bağış işleminin iptaline, davalı belediyeye temlik edilen payların davacı şirket adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Belediye Başkanlığı vekili cevap dilekçesiyle, davacı şirketin 1995 yılında davalı aleyhine ortaklığın giderilmesi davası açtığını, davanın kabulüne karar verildiğini ve kararın kesinleştiğini; taşınmazların kayıtsız şartsız bağışlandığını; davalı belediye kamu kuruluşu olduğu için bağışlama bir koşula bağlanmış ise mutlaka belgelenmesi gerektiğini; davacı tarafın da ticari şirket olduğunu, iradesini yazılı olarak belirtmesi gerektiğini, davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece taşınmazların imarda değişiklik yapılması amacıyla, bedelsiz olarak davalı idareye terk edildikleri, imarda değişiklik yapılmayıp terk nedeni yerine getirilmediğinden iadeleri gerektiği sonucuna varılarak davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçe ile bozulmuştur.

Tapulu taşınmazların bağışlanması taahhüdü Borçlar Kanunu'nun 238/2 ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri hükümlerine göre tapu memuru önünde yapılmalıdır.

Borçlar Yasası md. 240/I maddesi "*Bağışlama şartla yahut mükellefiyetle takyit olunabilir*" hükmünü içermektedir. Uygulamada koşullu ve yükümlü bağışlamaları birbirinden ayırmak oldukça güçtür. Gerçekten taraflar çoğunlukla yükümü koşul sözü ile anlatırlar. Bu nedenle kulanılan sözcüklere değil, tarafların niyetlerine ve kendisine bağışlama yapılan kişinin bir edim (eda) zorunluluğu olup olmamasına bakılmak gerekir.

Koşullu bağışlamada, bağışlamanın hükümlerini doğurması, bir geciktirici koşula (taliki şarta) ya da hükümlerini doğurmuş olan bağışlamanın sona ermesi bir bozucu koşula (infisahı şarta) bağlanmaktadır. Borçlar Yasası'nda ve Medeni Yasa'da sözü edilen belli başlı koşula bağlı bağışlamalar

- a) Bağışlayanın ölümüne bağlı olarak yapılan bağışlamalar,
- b) Bağışlayana dönme koşuluyla yapılan bağışlamalar ile
- c) kayıtsız şartsız dönme koşuluyla yapılan bağışlamalardır.

Bağışlamada, bağışlayana bir yükümü yerine getirmek ödevi yüklenilir. Yüküm bağışlamaya eklenen yan (feri) bir kayıttır ki, bununla

kendisine bağışlama yapılan kimse, belli bir amaç için edimde bulunmak zorunluluğu altına sokulur. Şu da var ki, bu yüküm, bir denk karşı edim değildir. Çünkü bağışlanana bir denk karşı edim yüklenebilmesi, bağışlamanın niteliği ile bağdaşmaz. Yükümde, bağışlayanın, belirli bir amacın gerçekleşmesi uğruna bağışlanana bir edimde bulunma ödevini yüklemesi söz konusudur. Değişik bir söyleyişle yüküm, bağışlanan için bir edimde bulunma ödevi doğurmasına rağmen, bağışlamanın karşılıksız (ivazsız) oluşunu etkilemez ve dolayısıyla da bir karşı edim sayılmaz.

Koşullu bağışlamada, koşulun (şartın) biçime uygun olarak saptanması gerektiği halde, yükümlü bağışlamada, bağışlananın yüküm altına girmesine biçim zorunluluğu uygulanmaz. Çünkü bağışlamada biçim, bağışlayanı korumak amacına yöneliktir. Şu var ki, yükümün bağlayıcı olabilmesi için, bağışlananın, yükümlü olarak bağışlamayı kabul etmesi gerekir. Burada bağışlananın susması, zımni olarak yükümü kabul ettiği yolunda değerlendirilemez (Mustafa Reşit Karahasan. Türk Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri 2002 baskı I. Cilt s. 665-667).

Somut olayda davacı şirket yetkilisi, 05.01.1990 tarihinde bedelsiz bağışlama isteğini içeren dilekçesiyle davalı Küçükçekmece Belediye Başkanlığı'na başvurmuş; belediye encümenin 11.01.1990 tarihli toplantısında bedelsiz bağış talebinin kabulüne karar verilmiş; tapu sicil müdürlüğünde düzenlenen 18.01.1996 tarihli resmi senetle de kayıtsız, şartsız ve bedelsiz olarak bağış işlemi gerçekleştirilmiştir.

Hemen belirtmelidir ki, bağış koşulunun akit tablosuna yazılması gerekir. Ancak, asıl olan tarafların gerçek iradeleridir. Davacı, bağışın davalı belediyenin imar planında değişiklik yaparak parsellerin davacıya kalan kısımlarını yeşil alandan çıkarması ve davacı yararına inşaat izni vermesi yükümlülüğünü yüklediğini iddia etmişse de bu durumu ispat etmek için yazılı bir belge ileri süremiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre tarafların resmi senet dışında bağış sözleşmesine bir koşul, bir fıkra eklemeleri söz konusu olmamıştır.

Bu durumda davalı belediye başkanlığının yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük altına girdiğinden söz etme olanağı bulunmamaktadır.

Kaldı ki, davacı bağış yoluyla temlik işleminden sonra tır parkı yapmak suretiyle taşınmazları kullana gelmiş, 9 yıl süre ile dava açma yoluna gitmemiştir.

Hal böyle olunca, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda diretilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

\* \* \*

### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 15.12.2004

E. 2004/13-722

K. 2004/707

\* İtirazın iptali

\* İcra inkar tazminatı

\* İcra inkar tazminatı

\* İlamlı-ilamsız icra

(2004 sayılı İİK m. 38)

Taraflar arasındaki "itirazın iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Çanakkale Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 27.12.2002 gün ve 2002/489-1302 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 22.12.2003 gün ve 2003/9060-15137 sayılı ilamı ile,

(...Davacı davalı ile yapılan 3,10.1998 tarihli tek tip geçici transfer ve karşılıklı futbolcu değişim sözleşmesi uyarınca 1998-1999 futbol sezonu içinde davalının Dardanel A.Ş. kulübüne çalışması için anlaşma sağlandığını, ancak davalının Gençlerbirliği maç kadrosunda olduğu halde izinsiz ve mazeretsiz olarak kampı terk ettiğini, bu nedenle kulüp tarafından kendisine 57.400.000.000.000 TL para cezası verildiğini, davalının başvurusu üzerine Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim kurulunun para cezasını iptal ettiğini, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun ise 1999/74 esas, 1999/87 karar sayılı 10.6.1999 tarihli karar ile davalının 7.400.000.000 TL ödemesine karar verildiğini belirterek, bu miktarın tahsili için başlatılan icra takibine yapılan haksız itirazların iptalini %40 inkar tazminatının ödetilmesini/ istemiştir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davanın kabulüne, inkar tazminatının ödetilmesine karar verilmiş; hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1. Dosyada ki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacı elinde ilam hükmünde belge olduğu halde ilamsız icra takibinde bulunmuş, borçlunun itirazı üzerine itirazın iptalini ve % 40 inkar tazminatı



*istemiştir. Mahkemece itirazın iptali ile % 40 oranında inkar tazminatına hükmedilmiştir. Elinde ilam veya ilam hükmünde belge bulunan kişi ilamların icrası yolu ile icra takibi yapabileceği gibi, ilamsız icra takibi de yapılabilir. İlamsız icra takibi yapmasına engel yasa hükmü yoktur. Ne var ki davacı elinde ilam hükmünde belge olmasına rağmen ilamsız icra takibi yapmak suretiyle inkar tazminatı almayı amaçlamaktadır. Bu nedenle alacaklıyı iyi niyetli kabul \* etmek mümkün değildir. Alacaklı ilamsız icra takibi yaparak hakkını suistimal ettiği dosya içeriği ile anlaşılmaktadır. Bu nedenle davacı lehine inkar tazminatına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...")*

gereğesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle/yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda diretilmiştir.

**Temyiz Eden:** Davalı vekili

### HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, davacı Spor Kulübünce davalı futbolcuya verilen ve Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulunca onaylanarak kesinleşen para cezasının tahsili istemiyle girilen ilamsız icra takibinde, borca itirazın iptali istemine ilişkindir.

#### A. Davacı İsteminin Özeti

Davacı Dardanel Spor Faaliyetleri A.Ş. vekili, taraflar arasındaki 3.10.1998 tarihli tip sözleşme uyarınca 1998/1999 futbol sezonunda davacı Kulübün futbolcusu olan davalının, maç kadrosunda bulunduğu halde izinsiz ve mazeretsiz şekilde kampı terk etmesi nedeniyle, davacı Kulüp tarafından Ceza Yönetmeliği uyarınca 57.400.000.000 TL para cezası ile cezalandırıldığını, davalının başvurusu üzerine Türkiye Futbol Federasyonu'nun para cezasının iptaline karar verdiğini, bu karara karşı davacının Tahkim Kuruluna başvurması üzerine de, davalının davacıya 7.400.000.000 TL ödemesine dair 10.06.1999 günlü kararın verildiğini; 3813 S. K. ve taraflar arasındaki tip sözleşme hükümlerine göre Tahkim Kurulu kararlarının kesin olduğunu, davacının bu karara konu alacak için davalı aleyhine yaptığı ilamsız icra takibinin haksız itiraz üzerine durduğunu ileri sürerek, itirazın iptaline ve % 40 oranında icra inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir.

#### B. Davalı Cevabının Özeti

Davalı Turan Uzun vekili, davalıya tebliğ edilmiş bir Tahkim Kurulu

kararı bulunmadığını, cezaya konu tarihte davalının hasta olduğunu, doktor raporuyla bu durumun belgelendiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

### C. Yerel Mahkeme Kararının Özeti

Yerel Mahkeme, davalı futbolcunun kusurlu davranışı nedeniyle davacı Kulüp tarafından kendisine verilen 7.500.000.000 TL para cezasının 10.06.1999 tarihli Tahkim Kurulu kararıyla kesinleştiği, davalının kesin nitelikteki bu karar uyarınca anılan miktarı davacıya ödemesi gerektiği halde, hakkında yapılan icra takibinde borca haksız şekilde itiraz ettiği gerekçesiyle davanın kabulüne, itirazın iptaline ve alacağın %40'ı oranında 2.960.000.000 TL icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar vermiştir.

### D. Temyiz Evresi ve Direnme

Davalı vekilince; Tahkim Kurulu kararına konu ceza ile ilgili olarak tarafların daha önce sulh oldukları öne sürülerek temyiz edilen karar, Özel Dairece yukarıdaki gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkeme, önceki gerekçesini tekrarlar birlikte, yasanın tanıdığı seçimlik haklardan birinin kullanılmasının hakkın suistimali olarak değerlendirilemeyeceği, esasen, davalının kesin nitelikteki karara dayalı olarak yapılan ilamsız icra takibinde borca itiraz etmemiş olması halinde, davacı alacaklının icra inkar tazminatı isteme hakkının doğmayacağı; haksız olduğunu ve ilam hükmündeki belge ile haksızlığının tespit edildiğini bile bile, hakkında yapılan icra takibine itiraz eden davalının, icra inkar tazminatına mahkum edilmesinde yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle önceki kararında direnmiştir.

### E. Maddi Olay

Aralarındaki sözleşme uyarınca davacı Kulübün profesyonel futbolcusu olan davalının, 14.02.1999 tarihli Dardanel Spor-Gençlerbirliği maçı öncesinde 12.2.1999 günü kampı terk ederek geri dönmediği, 15.02.1999 tarihinde İstanbul'da özel bir doktordan 15 gün süreyle evde istirahat! Gerektiğine dair rapor aldığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

Davacı Kulüp Yönetim Kurulu, bu eylemi nedeniyle davalıyı 7.500.000.000 TL para cezasıyla cezalandırmış, davalının itirazı üzerine Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu para cezasının iptaline karar vermiş; davacı Kulübün başvurusu üzerine ise, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu, 10.6.1999 günlü kararlar para bu cezasını onamıştır.

Davacı vekilince davalı hakkında 8.9.1999 tarihli takip talebiyle girişilen ilamsız icra takibinde, 7.400.000.000 TL alacağın faiziyle birlikte tahsili istenilmiş; borcun sebebi “ *Tahkim Kurulunca onanmış olan para cezası*” şeklinde açıklanmış, davalı vekili, süresi içerisinde 21.9.1999 günlü dilekçeyle gerekçe göstermeksizin borca itiraz etmiştir.

### F. Gerekçe

Taraflar arasında 13.10.1998 günü düzenlenen ve Türkiye Futbol Federasyonu’na da 15.10.1998 günü onaylanan “*Tek Tıp Geçici Transfer ve Karşılıklı Futbolcu Değişimi Sözleşmesi*” başlıklı sözleşmenin 5. ve 6. maddelerinde, uyuşmazlık halinde Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun vereceği kesin kararlara taraflarca aynen uyulacağı belirtilmiştir. Esasen, 3813 Sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun’un 13. maddesinde, Tahkim Kurulu kararlarının kesin olduğu, 14. maddesinde de, Tahkim Kurulu’nun, Federasyon ile kulüpler; Federasyon ile hakemler; Federasyon ile teknik direktör ve antrenörler; kulüpler ile teknik direktörler ve antrenörler; kulüpler ile oyuncular; kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak ihtilaflar hakkında yönetim kurulunca verilecek kararlar ile disiplin kurulu kararlarını, ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek kesin karara bağlayacağı belirtilmiştir.

Gerek anılan Kanun ve gerekse taraflar arasındaki sözleşmenin ilgili hükümleri uyarınca, davalı hakkında davacı tarafından uygulanan para cezasının onanmasına ilişkin, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun 10.6.1999 günlü kararının kesin nitelikte olduğu açıktır.

Hemen belirtmelidir ki, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu kararlarının, ilgili kanundan ve taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan kesinliği, sadece, bu kararların, başka hiçbir merci nezdinde tartışma ve uyuşmazlık konusu yapılamayacağı anlamında olup, Yerel Mahkeme’nin ve Özel Daire’nin kabullerinin tersine, bu kesinlik, anılan kararlara ilam hükmünde belge niteliği kazandırmaz.

Gerçekten de, hangi belgelerin ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabi bulunduğu, İcra ve İflas Kanunu’nun 38. maddesinde tahdidi olarak sayılmış; Mahkeme huzurunda yapılan sulhler, kabuller ve para borcu ikrarını havi resen tanzim edilen noter senetleri, temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletlerin, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabi olduğu belirtilmiştir.

Açıklanan bu yasal duruma göre, uyuşmazlığa konu para cezasının onanmasına ilişkin Tahkim Kurulu kararının ilam hükmünde bir belge niteliği taşımadığı açıktır.

Kaldı ki, anılan belge ilam hükmünde olsa bile, bozma ilamında da açıklandığı üzere, elinde ilam hükmünde bir belge bulunan alacaklının ilamsız icra takibi yapmasını engelleyen herhangi bir yasa hükmü yoktur. Borçlunun borca itirazına olanak vermesine ve böylece alacağına kavuşmasının gecikmesi ihtimalini bünyesinde taşımasına; kısaca, ilamlı takip yoluna kıyasla, kendisi için daha az avantajlı olmasına rağmen, somut olayda ilamsız takip yolunu seçen davacı alacaklının, salt icra inkar tazminatı alabilmek amacıyla bu yola gittiğinin kabulüne hukuken olanak bulunmadığı gibi; davacı hangi saikle hareket etmiş olursa olsun, borca haksız şekilde itiraz ettiği çekişmesiz olan borçlu davalının da, borca haksız şekilde itiraz etmesi ve açılacak itirazın iptali davasında davacı alacaklının da istemesi halinde inkar tazminatına mahkum edileceğini bilebilecek durumda bulunduğu açıktır: Direnme kararında da vurgulandığı üzere, kesin nitelikteki Tahkim Kurulu kararıyla belirlenen borcunu, icra takibine rağmen ödemeyen ve takibin ilamsız olmasının kendisine verdiği olanağı kullanarak borca haksız şekilde itiraz eden davalının, asıl borçla birlikte, icra inkar tazminatına da mahkum edilmesi; eğer isteseydi borca itiraz etmeyerek önleme olanağına sahip olduğu halde, itiraz yolunu seçmek suretiyle bizzat kabullendiği, kaçınılmaz bir hukuksal sonuçtur.

Hal böyle olunca, Yerel Mahkeme'nin aynı gerekçeye dayalı direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanmalıdır.

\* \* \*

### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 07.04.2004

\* İtirazın iptali

E. 2004/3-203

\* Faiz oranını belirleme yetkisi

K. 2004/213

(3095 sayılı K. m. 1, 2)

Taraflar arasındaki "*itirazın iptali*" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 30.12.2002 gün ve 1361-1571 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 14.10.2003 gün ve 12445-12199 sayılı ilamı ile; (...Davada, davalının ödemediği telefon borcu 61.580.000 TL asıl alacak + 208.470.000 TL yıllık % 144 faizi ile toplam 271.050.000 TL'nin tahsili amacıyla başlatılan icra takibine yapılan itirazın iptali talep edilmektedir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile 61.580.000 TL asıl alacak +

101.262.603 TL %70 avans faizi olmak üzere toplam 162.842.603 TL'lik miktar üzerinden itirazın iptaline karar verilmiştir.

Hükmü davacı vekili temyiz etmektedir.

Taraflar arasında düzenlenen abonelik sözleşmesinde faturanın zamanında ödenmesi halinde gecikme faizi oranının açıkça gösterilmeyip, bu hususu belirleme yetkisi davacı şirkete bırakılmış olduğuna göre, davacı şirketin makul bir faiz oranını belirleme yükümlülüğünün bulunduğu kabulü gerekir. Davacı şirket tarafından emsal şirketlerin belirlediği oranların çok üzerinde bir oran belirlenmesi ve istenmesi hakkaniyete uygun değildir.

Ancak buna rağmen yıllık faiz oranının % 144'den %96'ya indirilerek hükmedilmesi gerekirken, mahkemece, davacı aleyhine daha düşük oranda % 70 reeskont (avans)faizine karar verilmesi doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda diretilmiştir.

**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, itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri AŞ vekili, davacı şirketin abonesi olan davalının düzenlenen fatura bedelini ödemediğini, bunun tahsili için girilen icra takibinde de borca ve istenilen faize haksız şekilde itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptaline ve asgari %40 oranında icra inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Davalı davaya cevap vermemiş, duruşmalara da katılmamıştır.

Yerel Mahkeme'ce verilen; asıl alacak miktarına yönelik itirazın yerinde olmadığı; ne var ki, taraflar arasında, faiz oranı konusunda bir sözleşme hükmü bulunmaması nedeniyle, davacının alacağına ancak avans faizi isteyebileceği, yıllık % 144 oranındaki faiz uygulamasının hukuka aykırı bulunduğu gerekçesine dayalı, davanın kısmen kabulüne, takip konusu işlemiş faiz miktarının avans faizi oranına göre 101.262.603 TL olarak belirlenmesine, takibin bu miktar üzerinden devamına, fazlaya ilişkin istemin reddine dair karar, Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuştur.

Taraflar arasında 16.7.1998 tarihli “GSM Abonelik sözleşmesi” imzalandığı ve bu sözleşmenin 4-6. maddesinde, fatura bedelini zamanında ödemeyen abonenin, faturada belirtilen oranda aylık faiz ödemeyi kabul ve taahhüt etmiş sayılacağı yolunda hüküm bulunduğu; davalı abonenin, son ödeme tarihleri 20.7.1998, 20.8.1999 ve 20.9.2000 olan toplam 61.580.000 TL tutarlı üç adet fatura bedelini ödemediği, her üç faturada da “Gecikme bedeli, ödenecek tutara aylık %12 olarak uygulanır” şeklinde açıklama yer aldığı çekişmesizdir.

Hemen belirtilmelidir ki, sözleşme hükümleri ve tarafların beyanları birlikte değerlendirildiğinde, faturalarda “gecikme bedeli” olarak adlandırılan ödemenin, fatura bedelinin ödenmesinde gecikilmesi halinde uygulanacak faiz oranına, eş söyleyişle temerrüt faizine ilişkin olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Abonelik sözleşmesinin az yukarıda değinilen 4-6. maddesindeki hükme göre de, temerrüt halinde uygulanacak faiz oranının taraflarca birlikte kararlaştırılması yoluna gidilmemiş; faiz oranını belirleme yetkisi davacı şirkete bırakılmıştır.

Bir sözleşmenin taraflarının, temerrüt faizi oranını birlikte belirlemek (akdi faiz oranını kararlaştırmak) yerine, bu konudaki belirleme yetkisini aralarından birine bırakmaları, hukukumuzda egemen olan “sözleşme serbestisi ilkesi” çerçevesinde mümkün ve böylesi bir sözleşme hükmü geçerlidir. Dolayısıyla, taraflar arasındaki abonelik sözleşmesinin faize ilişkin anılan hükmünün hukuken geçerli bulunduğu kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır.

Ne var ki, uygulanacak temerrüt faizi oranını belirleme yetkisi karşılıklı özgür iradeyle kendisine bırakılan tarafın, bu konudaki yetkisinin sınırsız ve denetim dışı olmayacağı da açıktır. Bu yetkinin kullanılması, öncelikle, objektif iyi niyet ve hakkaniyet kurallarının gerektirdiği sınırlamalara tabidir. Eş söyleyişle, yetki kendisinde olan taraf, böylesi bir belirlemede bulunurken, iyi niyetle ve hakkaniyete uygun davranmakla yükümlüdür. Aksine davrandığı ve taraflar arasında bu yönde bir uyuşmazlık doğduğu takdirde, yetkinin bu çerçevede kullanılmış olup olmadığı, hakim tarafından değerlendirilir. Bu değerlendirmenin sonucunda, anılan kurallara aykırılık saptandığı takdirde, hakim, objektif ve hakkaniyete uygun belirlemeyi bizzat yapar ve her iki tarafı buna uymakla yükümlü kılar.

Somut olayda da, davacının tek taraflı olarak belirleyip bildirdiği aylık %12 faiz oranı yönünden taraflar arasında uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. O halde, görülmekte olan davada, bu oranın yukarıda açıklan-

nan objektif iyi niyet ve hakkaniyet ilkelerine uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

Davacı şirket abonelerine GSM hizmeti vermektedir. Dosya kapsamından, ülkemizde kendi abonelerine aynı hizmeti veren dava dışı diğer bazı şirketlerin, benzer durumlarda aylık %8 oranında temerrüt faizi uyguladıkları açıkça anlaşılmaktadır. Her ne kadar, aynı hizmeti veren öteki işletmecilerin uyguladığı faiz oranları davacı şirket yönünden bir bağlayıcılık taşımaz ise de; bu oranların, davacının tek taraflı olarak belirleyip, davalıdan talep ettiği aylık faiz oranının objektif iyi niyet ve hakkaniyet kurallarına uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde uygun ölçüt durumunda buldukları yadsınamaz. Sözleşmenin ve ortaya çıkan uyuşmazlığın niteliği, tarafların durumları ve dosya kapsamı itibarıyla, somut olayda, başkaca uygun ölçütlerin varlığı ileri sürülüp kanıtlanmış da değildir. Somut olayın bu özellikleri gözetildiğinde, davacının, aynı hizmete vermekte olan başka şirketlerce, o dönemde abonelere uygulanan temerrüt faizi oranından çok daha yüksek bir oranda faiz talep etmesinin, objektif iyi niyet ve hakkaniyet kurallarına uygun bulunduğunun kabulü mümkün değildir. Eş söyleyişle, olayda davacıdan beklenen ve anılan kurallara uygun tutum, aynı hizmeti veren diğer şirketler gibi, aylık % 8 (yıllık % 96) oranında temerrüt faizi talep etmektir.

Ancak, önemle vurgulanmalıdır ki, objektif iyi niyet ve hakkaniyet kuralları; davacının isteyebileceği faizin bu orana indirilmesine olanak verdiği gibi ve kadar, bundan daha düşük oranlar uygulamak yükümlülüğü altına sokulmasına da engeldir.

Somut olay bu çerçevede değerlendirildiğinde:

Yerel Mahkeme'nin, davacının uyguladığı aylık % 12 oranındaki temerrüt faizini objektif iyi niyet ve hakkaniyet kurallarına aykırı bulan değerlendirmesi bütünüyle doğru olmasına karşın; davacının avans faizi uygulamakla, dolayısıyla, aynı hizmeti veren öteki şirketlerden daha az bir oranda faiz talep etmekle yükümlü kılınması yanlıştır. Gözden kaçırılmamalıdır ki, 3095 Sayılı Kanun'un uygulamada reeskont faizi ve avans faizi olarak adlandırılan düzenlemeleri (md. 1 ve 2), taraflarca akdi faizin kararlaştırılmadığı sözleşmeler yönünden hüküm ifade eder. Taraflar faiz oranını birlikte kararlaştırmış veya bunu içlerinden birine bırakmış ve o taraf objektif, hakkaniyete uygun bir oran belirlemiş ise, artık yasadaki oranların uygulanmasına yer yoktur. Yine, ilgili tarafın bu ilkelere aykırı davrandığı iddiasıyla açılan bir davada, mahkemenin söz konusu ilkelere uygun oranın yasada öngörülenden daha yüksek

olduğunu belirlediği durumlarda da, anılan Yasa kurallarının uygulama yeri yoktur.

Buraya kadar söylenenler özetlenirse: Somut olayda, objektif iyi niyet ve hakkaniyet kuralları, davacının, davalı tarafından süresinde ödenmeyen fatura bedelleri için aylık % 8 (yıllık % 96) oranında temerrüt faizi uygulamasını gerektirmektedir. Bu kurallar, davacının daha yüksek oranda faiz talep etmesine olduğu kadar, davalının bunun altında bir faiz ödemekle yükümlü kılınmasına da engeldir.

Hal böyle olunca, Yerel mahkemece aynı yöne işaret eden Özel Daire bozma ilamına uyulması gerekirken, önceki kararda diretilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

\* \* \*

### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

**T. 11.02.2004** \* İtirazın iptali  
**E. 2004/11-59** \* Kooperatife ödenen aidatların istirdadı  
**K. 2004/70** (1163 sayılı Kooperatif K. m. 17/1)

Taraflar arasındaki “*itirazın iptali*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Balıkesir Asliye 2. Hukuk Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 20.02.2002 gün ve 2001/948 E- 2002/92 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 23.09.2002 gün ve 2002/3864-8048 sayılı ilamı ile; (...Davacı, davalı kooperatifin üyeliğinden ayrıldığını, ödediği aidatları talep etmesine rağmen ödenmediğini, yapılan icra takibine haksız olarak itiraz edildiğini ileri sürerek, itirazın iptaline ve icra inkar tazminatına hükmedilmesin! Talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının kooperatifi zarara uğratmış olduğunu, aidatlarını düzenli ödemediğini, kooperatifin ödeme gücünü içinde olduğunu, faiz de istenemeyeceğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki belgelere göre, davacının istemi kadar aidat yatırmış olduğunun kooperatif defterleri ile anlaşıl-  
mış olduğu, paranın ödenmesinin başka bir üyenin alınması şartına bağlanamayacağı gerekçesiyle, davanın kabulü ile itirazın iptaline, icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.



Dava, davacı tarafından kooperatife ödenen aidatların istirdadına ilişkin yapılan icra takibine itirazın iptali isteminden ibarettir.

Davacının davalı kooperatifteki ortaklığı, çıkma isteğinin kabul edildiği 01.10.2000 tarihinde sona ermiştir. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 17/1. maddesinde kooperatiften çıkan veya çıkarılan ortakların hesaplaşma süresi ve yükümlülükleri düzenlenmiş olup, buna göre ayrılan ortak, ödemiş olduğu aidatın tamamını değil, ancak yıl sonu bilançosuna göre payına düşen miktarı alabilir. Somut olayda, davacı, kooperatife yatırdığı paralarının iadesini, ancak ortaklıktan çıkarıldığı 2000 yılı bilançosuna göre ve aynı kanunun 17/2. maddesi uyarınca kooperatif genel kurulunun iade ve ödemelerin geciktirilmesi hakkında kararı yoksa isteme hakkına haiz olur. O halde mahkemece davalı kooperatifin ana sözleşmesi celp edilip incelenmek suretiyle davacının alması gereken miktar ve muacceli yet tarihinin belirlenerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda diretilmiştir.

**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, itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı (alacaklı), davalı (borçlu) kooperatife üyeliği süresince ödemiş olduğu toplam 1.055.000.000 TL aidatın, üyelikten ayrıldığı için iadesini istediğini buna rağmen ödeme yapılmayınca icra takibi yoluna gittiğini ancak davalının haksız olarak takibe itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptalini, % 40'dan aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına hükmedilmesin! Talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının kooperatifin kurucularından olup uzun süre yönetim kurulu üyeliği ve başkanlık yaptığını ancak yükümlülüklerini yerine getirmediğinden kooperatifin zor duruma düştüğünü, davacının 1.055.000.000 TL aidat yatırdığını ancak Genel Kurul kararına göre bir üye alındığı takdirde ödeme yapılabileceğini, çıkan üyeye ödeme yapılabilmesi için kooperatifin mal varlığının tehlikeye düşmemesi gerektiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemenin, "iddia savunma ve dosyadaki belgelere göre, davacının istemi kadar aidat yatırmış olduğunun üye aidatı tahsilat defterinden anlaşılması olduğu, paranın ödenmesinin başka bir üye alınması şartına bağlanamayacağı" gerekçesiyle davanın kabulüne dair verdiği karar Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçesiyle bozulmuş, mahkeme kararında direnmiştir.

Kooperatiften çıkan ve çıkarılan ortakların hesaplaşma süresi ve yükümlülükleri; 1163 sayılı Kooperatif Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenmiştir. Adı geçen yasa maddesinde, "Kooperatiften çıkan veya çıkarılan ortakların kendilerinin yahut mirasçılarının kooperatif varlığı üzerinde hakları olup olmadığı ve bu hakların nelerden ibaret bulunduğu ana sözleşmede gösterilir. Bu haklar yedek akçeler hariç olmak üzere ortağın ayrıldığı yıl bilançosuna göre hesaplanır.

Kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürecek nitelikteki iade ve ödemeler, ana sözleşmede daha kısa bir süre tespit edilmiş olsa bile genel kurulca üç yılı aşmamak üzere geciktirilebilir. Bu durumda kooperatifin muhik bir tazminat isteme hakkı saklıdır" denilmektedir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere kooperatiften çıkan veya çıkarılan ortakların kooperatif ile hesaplaşma şekli kooperatif ana sözleşmesinde belirlenebilir. Ayrıca devir dışında bir nedenle kooperatif ortaklığı sona erenlerin sermaye ve diğer alacakları, o yılın bilançosuna göre hesaplanarak ödenir. Yani üyelikten ayrılan ortak, ödemiş olduğu aidatın tamamını değil, ancak yıl sonu bilançosuna göre, payına düşen miktarı alabilir. Kooperatifin varlığını tehlikeye düşürecek nitelikteki iade ve ödemeler ana sözleşmede daha kısa bir süre tespit edilmiş olsa bile genel kurulca üç yılı aşmamak üzere geciktirilebilir.

Somut olayda ise kooperatife ait ana sözleşme ve kooperatife ait defterler celp edilmemiş, bilanço ve kayıtlar üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmamıştır.

Oysa öncelikle davalı kooperatif ana sözleşmesi ve bilançosu celp edilmeli ve gerektiğinde uzman bilirkişi aracılığı ile inceleme yaptırılarak ana sözleşmenin ilgili hükümleri ile Kooperatif Kanununun 17. maddesi birlikte değerlendirilerek varsa yapılacak ödeme miktarı belirlenmelidir.

O halde, Hukuk Genele Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, eksik inceleme ile verilen önceki kararda diretilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

## DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 28.07.2006  
E. 2006/200  
K. 2006/278

\* Avukatlık ücreti  
\* Teminat mukabili alınan paradan artan miktarın iadesinin geciktirilmesi  
(Av. K. m. 34, 134, 135, 158; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4, 42, 43)

Şikayetli avukat hakkında, Akşehir Mahkemesi'nin 2000/563 Esas, 2001/879 Karar sayılı dosya ile görülen şufa davasında teminat olarak mahkeme veznesine yatırılmak üzere kendisine 9.796.000.000,00 TL peşinen ödenmesine karşın, davanın süre yönünden reddedilmesi sebebiyle yatırılmayan paranın istemlere rağmen geri verilmediği, ödenen paranın istirdadı için açılan davada da yetki itirazında bulunduğu ve itirazı kabul edildiği halde hükmü temyiz ettiği ve bu suretle mesleğin kötüye kullanıldığı, toplumun güveninin sarsılmasına neden olduğu iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli savunmasında "Görüşme Zaptıdır" başlıklı sözleşmeden de anlaşılacağı üzere; ödenen paranın avukatlık ücreti ve giderlere ilişkin olduğunu, mahkemenin teminat istemesi halinde onun ayrıca gönderileceğinin yazılı bulunduğunu bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

Konya Barosu Disiplin Kurulu taraflar arasındaki sözleşmede ücret hakkındaki ifadelerin çelişkili olduğu, gerek nispi ücretin dava değerinin % 25'ini aşamayacağı ve gerekse sözleşmede ücretin 5.000,00 YTL olduğu hükmü karşısında, yapılan ödemeye karşılık şikayetlinin iade ile yükümlü olduğu bir miktarın bulunduğu, müvekkiline bilgi ve hesap vermediği, hakkında açılan istirdat davasında yetki itirazında bulunduğu ve itirazı kabul edildiği halde, hükmü temyiz etmekle işi uzatmak gibi mesleğe uygun davranış içinde bulunmadığı ve bu

eylemleri Avukatlık Yasası'nın 34, 134 ve TBB Meslek Kuralları'nın 3, 4, 42 ve 43. maddelerine aykırılık teşkil ettiğinden şikayetlinin uyarma cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir.

İncelenen dosya kapsamından, şikayetçinin şikayetliye Akşehir Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 2000/563 esas sayılı dosya ile görülen önalım davası işini verdiği, bunun için İş Bankası aracılığıyla 9.769,00 YTL havale gönderdiği, şikayetlinin de 7.000,00 YTL değerle şufa davası açıp davanın süre yönünden reddedildiği, hükmün Yargıtay tarafından onandığı ve onama kararına karşı karar düzeltme yoluna gidildiği görülmektedir.

Yine şikayetçinin, bu iş sebebiyle şikayetliye ödediği paranın tamamının istirdadı amacıyla şikayetli hakkında Akşehir Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 2003/118 Esas sayılı davayı açtığı, şikayetlinin yetki itirazında bulunduğu, mahkemenin yetki itirazını kabul ettiği, buna rağmen isteği doğrultusunda verilen kararın şikayetli tarafından temyiz edildiği görülmektedir.

Şikayetçiler tarafından imzalı ve örneği şikayetli tarafından sunulan "Görüşme Zaptıdır (olaya ve ücrete dair)" başlıklı yazıda ücret konusunda; "Bu davalar için avukatlık asgari ücret tarifesine göre serbest olarak istenilecek olan avukatlık ücreti ödenecektir. Mahkemece tayin edilecek olan miktarlar esas alınarak ücret ödenecektir, ancak beş milyar avukatlık ücreti ve dört milyar avans ödemeyi kabul ediyorum. Bunun dışındaki hususlar ileride konuşulacaktır." hükmü vardır.

Her ne kadar bu sözleşmede şikayetlinin imzası yok ise de, taraflar arasında uygulandığına ve sözleşmenin imzası olmayan şikayetli tarafından sunulmuş olmasına göre, icap ve kabulün birleşmesiyle oluşmuş bir akdin belgesi olduğunda kuşku yoktur. Ne var ki bu sözleşmede avukatlık ücreti belirgin değildir. Bir yandan asgari ücret tarifesine göre ücret ödeneceği, bir yandan serbest olarak ücret isteneceği, diğer yandan da 5 milyar ücret ödeneceği gibi çelişkiler taşımaktadır.

Avukatlık Yasası'nın 164. maddesinde, ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu hallerde yetkili merci tarafından, davanın kazanılan bölümüne ve avukatın emeğine göre müddeabihin % 10'u ile % 20'si arasında ücret belirleneceği hükmü vardır. Bu hükümler muvacehesinde şikayetlinin sonuçlandırdığı dava sebebiyle bir hakkı var ise de, süre yönünden reddedilen ve dava değeri 7.000,00 YTL olan bir dava sebebiyle, miktarı ne olursa olsun iadesi gereken önemli bir kısmın olduğunda da duraksama yoktur.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi, "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakıştır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler."

Türkiye Barolar Meslek Kuralları'nın 3. maddesi, "Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür.", 4. maddesi, "Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadır.", 42. maddesi, "Avukat işle ilgili giderleri karşılamak üzere avans isteyebilir. Avansın gereğini çok aşmamasına, avanstan yapılan harcamaların müvekkile zaman zaman bildirilmesine ve işin sonunda avanstan kalan paranın müvekkile verilmesine dikkat edilir", 43. maddesi, "Müvekkil adına alınan paralar ve değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkil ile ilgili bir hesap varsa uygun sürelerle durum yazıyla bildirilir." hükümlerini amirdir.

Avukatlık mesleği, özen, doğruluk ve güven mesleğidir.

Bu nedenlerle şikayetlinin dava değerinin üzerinde teminat adı altında aldığı bir paranın hesabını müvekkiline vermemesi, iadesi gereken kısmı iade etmemesi, yargılamaya sebebiyet vermesi, güven sarsıcı ve kamunun mesleğe olan inancını zedeleyecek bir davranıştır.

Hakkında açılan istirdat davasında yetki itirazında bulunduğu ve itirazı kabul edildiği halde hükmü temyiz etmesi de, diğer davranışlarıyla birlikte değerlendirildiğinde, ödemeyi geciktirmeye matuf bir eylem olması sebebiyle, salt hukuk açısından yapılmış bir başvuru olarak nitelendirilemez.

1136 sayılı yasanın 135. maddesinde disiplin cezalarının tanımı da yapılmıştır. Avukatlık Yasası'nın 34 ve 158. maddesindeki ilkeler de göz önünde bulundurulduğunda eylem mesleğin icrasında daha dikkatli davranması gerektiğine ilişkin uyarı cezasını değil, en az davranışında kusurlu sayıldığı için bildirilmesine ilişkin kınama veya daha üst bir ceza gerektirmektedir.

Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin hukuksal değerlendirmesi isabetli ise de; eylem Avukatlık Yasası 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3, 4, 42, 43. maddelerine aykırı olduğundan tayin olunun disiplin cezasında eylemin ağırlığı ve davranışın tüm avukatlık mesleği hakkındaki kamu inancını ilgilendirmesi de nazara alınarak, 158/2. maddesi muvacehesinde şikayetlinin para cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, şikayetli avukat M. B.'nin itirazının reddine, şikayetçi M. Y. vekili avukat E. A.'nın itirazının kabulüne, yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından, Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezasının kaldırılarak kararın düzeltilerek onanmasına ve şikayetli avukat M. B.'nin 100,00 YTL para cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 28.07.2006  
E. 2006/183  
K. 2006/277

\* Reklam yasağına aykırılık  
\* Yurtdışı irtibat büroları  
\* Baroların resen soruşturma yapma görevi  
(Av. K. m. 43, 44/B, 55, 76; TBB Meslek Kuralları m. 7, 8; Av. K. Yön. m. 65; TBB Reklam Yasağı Yön. m. 10;)

Şikayetli avukatlar hakkında kullandıkları antetli kağıtlarda yurt dışında irtibat büroları olduğunu bildirerek Avukatlık Yasası'nın 55 ve TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 10. maddesine aykırı davrandıkları iddiasıyla resen açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatlar, Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 10. maddesi hükmünün Avukatlık Yasası'nın 55. maddesi hükmüne aykırı olarak düzenlendiğini, Avukatlık Yasası'nın 43. maddesinin şube açmayı yasaklamış olup, irtibat büroları ile ilgili bir yasaklama getirmediğini,

Avukatların yurt dışındaki meslektaşları ile irtibat kurmalarına izin verilmediği takdirde, bu durumun Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen, "*herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde iddia ve savunma hakkına sahiptir.*", hükmüne aykırılık teşkil edeceğini, Türkiye'nin yurt dışında milyonlarca vatandaşının yaşadığını, yurt dışındaki yabancı firma ve kişilerle ticaret, ithalat ve ihracat yapıldığını, bu firma ve kişiler ve bunların yakınları ile olan sorunlar olduğu takdirde doğal olarak Türkiye'de yerleşik "*yerli avukatlara*" başvuruda bulduklarını, yerli avukat veya avukat ortaklıklarının yurt dışında irtibat kurmalarına izin verilmediği takdirde, Avukatlık Yasası'nın 44/B hükmü uyarınca Türkiye'de yerleşik "*yabancı avukat ortaklıkları*" vasıtası ile hak arama zorunda kalacaklarını ve yabancı avukat ortaklıkları lehine kapitülasyon, yerli avukatlar yönünden de haksız rekabet yaratacağını, bunun da Anayasanın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırı olacağını,

Kaldı ki; ilgili hukuk bürolarının unvanlarında hiçbir şekilde bürolarının adının geçmediğini, söz konusu büroların gerçek anlamda “irtibat bürosu” olmayıp, “irtibatlı oldukları bürolar” olduğunu, büro ortaklarından avukat M. U. A.’nın hem İstanbul Barosu’nun ... sicil numaralı hem de Dusseldorf Barosu’nun ... sicil numaralı ve hem de CCBE’ nin ... sicil numaralı üyesi olduğunu, bunların antetli kağıtlarda belirtilmesinin ise malumun ilanı olduğunu, mesleklerini onurlarına uygun bir şekilde zor şartlarda sürdürmeye çalışan avukatların, çalışma şartlarını daha da ağırlaştırıcı durumlarla karşı karşıya bırakmamanın mesleki dayanışma açısından gerekli olduğunu bildirmiş, cezanın kaldırılmasını istemişlerdir.

İncelenen dosya kapsamından; D... & D... Hukuk Bürosu antetli kağıtlarda, “A... & Partner 40212 Düsseldorf GERMANY, H... & Partner 60320 Frankfurt am Main GERMANY, M... & Partner 81675 München GERMANY ve F... & Partner 8803 Zürich, SWITZERLAND” bürolarının, “İrtibat Büroları” başlığı altında yazılı olduğu görülmektedir.

Avukatlık Yasası Yönetmeliği’nin “İhbar ve Şikayet”le ilgili 65. maddesi hükmüne aykırı olarak isimsiz ve imzasız ihbar mektubu ile soruşturma başlatıldığı ve bu sebeple soruşturmanın yasaya aykırı olduğu savunulmuş ise de;

Avukatlık Yasası’nın 76. maddesi hükmü uyarınca “Barolar; avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleriyle olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kuruluşu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır”.

Bu sebeple ihbar ve şikayet yasaya aykırı da olsa, Avukatlık Yasası ve yönetmeliklerine aykırı davranışları resen soruşturmak ve sonuçlandırmak Baro Yönetim kurullarının asli görevidir.

Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği’nin 10. maddesinin Avukatlık Yasası’nın 55 ve 43. maddelerine aykırı olarak düzenlenmiş bulunduğu savunulmuş ise de;

TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği’nin “Amaç” başlıklı 1. maddesinde, “Bu yönetmeliğin amacı; bu Yönetmelik kapsamında olanların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü girişim ve eylemde bulunmalarının önlenmesidir. Avukatların mesleklerini özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmelerini, avukatlık sıfatının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde hareket etmelerini, yargılama faaliyetindeki yerlerini ve işlevlerini olumsuzlaştıracak

ve yargının görünümü bozacak davranışlardan kaçınılmasını sağlamaktır." olarak belirtilmiştir.

Bu amaç doğrultusunda Yönetmeliğin 10. maddesinde, "İşbirliği" başlığı altında, "Bu Yönetmelik kapsamında olanlar, ülke içinde ve dışında işbirliği yaptıkları ve başka kentlerdeki avukatları, ortak avukat bürolarını ve avukatlık ortaklıklarını; "İrtibat Bürosu" ve benzeri tanımlarla, işbirliğini genelleştirecek ve süreklilik kazandıracak biçimde açıklayamazlar, duyuramazlar." hükmü getirilmiştir.

Amaç işbirliğini yasaklamak olmayıp, iş sağlama amacına yönelik ve meslektaşlar arasında haksız rekabete yol açacak şekilde davranışlara yol açmamaktır.

Kaldı ki, Avukatlık Yasası'nın 43/2. maddesi, "Bir avukatın birden fazla bürosu olamaz. Birlikte çalışan avukatlar ayrı büro edinemezler. Avukat ortaklığı yurt içinde şube açamaz." hükmünü amirdir. Maddenin dar yorumu ile yurt dışındaki irtibat bürolarını yasak kapsamında görmemek, yasa koyucunun da amacına ters düşer.

Avukatlık Yasası'nın 44/B maddesi avukatlık ortaklığını düzenlemekte ve "Yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde Türkiye'de faaliyet göstermek isteyen yabancı avukatlık ortaklıkları, bu kanuna ve avukatlık ortaklığı düzenlemesine uygun olarak kurulmak koşuluyla, yalnızca yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık hizmeti verebilirler. Bu sınırlama yabancı avukatlık ortaklığında çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ya da yabancı avukatları da kapsar. Bu nevi avukatlık ortaklıkları için ortakların baroya kayıtlı olma şartı aranmaz. Bu kuralın uygulanması mütekabiliyet esasında bağlıdır." hükmünü içermektedir.

Madde metninden de anlaşılacağı gibi, yabancı avukatlık ortaklıkları, sınırlı konularda avukatlık hizmeti verebilmektedir. Yabancı avukatlık ortaklıkları Türkiye'de sadece yabancı hukuklar ve milletlerarası konularda danışmanlık hizmeti verebilme hakkına sahiptir. Kuralın uygulanması için mütekabiliyet esası da şarttır.

Kurucuların kayıtlı bulunduğu baro yönetim kurulu tarafından baro avukatlık siciline yazılması ile tüzel kişilik kazanan bu tür yabancı avukatlık ortaklıklarının da Avukatlık Yasası 44/B-4 maddesi, "Ortakların ve ortaklıkta çalışan avukatların mesleki görevlerinden dolayı, Avukatlık Kanunu ve meslek kurallarına göre sorumlulukları saklıdır. Avukatlık ortaklıkları hakkında da bu kanundaki disiplin işlem ve cezaları uygulanır." hükmü uyarınca, baronun gözetim ve denetimi altında buldukları açık olduğundan, yabancı avukatlık ortaklıkları lehine kapitülasyon



yaratıldığı ve haksız rekabeti teşvik iddiası yasal dayanaktan yoksun bulunmaktadır.

Avukatlık Yasası'nın 55 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 8. maddesi; *"Avukat kendine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekinir."* hükmünü amirdir. Ortak büro kuran avukatlar, büronun reklam aracı olmamasına, hukuk bürosu olma niteliğini yitirmemesine özenle dikkat etmek zorundadır.

Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin *"Basılı Evrak"* başlıklı 6. maddesi, *"Başlıklı kağıtlar, kartvizitler ve diğer basılı evrak, reklam niteliği taşıyacak aşırılıkta olamaz. Başlıklı kağıtlarda, kartvizitler ve diğer basılı evrakta; sadece avukatlık unvanı, varsa akademik unvan, adı ve soyadı, adres, telefon faks numaraları, internet ve e-posta adresleri ile bağlı buldukları Baro ve Türkiye Barolar Birliği sicil numaraları, vergi dairesi ile vergi sicil numarası yer alabilir."* hükmünü amirdir.

Bu sebepledir ki, basılı evrakta irtibat bürosu, emekli yargıç, emekli savcı, emekli noter, önceki dönem Baro Başkanı, marka patent vekili, Bakan, Milletvekili ve benzeri sıfatlar yazılamaz, basılı evrak reklam niteliği taşıyacak aşırılıkta olamaz.

Bu nedenlerle eylem, Avukatlık Yasası'nın 34 ve 55. TBB Meslek Kuralları'nın 7 ve 8. TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 1, 6 ve 10. maddelerine aykırı olmakla disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak Şikayetli Avukat Y. D. ve Avukat M. U. A'nın itirazının reddine, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararın onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 07.07.2006  
E. 2006/226  
K. 2006/270

**\* Avukatlık görevini kötüye kullanmak**

**\* Hapis hakkı**

(Av. K. m. 34, 134, 136/3, 154, 166/1;  
TBB Meslek Kuralları m. 42, 43)

Şikayetli avukat hakkında S. S. Kuşadası A...Yapı Kooperatifi ile ilgili ihtilaflar nedeniyle kooperatif yönetimi hakkında ceza davası açmadığı, açılmış davalara girmediği, para almasına karşın menfi tespit ve istirdat davalarını açmadığı ve bu sebeple Avukatlık Yasası'nın 34 ve

134. ve TBB Meslek Kuralları'nın 42 ve 43. maddelerine aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, Kuşadası S. S. A... Yapı Kooperatifi ile şikayetçi arasındaki sorunların çözülmesi ve kooperatif yönetiminin denetim altına alınması için yazılı ücret sözleşmesi yaparak vekalet üstlendiğini, Kuşadası İcra Müdürlüğü'ndeki takip konusu borçları ödemek için bir miktar para aldığını, ancak miktarını hatırlamadığını, açılacak davalara harcanmak üzere Avukat V. S.'den 300.000.000,00 TL para ve 1.500,00 Alman Markı aldığını, ancak devam etmekte olan menfi tespit davası sonuçlanmadığından uhdesinde tuttuğunu, takip ettiği işler nedeniyle ücreti vekalet alacağı olduğunu, hapis hakkını kullandığını ve bu sebeple üzerindeki parayı iade etmeyi düşünmediğini bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

Şikayetli avukat hakkında Aydın 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2004/252 esasta "avukatlık görevini kötüye kullanmak" iddiasıyla açılan kamu davası, mahkemenin 13.10.2005 gün ve 2005/474 karar numaralı kararı ile mahkumiyetle sonuçlanmış, karar 31.01.2006 tarihinde temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

İncelenen karar gerekçesinden şikayetli avukatın, "Yapılan yargılama ve toplanan deliller sonucunda sanığın müdahilin Kuşadası A... Yapı Kooperatifi ile ilgili ihtilaflar nedeniyle ceza davası açmak için vekalet sözleşmesi yaparak 100.000.000,00 TL ücret aldığı halde dava açmadığı ve açılmış 1996/657 esas sayılı davaya katılmadığını, kooperatifçe müdahil aleyhine icra takipleri başlatılması üzerine teminatları yatırıp menfi tespit ve istirdat davaları açmak üzere müdahilin önceki vekilinden ve gerekse arkadaşlarından önceki paraya ilaveten (TL karşılığı 2.802.800.000 lira olan) 4.400,00 mark, 1.500,00 mark ve 350 milyon lira para aldığı, aldığı paraların 1.940.050.000,00 lirasını açılan icra takipleri teminatı ve menfi tespit dosyasının harç ve masrafı olarak sarf ettiği, ancak istirdat davası açmadığı için kendisine bu davanın masrafları olarak verilen 1.212.750.000,00 TL ile 1.500,00 mark paranın haksız olarak sanık üzerinde kaldığı, sanığın sarf ettiği meblağ dışında kalan parayı istemesine rağmen müdahile iade etmediği, böylece görevini kötüye kullandığı"nın bildirildiği görülmektedir.

Şikayetli avukat hapis hakkını kullandığını savunmuş ise de; Avukatlık Yasası'nın 166/1. maddesi uyarınca hapis hakkının kullanımı için yazılı bir bildirim yapıldığı belgelendirilmediğinden geçerli görülme-

miştir. Zira hapis hakkının kullanılması ancak, bu hakkın hangi işten dolayı ve ne miktarda kullanıldığı hususunun yazılı olarak müvekkile duyurulması ile mümkün olabilir. Disiplin dosyasında bu hususta şikayetçiye bildirim yapıldığına ilişkin belge bulunmamakta olduğu gibi, talebe rağmen de hesap verilmemiştir.

Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve meslek itibarını zedeleyecek her türlü davranıştan kaçınmak suretiyle yapmak zorundadır.

Şikayetli avukatın eylemi kesinleşen mahkeme kararı ile de saptanmış olduğundan eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu kararında hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve kararda suç tarihi olarak 25.08.2003 tarihi belirtilmiş ve Şikayetlinin disiplin sicilinde 05.08.1999 tarihinde kesinleşen iki yıl süre ile işten çıkarma cezası mevcut olduğundan, Avukatlık Yasası'nın 136/3 maddesi uyarınca tayin edilen meslekten çıkarma cezasının onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukat T.H.'nin itirazının reddine, Aydın Barosu Disiplin Kurulu'nun meslekten çıkarma cezası verilmesine ve Avukatlık Yasası'nın 154. maddesi uyarında işten yasaklamasına ilişkin kararın onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 08.07.2006  
E. 2006/198  
K. 2006/269

**\* Vekalet alan ikinci avukatın, ilk vekalet sahibi avukata bilgi verme ve ondan yazılı muvafakat alma yükümlülüğü**  
(Av. K. m. 172;  
TBB Meslek Kuralları m. 39)

Şikayetli avukatın, şikayetçi avukatın vekili bulunduğu Dalaman Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/63 Esas sayılı dosyasına, şikayetçiden izin almadan ve bilgi vermeden vekaletname olarak duruşmaya katıldığı iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem Avukatlık Yasası ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'na aykırı bulunarak şikayetli avukat hakkında uyarma cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat hakkındaki iddia, şikayetçi avukatın takip ettiği dava ya şikayetçiden izin almaksızın ve yazılı bilgi vermeksizin, şikayetçi-

nin müvekkillerinin vekaletini kabul ederek duruşmaya katılmasıdır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetçi avukatın Dalaman Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/63 Esas sayılı dosyasında, M. K. O. ve S. Y.'nin vekili olarak davayı takip ettiği, şikayetli avukatın daha sonra aynı şahısların vekaletnamesini alarak, şikayetçi avukattan yazılı muvafakat almaksızın 09/06/2005 tarihli duruşmaya katıldığı, şikayetli avukatın izin almaksızın davaya vekaletname ibraz ederek duruşmaya girmesi sebebiyle, şikayetçi avukatın davadan çekilmiş olduğu anlaşılmıştır.

Şikayetli avukat savunmasında, müvekkiline şikayetçiden izin alması gerektiğini bildirdiğini, kendisinin de telefonla birkaç defa aramasına rağmen ulaşamadığını, sekreterine sözlü bilgi verdiğini, vekalet verilmesi ile duruşma arasında çok kısa süre bulunması sebebiyle yazılı bilgi verilmesinin mümkün olmadığını, aksi halde müvekkillerinin haklarının korunamayacağını bildirmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 172. maddesi; "*iş sahibi ilk anlaşmayı yaptığı avukatının yazılı muvafakati ile başka avukatları da işin kovuşturma ve savunmasına katabilir.*" hükmünü taşımaktadır. Her ne kadar düzenleme iş sahibi ile avukat arasındaki ilişki ile ilgili ise de, sonradan vekil olan avukatın da bu hükmün yerine getirilip getirilmediğini araştırıp yazılı muvafakat alındığını tespit ederek vekaleti kabul etmesi gerekmektedir. Bu muvafakatin yazılı olması da yasanın hükmüdür. Şikayetli avukat da bu gerekliliği bilmekte müvekkili ile bu iznin alınmasını istediğini savunmaktadır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 39. maddesine göre; "*iş sahibi anlaşmayı yaptığı avukattan sonra ikinci bir avukata vekalet vermek isterse, ikinci avukat işi kabul etmeden önce, ilk vekalet verilen avukata yazı ile bilgi vermelidir.*" Şikayetli avukat, dava dosyasını incelediğini, dilekçe yazdığını savunmasında bildirdiğine göre davanın şikayetçi avukat tarafından takip edildiğini bilmektedir. Şikayetli avukatın, şikayetçiyi aradığı halde bulamadığını ve sekreterine sözlü bilgi verdiğini savunmakta ise de, bilgi işinin kabulden önce ve yazılı olarak verilmesi gerekmektedir. Şikayetli avukatın, duruşma gününe çok az zamanın kalmış olduğu, müvekkillerinin haklarının savunulmasındaki zorunluluk gibi savunmaları yasal gereklilikleri ortadan kaldıramayacağından, nazara alınmamıştır.

Bu sebeple şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası'nın 172 ve TBB Meslek Kuralları'nın 39. maddesine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddi ile Muğla Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 08.07.2006  
E. 2006/187  
K. 2006/261

\* **Avukatın, doğrudan hasım  
tarafı görüşmesi yasağı**  
\* **Disiplin suçlarında zaman aşımı**  
(Av. K. m. 34, 134, 136;  
TBB Meslek Kuralları m. 31)

Şikayetçi, şikayetli avukatın Şavşat'ta karşılıklı izledikleri davanın duruşmasından çıktıktan sonra müvekkilinin işyerine gidip, yokluğunda müvekkili ile konuşarak, müvekkiline davayı kesinlikle kaybedeceğini, avukatının işi bilmediğini, en iyisi anlaşmak olduğunu söylediğini, bu eyleminin TBB Meslek Kuralları'nın 31. maddesine açıkça aykırı olduğunu bildirerek, şikayetçi olmuştur.

Şikayetli savunmasında iddiaların doğru olmadığını, karşılıklı izledikleri duruşmadan çıktıktan sonra şikayetçinin müvekkilinin kendisini yemeğe götürmek istediğini, reddedince çay içmeye davet ettiğini, geleneklerimiz icabı teklifini reddedemediğini, davayı kazanacaklarını bildirerek sulh teklifinde bulunanın kendisi değil, şikayetçinin müvekkili olduğunu, kendisinin ise cevaben bu konuda yetkili olmadığını bildirdiğini savunmuştur.

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu, şikayetlinin karşı taraf asilin bürosuna giderek onunla görüşme yapmasını, Avukatlık Yasası'nın 34, 134, 136 ve TBB Meslek Kuralları'nın 31. maddesine aykırı bularak şikayetlinin uyarma cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı ve şikayetli itiraz etmiştir.

TBB Meslek Kuralları'nın 31. maddesi, avukatın, hasım tarafın ancak avukatı ile görüşebileceğini bildirmektedir. Doğaldır ki bu görüşmenin içeriğinin takip edilen iş ile ilgili olması gerekmektedir. Şikayet konusu olayda şikayetlinin, şikayetçi avukatın yokluğunda onun müvekkilinin işyerine giderek konuştuğu tartışmasıdır. Ayrıca konuşmanın işle ilgili olduğu, anlaşma koşulları arandığı, yanlardan birinin davayı nasıl olsa kazanacağını, diğerinin de şimdiye kadar dava kaybetmediklerini bildirmek suretiyle anlaşmaya ortam hazırlamaya çalıştıkları anlaşıl-

maktadır. Bu nedenle eylemin TBB Meslek Kuralları'nın 31. maddesine aykırı olduğunda duraksama yoktur.

Disiplin suçlarında zaman aşımı, Avukatlık Yasası'nın 159. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede kovuşturma için öngörülen zaman aşımı süresi 3 yıldır. Disiplin kovuşturmasına konu eylem tarihi 04.11.2003'dür. İstanbul Barosu Yönetim Kurulu ise, 24.03.2005 günü şikayetli hakkında disiplin kovuşturma açılmasına karar vermiştir. Dolayısıyla 3 yıllık kovuşturma zaman aşımı süresi geçmediği gibi, kovuşturma 26.07.2005 tarihli karar ile sonuçlanmış olmakla, aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen 4,5 yıllık ceza zaman aşımı süresi de geçmemiştir. Yasanın 141. maddesinde düzenlenen süre, eylem ile ilgili olmadığı gibi hak düşürücü süre de değildir. Bu nedenlerle şikayetlinin zaman aşımı itirazı da yerinde değildir.

Ayrıca, 1136 Sayılı Avukatlık Yasası'nın avukatların hak ve ödevlerini düzenleyen 6. kısmında yer alan 34. maddesinde, avukatların genel olarak Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen Meslek Kuralları'na uymakla yükümlü oldukları ifade edilip, devamı maddelerinde de bu kurallardan bir bölümünün sayıldığı, şikayet edilen avukatın disiplin kovuşturmasına konu eyleminin ise bu kısım kapsamında yer almadığı, TBB Meslek Kuralları'nın 31. maddesine aykırılık oluşturduğu nazara alınarak, Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, İstanbul Cumhuriyet Savcısı'nın ve şikayetlinin itirazların reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

\* \* \*

T. 08.07.2006  
E. 2006/186  
K. 2006/260

**\* Avukatlık ücretinin, dava veya hükmolunacak şeyin değerinin yahut paranın % 25'ini geçmemesi**  
(Av. K. m. 164/2, 34, 134)

Şikayetli avukat hakkında, şikayetçilerin vekili sıfatıyla DSİ Genel Müdürlüğü aleyhine dava açtığı, dava sonucunda tahsil ettiği 629.625.000.000 TL'den 220.000.000.000 TL'yi şikayetçilere verip, kalan 404.625.000.000 TL'yi şikayetçilere vermeyip uhdesinde tuttuğu, şikayetçilere ait taşınmazlara kamulaştırmazsız el koyan DSİ Genel Müdürlüğü aleyhine açılacak dava için, bedelin 1/9'u oranında veka-

let ücreti karşılığında şikayetçilerin vekilliğini üstlendiği halde, 2002 yılında gerekli olduğunu söyleyerek ayrı ayrı imzalattığı boş kağıtların üzerini Avukatlık Sözleşmesi şeklinde ve Vekalet Ücreti kısmına 2.800.000.000.000 TL olarak doldurup, şikayetçiler aleyhine Kütahya 2. İcra Müdürlüğü'nde 2.800.000.000.000 TL vekalet ücreti alacağının tahsili için icra takibi başlattığı iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca "*disiplin cezası verilmesine yer olmadığına*" karar verilmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu eylem sebebiyle şikayetli avukat hakkında "*emniyeti suiistimal*" suçundan dolayı Kütahya Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2004/330 esasında kayıtlı olarak açılan kamu davasında, mahkemece şikayetli avukatın üzerine atılı suçun yasal unsurları oluşmadığından beraatına karar verilmiş ve karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, Kütahya Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen beraat kararını dayanak alarak, şikayetli avukatın disiplin suçu işlemediği gerekçesiyle disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın, şikayetçi M. K. ile A. K., M. Y., A. Y. ve Y. Y. ile diğer üç kişinin vekili olarak Kütahya 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/677 Esas sayılı davası ile DSİ Genel Müdürlüğü aleyhine kamulaştırmaz el koyma nedeniyle bedel ve ecri misil davası açtığı, mahkemece verilen kararın kesinleştiği, şikayetçilerin de aralarında bulunduğu sekiz müvekkili aleyhine, taraflarca tanzim edildiği iddia olunan avukatlık ücret sözleşmesine dayanılarak toplam 2.800.000.000.000 TL alacağın, faiz ve ferileriyle tahsili için ilamsız takip başlattığı, takibe yapılan itiraz üzerine, Baro Hakem Kurulunun şikayetli için dava değerinin % 15'ine tekabül eden 575.002.847.760 TL'nin tahsiline (tüm vekil edenler için) karar verdiği ve kararın kesinleşmediği anlaşılmıştır. Şikayetlinin sanık olarak yargılanıp beraat ettiği Kütahya Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2004/330 Esas, 2005/56 Karar sayılı kesinleşen kararın gerekçesinde, faizleriyle birlikte toplam alacak miktarının 5.688.427.500.000 TL olduğu tespit edilmiştir. Böylece şikayetlinin, alacağın % 50'ine yakın bir miktar olan, 2.800.000.000.000 TL vekalet ücreti talep etmesi, Avukatlık Yasası'nın 164/2, 34 ve 134. maddelerine aykırıdır.

Avukatlık Yasası'nın 164/2. maddesinde yazılı, "*... % 25'i geçmemek üzere dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir.*", Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine

göre, “Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği’nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.”

Şikayetli avukatın eylemi yukarıda açıklanan yasal düzenlemelere aykırı olduğundan disiplin suçunu oluşturmaktadır. Bu sebeple Baro Disiplin Kurulunca, şikayetli avukat hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararında hukuki isabet görülmediğinden kaldırılmasına, eylemin niteliği ve kamunun güvenini sarsıcı nitelikteki ağırlığı, birden fazla kişi aleyhinde işlenmiş olması, Avukatlık Yasası’nın 158. maddesindeki ilkelerde nazara alınmak suretiyle, şikayetli avukatın 200,00 YTL para cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulüyle, Kütahya Barosu Disiplin Kurulu’nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına, yeniden incelemeyi gerektirir bir husus bulunmadığından şikayetli avukat İ. D.’nin 200,00 YTL para cezası ile cezalandırılmasına oybirliğiyle karar verildi.

\* \* \*

T. 07.07.2006  
E. 2006/177  
K. 2006/256

**\* Takibe, borçluya ait olmayan bir vekaletnameye dayanmak suretiyle itiraz edilmesi**  
(Av. K. m. 34)

Şikayetçi avukat tarafından vekalet ücreti alacağı için, İstanbul 7. İcra Müdürlüğü’nün 2003/13890 sayılı icra dosyası ile S. M. T. ve B... Lojistik Taşımacılık Ltd. Şti. aleyhine ilamsız takip yaptığı, takibe borçlu vekili olarak şikayetli avukat H. Ö. tarafından itiraz edildiği, takibin durduğu, ancak şikayetli avukat tarafından itiraz dilekçesine takip borçlularına ait olmayan vekaletnamenin eklenmiş olduğunun sonradan anlaşıldığı, borçlu şirkete ödeme emrinin 17.10.2003 tarihinde tebliğ edildiği, borçlu şirkete ait olan ve şikayetli tarafından dosyaya sonradan ibraz edilen vekaletnamenin düzenlenme tarihinin ise 06.11.2003 olduğu, şikayetli avukatın özen ve doğruluk ilkelerine aykırı hareket ettiği iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu’nca eylem sabit görülmüş ve disiplin cezası tayin edilmiştir.



Şikayetli avukat savunmasında; yanında ücretli olarak çalışan Av. S.K.'nin talimatı üzerine itiraz dilekçesi verdiğini, yanlış vekaletnamenin sehven dilekçeye eklenmiş olduğunu, daha sonra doğru vekaletnamenin icra dosyasına sunulduğunu vekaletnamenin sonra ibraz edilmesinin yasal olduğunu, suçsuz olduğunu bildirmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden; ödeme emrinin, takip borçlusu şirkete 17.10.2003 tarihinde tebliğ edildiği, şikayetli tarafından yapılan itiraza, borçlular ile ilgisi olmayan vekaletnamenin eklenmiş olduğu, daha sonra şikayetlinin icra dosyasına ibraz ettiği borçlu şirkete ait vekaletnamenin düzenlenme tarihinin ise 06.11.2003 olduğu, böylece itiraz edildiğinde, şikayetli avukat adına tanzim edilmiş geçerli bir vekaletnamenin bulunmadığı anlaşılmıştır. Şikayetli avukat vekaletnamenin olmadığını bilmesine karşın, bu durumu gizlemek suretiyle itiraz dilekçesine, borçlularla hiçbir ilgisi olmayan bir vekaletnameyi ekleyerek ve borçlular adına düzenlenmiş bir vekaletname olmadığını gizlemek suretiyle verdiği dilekçe ile borca itiraz etmiş, şikayetçinin fark etmesi ve mahkemeye itirazda bulunması üzerine takibin devamına karar verildiği anlaşılmıştır.

Avukatlar özen ve doğruluk kurallarına göre hareket etmek, kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde sadakatle davranmak mesleğin itibarını sarsacak her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır.

Şikayetli avukatın, vekaletnamesinin olmadığını bilmesine karşın, icra dairesine müvekkili ile ilgisi olmayan bir vekaletnameyi itiraz dilekçesine ekleyerek, icra takiben itiraz etmesi ve takibi durdurması, avukatın sahip olması gereken "özen" ve "doğruluk" ilkelerine aykırı olmakla, eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nun takdirinde hukuki bir isabetsizlik görülmediğinden kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

\* \* \*

T. 08.07.2006  
E. 2006/174  
K. 2006/253

\* **Avukatın meslektaş ile ilgili küçük düşürücü kişisel görüşler belirtmesi yasağı**  
(TBB Meslek Kuralları m. 5, 27/1)

Şikayetçinin, şikayetli avukat hakkında İstanbul Barosu'na yaptığı şikayete karşı, şikayetlinin verdiği yazılı cevabında kullandığı "*Kambiyo takibinin itiraz ile kesinleşmediğini düşünecek kadar mesleki bilgiden; senet asıllarının kasada olmadığı aşikarken müvekkiline yaranmak için itiraz edecek kadar mesleki etikten; olmazsa eksik olacak bir cümleyi dilekçede görünce bir avukata 'zafer kazanmış komutan edasında' diyecek kadar mesleki görgüden yoksun 'Avukat' sıfatını taşıyan birinin şikayeti üzerine*" sözler üzerine İstanbul Barosu Yönetim Kurulu şikayetli hakkında disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiştir.

Şikayetli savunmasında, tahkir kastı gütmemediğini, kişisel niteleme yapmadıklarını, şikayetçinin tahrik içeren tutumu ile böyle bir cevap verdiklerini ve cevaplarının savunma sınırı içinde kaldığını bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetlinin dilekçesindeki sözlerin TBB Meslek Kuralları'nın 27/1 hükmüne aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle şikayetlinin uyarma cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir.

Şikayetlinin dilekçesinde, şikayetçi için kullandığı sözler şikayetçinin özel nitelikleri ile ilgilidir. Şikayetçinin mesleki bilgiden yoksun, mesleki görgüden uzak olduğu, müvekkiline yaranmak amacıyla davrandığı, mesleki yetersizliği, açıkça ifade edildiği gibi, cümle içinde yer alan "*avukat sıfatını taşıyan birinin*" sözleri ile de bu sıfatı taşımaya layık olmadığı anlatılmak istenmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5 ve 27/1 maddeleri, avukatın yazarken görüşlerini olgun ve objektif bir biçimde açıklaması gerektiğini, meslektaş ile ilgili küçük düşürücü kişisel görüşler belirtmeyeceğini düzenlemiştir.

Gerek kullanılan söz ve ifadeler ve gerek metin içindeki kullanılış biçimleri, TBB. Meslek Kuralları'nın 5 ve 27/1 maddelerine açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu'nun kararında isabetsizlik bulunmadığından kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

\* \* \*

T. 08.07.2006  
E. 2006/161  
K. 2006/243

\* Reklam yasağına aykırılık  
\* Aynı işte menfaati zıt tarafa  
avukatlık etme veya mütalaa verme  
yasağı  
\* Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi  
altında vekalet ücreti kararlaştırılması  
yasağı  
(Av. K. m. 38/b, 55, 134, 135/3, 136,  
158/2, 164/4; TBB Meslek Kuralları m.  
2, 3, 4, 11; TBB Reklam Yasağı  
Yön. m. 1, 2)

Eskişehir Barosu'nun 2004 yılındaki olağan genel kurulunda, şikayetli ile ilgili iddialar ihbar kabul edilerek, "şikayetli avukatın, Avukatlık Yasası'nın 47, 55 ve diğer maddeleri ile TBB Meslek Kuralları'na aykırı olarak haksız iş edindiği, haksız rekabet yaptığı, iş potansiyeli yüksek bir çok yerin ve menfaat çatışması olan şahısların aynı anda vekaletini aldığı" iddiasıyla resen disiplin soruşturması başlatılmıştır.

Şikayetli savunmasında, isnatların doğruyu yansıtmadığını ve yersiz olduğunu, Eskişehir Valisi'nin oğlu olmasının suçlama konusu yapılmaması gerektiğini, ortada şikayetçi olmamasına rağmen yasaya aykırı tarzda soruşturma yapıldığını bildirmiştir.

Eskişehir Barosu Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın, Avukatlık Yasası'nın 164/4, 55, 134, 158/2, 136 ve 135/3. maddeleri ile TBB. Meslek Kurallarının 2, 3, 4 ve 12. maddeleri ve Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 1 ve 2. maddeleri uyarınca eylemin disiplin suçunu oluşturduğu kabul edilerek şikayetlinin 450,00 YTL para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Tüm dosya içeriğinden, şikayetli avukatın M. Y. vekili olarak Eskişehir 1. İcra Müdürlüğü'nde 2004/6788 sayılı dosya ile A... Yardımlaşma Sandığı aleyhine icra takibi başlattığı, icra takibi devam ederken 11.10.2004 tarihinde A... Yardımlaşma Sandığı tarafından, Eskişehir 5. İcra Müdürlüğü'nün 2004/8525 sayılı dosyasıyla A. K. aleyhine yürütülen icra takibi dosyasına ibraz edilen 17.09.2004 tarihli vekaletnamede kendi isminin de vekil olarak yazılı bulunduğu, yanında sigortalı olarak çalıştığı vekaletname metninden anlaşılan bir avukat kanalıyla, icra takibi başlattığı, bu nedenle Avukatlık Yasası'nın 38/b maddesinde yazılı "aynı işte menfaati zıt tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa" hükmüne aykırı hareket ettiği,

Ayrıca şikayetlinin Oyak Bank Eskişehir Şube Müdürlüğü'ne verdiği 30.03.2005 günlü "sözleşmeli avukatlık talebim hk." başlıklı dilekçe ekinde "halihazır avukatlığımı yaptığımız firmalar" bölümünde Finansbank ve Vakıflar Bankası'nın gösterildiği, bu bankaların vekaletnamesinin bulunmayışı ve referans listesi içeriği bir kül olarak değerlendirildiğinde, eylemin Avukatlık Yasası'nın 55, TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 1, 2 ve "Bu yönetmelik kapsamında olanlar, ...iş elde etmek için reklam sayılacak herhangi bir girişim ve eylemde bulunmamak(la)... yükümlüdürler" hükmünü düzenleyen 11. maddeye aykırı teşkil ettiği,

Şikayetli avukatın, Pancar Kooperatifi ile imzaladığı vekalet sözleşmesinde, avukatlık ücretinin % 7,5 oranında olacağını kabullendiği ve bu oranda vekalet ücreti tahsilatı yapmış olması nedeniyle de Avukatlık Yasası'nın 164/4 maddesinde yazılı "Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılmaz." hükmüne aykırı davrandığı anlaşılmıştır.

Şikayetli avukatın eylemleri, Avukatlık Yasası'nın 38/b, 55, 34. maddelerindeki, "Avukatlar, yükledikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak(la)... yükümlüdürler." hükmü ile TBB Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerine aykırılık teşkil ettiğinden disiplin suçunu oluşturmaktadır. Avukatlık Yasası, TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği ve TBB Meslek Kuralları'na aykırı birden çok eylemde bulunan şikayetli hakkında Baro Disiplin Kurulu'nun 450,00 YTL para cezası verilmesine ilişkin kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddi ile Eskişehir Barosu Disiplin Kurulu'nun "450,00 YTL para cezası" verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

\* \* \*

T. 07.07.2006  
E. 2006/160  
K. 2006/242

\* Şikayetten vazgeçilmesinin disiplin kovuşturmasının devamını engellememesi  
\* Yasanın amir hükmüne aykırı olarak hacizli malların satışının istenmesi (İİK m. 170/1; Av. K. m. 34)

Şikayetli avukatların, "Afyonkarahisar 2. İcra Müdürlüğü'nün 2002/7048 sayılı icra dosyası ile şikayetçi hakkında icra takibi yaptıkları, şik-

*kayetçinin imza inkarında bulunmasına karşın şikayetlilerin haciz talebinde bulunarak, haczettikleri malların satışını istedikleri, şikayetçi hakkında mal beyanında bulunmamak suçundan dolayı şikayette bulunup, şikayetçinin hapis cezası ile cezalandırılmasına dair karar aldıkları”* iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu’nca şikayetlilerin ayrı ayrı kınama cezası ile cezalandırılmalarına karar verilmiştir.

Şikayetli avukatlar savunmalarında; borçluların baba-oğul olduklarını, her ikisi hakkında icra takibi başlattıklarını, her iki borçlunun da fiilen birlikte çalıştırdıkları işyerinde İ. S. için M. S.’nin huzurunda haciz yaptıklarını, M. S.’nin malların kendisine ait olduğundan bahisle itiraz ettiğini, daha sonra aynı yerde İ. Ş. aleyhinde haciz yaptıklarını, itirazda bulunulmadığı için İ. Ş. hakkında satış talep ettiklerini bildirmişlerdir.

Disiplin kovuşturması sürerken, şikayetçi, şikayetli ile anlaştıklarını, bu sebeple şikayetten vazgeçtiğini herhangi bir zararının da olmadığını bildiren bir dilekçe vermiştir.

Şikayetten vazgeçilmesi, disiplin kovuşturmasının devamına engel bir husus değildir, Baro Disiplin Kurulu ve TBB Disiplin Kurulu şikayetten vazgeçilmiş olsa bile kovuşturmayı sonuçlandırmakla yükümlüdür. Bu sebeple Baro Disiplin Kurulu’nun kovuşturmaya devam etmesi ve sonuçlandırması doğrudur.

Dosyanın incelenmesinde; Afyonkarahisar 2. İcra Müdürlüğü’nün 2002/7048 sayılı icra dosyası ile şikayetçi M. S. hakkında da icra takibi yapıldığı, şikayetçinin imzaya itiraz ettiği, açılan dava sonunda imzanın borçlu şikayetçiye ait olmadığına anlaşıldığı, şikayetliler tarafından 06.08.2003 tarihinde satış talep edildiği, mahkemece satışın durdurulduğu, davanın kabulüyle sonuçlanmasına rağmen icra takibinin devam ettirilerek tekrar satış talebinde bulunulduğu anlaşılmıştır.

İİK’nin 170/1. maddesine göre, şikayetçinin imzasını inkar etmesi nedeniyle, dava sonuçlanıncaya kadar hacizli mallarının satışının mümkün olmamasına rağmen satışa yönelik işlemlere devam edilmesi, yasaya aykırı olmasının yanında avukatlığın “özen” ve “doğruluk” ilkeleleriyle de bağdaşmadığından eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu’nun takdirinde hukuki isabetsizlik bulunmadığından, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlilerin itirazlarının reddi ile Baro Disiplin Kurulu’nun her iki şikayetli hakkında ayrı ayrı tayin ettiği kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

T. 07.07.2006

E. 2006/135

K. 2006/239

\* Ücretsiz dava takibi yasağı

(Av. K. 43/3, 136/2;

TBB Meslek Kuralları m. 3, 4, 8, 15)

Şikayetli avukatın, şikayetçinin kardeşinin mahkumiyeti ile sonuçlanan Ankara 15. Asliye Ceza Mahkemesi'nin kararının temyizi üzerine, dosyanın Yargıtay'da takibinin yapılması için şikayetçi ile ücret sözleşmesi yaptığı, bu sözleşmeye göre peşin ödenen 2.000,00 USD'nin kararın onanması halinde iade edileceğinin kararlaştırıldığı, kararın Yargıtay'da onanmasına karşın paranın iade edilmediği, tahsili için yapılan icra takibine de itiraz ettiği, ücret alınmamasına ilişkin sözleşmenin geçersiz bulunduğu, bu şart olmaksızın vekaletin alınamayacağı, bu tutumunun karşı tarafı aldatıcı sonuç doğurduğu, mesleki çalışmasından dolayı aleyhine açılan takip ve davayı baroya bildirmediği ve bürosunu ve konutunu değiştiren avukatın yeni büro ve konutunu bir hafta içinde bildirme zorunluluğuna uymadığı, Baro Disiplin Kurulu'nca kabul edilerek, Avukatlık Yasası'nın 43/3, TBB Meslek Kuralları'nın 3, 4, 8, 15. maddelerine dayanarak, önceki disiplin cezaları da dikkate alınmak suretiyle üç ay süre ile işten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Şikayetli avukatın, şikayetçi ile yaptığı ve örneği dosyada bulunan ücret sözleşmesinde, duruşmalı olarak dahi temyiz edilmemiş olan mahkumiyet kararının Yargıtay'da takibi için 5.000,00 USD ücret karşılığı anlaştığı, bunun 2.000,00 USD'nin peşin ödendiği, sözleşmede kararın onanması halinde peşin alınan paranın iade edileceği hükmünün bulunduğu görülmüştür.

Peşin alınan ücretin istenen sonucun elde edilememesi halinde iadesine ilişkin düzenleme, ücretsiz dava takibi sonucunu doğurmakta olup, şikayetli avukatın bu tür bir sözleşme düzenlemesinin, hukuki yardımın sonucunu garanti etmek ve iş sahibinin bu şart ile işin verilmesine ikna edilmiş olacağı, bunun ise TBB Meslek Kuralları'nın 8. maddesine açıkça aykırılık oluşturduğu, kendisi tarafından düzenlenen bir sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek, iade etmemekte direnmesinin de, TBB Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddesinde kabul edilen, kamunun inancını ve mesleğe güvenini, mesleğin itibarını zedeleyecek davranış olarak kabul eden Baro Disiplin Kurulu'nun, eylemin disiplin suçunu oluşturduğu biçimindeki kabulünde hukuksal isabetsizlik bulunmamıştır.

Baro Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukatın eyleminin Avukatlık Yasası'nın 43/3 ve TBB Meslek Kuralları'nın 15. maddesine aykırılık oluşturduğu biçimindeki kabulünde, disiplin kovuşturmasının, şikayetli

avukatın bürosunu değiştirmesine karşın, süresinde barosuna bilgi vermemesi ve kendisi hakkında açılan davanın baroya bildirilmemiş olması iddiaları ile açılmadığı ve bu iddiaların ayrı bir kovuşturmanın konusunu gerektirmesi karşısında her ne kadar hukuksal isabet bulunmamakla birlikte sonuca etkili olmaması bakımından bozma sebebi olarak kabul edilmemiştir.

şikayetli avukatın disiplin sicil özetinde, TBB Disiplin Kurulu'nun 31.03.2001 tarih ve 2001/1-55 sayılı kesinleşen kararı ile 250.000.000 TL para cezası, yine TBB Disiplin Kurulu'nun 18.05.2002 tarih ve 2002/22-154 sayılı kesinleşen kararı ile 60.000.000 TL para cezası bulunması karşısında, Avukatlık Yasası'nın 136/2. maddesinin uygulanması suretiyle üç ay süre ile işten çıkarma cezası verilmesinde de hukuksal isabetsizlik bulunmamış, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile Bursa Barosu Disiplin Kurulu tarafından verilen üç ay süre ile işten çıkarma cezası verilmesine ilişkin kararın onanmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

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 26 Eylül 2006/262301

5543 İskân Kanunu

### RG 03 Ekim 2006/262308

5546 Avrupa Sosyal Şartına Değişiklik Getiren Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5547 (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

### RG 07 Ekim 2006/26312

5544 Mesleki Yeterlilik Kurumu Kanunu

### RG 13 Ekim 2006/26318

5548 Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu

### RG 14 Ekim 2006/26319

DÜZELTME (28/9/2006 Tarihli ve 5548 Sayılı "Kamu Denetçiliği Kanunu" ile İlgili)



## TÜZÜKLER

### RG 28 Eylül 2006/262803

2006/10894 Kültür ve Turizm Bakanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğü

## YÖNETMELİKLER

### RG 16 Ağustos 2006/26261

- Büyükşehir Belediyeleri Özürlü Hizmet Birimleri Yönetmeliği
- Karayolu Taşımacılık Faaliyetleri Mesleki Yeterlik Eğitimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 17 Ağustos 2006/26262

- Bankalarda Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Bilgi Sistemleri Denetimi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 18 Ağustos 2006/26263

- Elektrik Üretim A.Ş. Genel Müdürlüğü Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Üretim A.Ş. Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 19 Ağustos 2006/26264

- İşaret Dili Tercümanlığı Hizmeti Verecek Personelin Yetiştirilmesi ile Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik

**RG 20 Ağustos 2006/26265**

- Adli Yargı Hakim ve Savcı Adayları ile İdari Yargı Hakim Adaylarının Eğitimleri Sonunda Yapılacak Yazılı Sınavın Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- PTT Personel Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Vagon Sanayi Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü Personeli Disiplin Amirleri Yönetmeliği

**RG 21 Ağustos 2006/26266**

- Ege Üniversitesi Engelli Çocuklar Rehabilitasyon ve Eğitim Parkı Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

**RG 23 Ağustos 2006/26268**

- Jandarma Genel Komutanlığında Görevli Devlet Memurlarının Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

**RG 24 Ağustos 2006/26269**

- Milli Prodüktivite Merkezi Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Motorlu Araçların Dış Gürültü Emisyonları ve Egzoz Sistemleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (70/157/AT)
- Motorlu Araçların Hız Sınırlayıcı Donanımları ve Bunların Takılması ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (92/24/AT)

## **yasalar, tüzükler, yönetmelikler**

### **RG 25 Ağustos 2006/26270**

- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Disiplin Amirleri Yönetmeliği

### **RG 26 Ağustos 2006/26271**

- Adli Tıp Kurumu Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 2809 Sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununun Ek 5. Maddesinde Belirtilen Özel Hesabın Oluşturulması, Kullanımı ve Denetimine Dair Yönetmelik
- Sürücü Koltuğuna İlave Olarak Sekizden Fazla Koltuğu Bulunan ve Yolcu Taşımak Amacıyla Kullanılan Araçların Özel Hükümleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (2001/85/AT)
- Motorlu Araçların Karbon Dioksit Emisyonları ve Yakıt Tüketimi ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (2004/3/AT ile Değişik 80/1268/AT)

### **RG 27 Ağustos 2006/26272**

2006/10857 Tabii Afetlerden Zarar Gören Çiftçilere Yapılacak Yardımlar Hakkında Yönetmelik

- Güllük Liman Yönetmeliği
- Beykent Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliği
- Beykent Üniversitesi Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### **RG 28 Ağustos 2006/26273**

- Motorlu Araçların Motorlarından Çıkan Gazların Havayı Kirletmesine Karşı Alınacak Tedbirlerle İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (70/220/AT)

- Motorlu Araçlarda Kullanılan Dizel Motorlardan Çıkan Kirletici Emisyonlara Karşı Alınan Önlemler ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (2005/21/ AT ile Değişik 72/306/ AT)
- Araçlarda Kullanılan Sıkıştırma Ateşlemeli Motorlardan Çıkan Gaz ve Partikül Kirleticilerin Emisyonlarına ve Araçlarda Kullanılan Doğal Gaz veya Sıvılaştırılmış Petrol Gazı ile Çalışan Pozitif Ateşlemeli Motorlardan Çıkan Gaz Halindeki Kirleticilerin Emisyonlarına Karşı Alınacak Tedbirlerle İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (88/77/ AT)
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İnönü Üniversitesi Turgut Özal Tıp Merkezi (Araştırma ve Uygulama Hastanesi) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

#### **RG 29 Ağustos 2006/26274**

- Futbolda Müşterek Bahis Oyunları Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Deniz Ticaret Filosunun Geliştirilmesi ve Gemi İnşa Tesislerinin Teşviki Hakkındaki Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kampanyalı Satışlara İlişkin Uygulama usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kapıdan Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Reklam Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sanayi Mallarının Satış Sonrası Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

## **yasalar, tüzükler, yönetmelikler**

- Türk Standartları Enstitüsü Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Standartları Enstitüsü Organlar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### **RG 31 Ağustos 2006/26275**

- Özürlüler İdaresi Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özürlüler İdaresi Başkanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### **RG 01 Eylül 2006/26276**

- Millî Eğitim Bakanlığı Ders Kitapları ve Eğitim Araçları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### **RG 02 Eylül 2006/26277**

- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Kaynakları ile Kaynakların Kullanımına Dair Yönetmelik
- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Kontrolündeki Şirketlerin Tasfiyesine Dair Yönetmelik
- TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

### **RG 03 Eylül 2006/26278**

- Selçuk Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 05 Eylül 2006/26280**

- Lise Mezunlarının Mesleki Eğitimi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Bazı Akademik Kadrolara Öğretim Elemanı Dışındaki Kadrolardan Naklen Yapılacak Atamalarda ya da Açıkta Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 06 Eylül 2006/26281**

- Trakya Üniversitesi Uzaktan Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

**RG 07 Eylül 2006/26282**

- Orman Köylüleri Kalkınma Hizmetlerine İlişkin Esas ve Usullerde Değişiklik Yapılmasına Dair Esas ve Usuller
- Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Sistemine Göre Öğretim Yapan Fakülteler Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Kocaeli Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 08 Eylül 2006/26283**

- Vakıflar Genel Müdürlüğü Burs Yönetmeliği
- Tarımsal Yayım ve Danışmanlık Hizmetlerinin Düzenlenmesine Dair Yönetmelik

## **yasalar, tüzükler, yönetmelikler**

- Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### **RG 09 Eylül 2006/26284**

- Sağlık Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Sanayi Tezleri (SAN-TEZ) Projelerinin Desteklenme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

### **RG 10 Eylül 2006/26285**

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği İnşaat Mühendisleri Odası Yetkin İnşaat Mühendisliği Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

### **RG 11 Eylül 2006/26286**

- Süleyman Demirel Liderlik Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

### **RG 12 Eylül 2006/26287**

- Elektrik Piyasasında Dağıtım Sisteminde Sunulan Elektrik Enerjisinin Tedarik Sürekliliği, Ticari ve Teknik Kalitesi Hakkında Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Sorumlu Müdür Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Galatasaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 13 Eylül 2006/26288**

- Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Dış Hekimliğinde Kullanılan Röntgen Cihazları Lisanslama Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Proje Destekleme Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Yurt Dışı Eğitim Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği

**RG 14 Eylül 2006/262789**

- Işık Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Işık Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 15 Eylül 2006/26290**

- Mali Suçları Araştırma Kurulu Mali Suçları Araştırma Uzmanları Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğal Mineralli Sular Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İnsani Tüketim Amaçlı Sular Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü Tesislerinden Yararlanacak Kişi, Kamu ve Özel Kuruluşların Sistem, Cihaz ve Donanımlarına Yer Tahsisi ve Kule Kullanılması Hizmetlerinin Sağlanmasına İlişkin Yönetmelik
- Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü Taşınmaz Kiraya Verme İşlemleri Genel Hizmet Yönetmeliği



## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Tarımda Kullanılan Organik, Organomineral, Özel, Mikrobiyal ve Enzim İçerikli Organik Gübreler ile Toprak Düzenleyicilerin Üretimi, İthalatı, İhracatı, Piyasaya Arzı ve Denetimine Dair Yönetmelik'te Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

### RG 16 Eylül 2006/26291

- Maliye Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğü Devlet Malları Uzmanlığı Görev, Çalışma ve Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maliye Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğü Milli Emlak Uzmanlığı Görev, Çalışma ve Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Anadolu İmam-Hatip Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gemi Adamları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Türkiye İş Kurumu İl İstihdam Kurulları Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

### RG 17 Eylül 2006/26292

- Türk Uluslararası Gemi Sicili Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Diploma, Diploma Defteri, Mezuniyet Belgesi ile Diğer Belgelerin Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Önlisans Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Selçuk Üniversitesi Meram ve Selçuklu Tıp Fakülteleri Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

**RG 18 Eylül 2006/26293**

- İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim Süresiyle Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim Süresiyle Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 19 Eylül 2006/26294**

- Maltepe Üniversitesi Akademik Personel Yönetmeliği

**RG 20 Eylül 2006/26295**

- Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İç Denetim Yönetmeliği

**RG 21 Eylül 2006/26296**

- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Proje Teşvik ve Destekleme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mahkemelerce Zoralmına Karar Verilen veya Güvenlik Kuvvetlerince Herhangi Bir Şekilde Ele Geçirilen Ateşli Silah, Mermi, Her Türlü Patlayıcı Madde, Bıçak, Kesici ve Öldürücü Alet ile Benzerlerinin Milli Savunma Bakanlığına Teslimi İşlerine Ait Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Vergi Konseyi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

## **yasalar, tüzükler, yönetmelikler**

- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu BİL Meslek Yüksekokulu İngilizce Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

### **RG 22 Eylül 2006/26297**

- Tarım Sigortaları Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım Sigortaları Havuzu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi Kalite ve Mükemmellik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

### **RG 23 Eylül 2006/26298**

- Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Akreditasyon Kurumu Muhasebe Uygulama Yönetmeliği

### **RG 24 Eylül 2006/26299**

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Gıda Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliği

### **RG 25 Eylül 2006/26300**

- Akdeniz Üniversitesi Kültür-Sanat Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Mersin Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 26 Eylül 2006/26301**

2006/10876 Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Sürücü Adayları ve Sürücülerde Aranacak Sağlık Şartları ile Muayenelerine Dair Yönetmelik
- Telsiz Operatör Yeterlikleri ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre ve Orman Bakanlığı Personelinin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 27 Eylül 2006/26302**

- Kamu İhale Uzman Yardımcıları Yarışma ve Yeterlik Sınavlar İle Kamu İhale Uzman ve Yardımcılarının Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Standardları Enstitüsü Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 28 Eylül 2006/26303**

- Kalkınma Ajansları Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği
- Sosyal Sigortalar Kurumu Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 29 Eylül 2006/26304**

- Türkiye ile Avrupa Topluluğu Arasında Serbest Dolaşımda Bulunan Eşyanın Tercihli Menşe Statüsünün Kanıtlanmasına Dair Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Eğitim-Öğretim

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 30 Eylül 2006/26305

- Mesire Yerleri Yönetmeliği
- Bazı Akademik Kadrolara Öğretim Elemanı Dışındaki Kadrolardan Naklen Yapılacak Atamalarda ya da Açıkta Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Alkol ve Madde Bağımlılığı Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

### RG 01 Ekim 2006/26306

- Dokuz Eylül Üniversitesi Bilişim Teknolojileri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Niğde Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

### RG 02 Ekim 2006/26307

2006/10970 Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Kaydına İlişkin Yönetmelik

- Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 04 Ekim 2006/26309

2006/10950 Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Daimi Kadrolarına İlk Defa İşçi Olarak Alınacaklar Hakkında Uygulanacak Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik

2006/10952 Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Bilet Satış, Çekiliş ve İkramiye Yönetmeliği
- Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Karşılığı Nakit Olmayan Piyangolar ve Çekilişler Hakkında Yönetmelik
- Sümer Holding A.Ş. Genel Müdürlüğünün 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (g) Bendi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımları Hakkında Yönetmelik
- Üniversitelerde Akademik Teşkilat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 05 Ekim 2006/26310**

2006/10933 Bazı Yönetmeliklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

2006/10934 Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Erciyes Üniversitesi Eğitim Fakültesi Öğretmenlik Mesleki Formasyon Programı Yönetmeliği
- Yeditepe Üniversitesi Yönetim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

**RG 06 Ekim 2006/26311**

- Kamu İhale Uzman Yardımcıları Yarışma ve Yeterlik Sınavları ile Kamu İhale Uzman ve Yardımcılarının Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği İnşaat Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kadir Has Üniversitesi Ana Yönetmeliği

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

### RG 08 Ekim 2006/26313

- Kent Konseyi Yönetmeliği
- Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

### RG 09 Ekim 2006/26314

- Uşak Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

### RG 10 Ekim 2006/26315

- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Tarafından Desteklenen veya Yürütülen Bilim ve Toplum Proje ve Etkinliklerine İlişkin Yönetmelik
- Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik
- Kültür Bakanlığınca 3257 Sayılı Kanun Çerçevesinde Elde Edilen Gelirlerin Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 11 Ekim 2006/26316

- Kırmızı Et ve Et Ürünleri Üretim Tesislerinin Çalışma ve Denetleme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kanatlı Hayvan Eti ve Et Ürünleri Üretim Tesislerinin Çalışma ve Denetleme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 12 Ekim 2006/26317**

- Kozmetik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ufuk Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uşak Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

**RG 13 Ekim 2006/26318**

- Türkiye Denizcilik İşletmeleri Anonim Şirketi Kapsam Dışı Personel Sicil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrüksüz Satış Mağazaları Yönetmeliği
- Niğde Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

**RG 14 Ekim 2006/26319**

- Belediyelerin Kentsel Altyapı İhtiyaçları İçin Tahsis Edilen Ödenegün Kullanımına İlişkin Yönetmelik

**RG 15 Ekim 2006/26320**

- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fırat Üniversitesi Öğretmenlik Meslek Bilgisi Programı Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik





## SOSYAL SERMAYE,

John Field,

İstanbul Bilgi Üniversitesi  
Yayımları, 2006, 232 sayfa,  
(kaynakça ve dizin var).

John Field tarafından kaleme alınmış olan “*Sosyal Sermaye*” (Social Capital) başlıklı eser, sosyal bilimlerin pek çok alanında kendisine başvuru olan “*sosyal sermaye*” kavramını ele almaktadır. Pek çok yazar tarafından çeşitli bağlamlarda kullanılmasına karşın, kavramın

kendisini ele alan ilk eser olması nedeniyle bu eser ayrı bir öneme sahiptir. Bu nedenle, temel bir başvuru kitabı olmaya adaydır ve sosyal sermaye kavramını kullanan yazarların anlaşılmasına yardımcı olacak niteliktedir.

Kitapta “*giriş*” ve “*sonuç*” dışında beş ayrı bölüm bulunmaktadır. Giriş bölümünde “Sosyal Sermaye Nedir ve Niçin Önemlidir” sorusuna cevap aranmaktadır. Bu yapılırken kavramın klasik eserlerdeki izi de sürülmektedir. Bu bağlamda örneğin Tocqueville’in “*Amerika’da Demokrasi*” isimli eserinde yer alan Amerikan toplumuna ilişkin tespitleri ile Durkheim’in ünlü “*mekanik dayanışma-organik dayanışma*” ayırımına yer verilmektedir.

Kitabın Birinci Bölümü “sosyal sermaye”nin kavramsallaşmasına katkıda bulunan üç çağdaş yazara ayrılmıştır. Bunlar sırasıyla Fransız sosyolog Pierre Bourdieu ve onun Amerikalı meslektaşısı James Coleman ve yine Amerikalı siyaset bilimci Robert D. Putnam’dır. Bir sosyolog olan Bourdieu öncelikle çalışmalarında kültürel sermaye üzerinde durmuş daha sonraki yazılarında bunun sosyal sermaye ile ilişkilerine değinmiştir. Bourdieu, Fransız yüksek kültürü üzerine yaptığı deneysel çalışmaları ve Fransız üniversite sisteminin uygunluğu ve orta halliliğini

eleştirdiği yazılarıyla sosyal sermaye kavramını işlevsel hale getirmeye çalışmıştır. Sosyal Sermaye kavramının temelini oluşturan “*ilişkiler önemlidir*” paradigması çerçevesinde Bourdieu sosyal ağlar üzerinde durmuştur. Bourdieu’ya göre “*bağların yoğunluğu ve dayanaklılığı çok önemlidir*” ve sosyal sermaye “*uzun süreli iletişim ağlarına sahip olma-ya bağlı gerçek ve potansiyel kaynakların bütünü*” temsil etmektedir (Field, s. 23).

Amerikalı Sosyolog James Coleman ise özellikle eğitim üzerine yaptığı çalışmalarıyla tanınmaktadır. Coleman’ın en önemli katkılarından birisi sosyal sermayenin sadece güçlülerle sınırlı olmadığını, aynı zamanda fakirlere ve kenarda kalmış topluluklara da ciddi yararlar sağladığını göstermiş olmasıdır (Field, s. 28). Rasyonel tercih teorisine de çalışmalarında yer veren Coleman’a göre sosyal sermaye kavramı insanların nasıl bir arada çalışmayı başarabildiğini açıklayan bir araçtır. Sosyal sermaye kavramı, Coleman’ın insanların mevcut çıkarlarına en uygun olanın rekabet etmek olduğu durumlarda bile neden işbirliği yapmayı seçtikleri sorununa bir çözüm bulmasını sağlamıştır (Field, s. 30). Birisi Fransız diğeri Amerikalı olan Bourdieu ve Coleman’ın sosyal sermayeye ilgileri sosyal eşitsizlik ve okullardaki akademik başarı arasındaki ilişkiyi açıklama çabasından çıkmıştır (Field s. 30). Bu bağlamda Coleman’ın Chicago’daki lise öğrencileri üzerinde yaptığı bir çalışmada ulaştığı sonuçlar şöyle açıklanmaktadır: Akran grupları, gençlerin görüşlerini (hoşnutsuzluklar da dahil) aile ve öğretmen gibi sorumluluk sahibi yetişkinlerden daha fazla etkilemektedir. Amerikan eğitim sistemi üzerine çalışmalarıyla önemli bir yere sahip olan Coleman “devlet okulları ve özel okullar arasındaki başarı oranlarını karşılaştıran ampirik çalışmalarda da bulunmuştur. Bu bağlamda Katolik okullarındaki başarı ve eğitime devam üzerine önemli saptamalarda bulunmuştur (Field, s. 32).

Birinci Bölümde incelenen son yazar ise Amerikalı Robert D. Putnam’dır ve bu kavramı eksenine alan çalışmalarıyla çok az siyaset bilimciye nasip olabilecek bir şöhrete kavuşmuştur. 2000 yılında yayımlanan “*Bowling Alone*” isimli kitabı Amerikan toplumunun yapısının nasıl ve neden zayıfladığı üzerine açıklamalar getirmeye çalışan bir eser olarak öne çıkmaktadır. Gerçekte kavramı ilk kez İtalya’daki bölgesel hükümetler üzerine yazdığı “*Making Democracy Work*” isimli (Demokrasiyi Çalışır Kılmak) eserinde kullanmıştır. Bu eserinde hükümet ile

sivil toplum arasındaki karşılıklı ilişkinin önemine işaret eden Putnam sivil toplumun gelişmişlik düzeyi, katılım ve güven olguları üzerinde durmuştur. “*Bowling Alone*” isimli eserinde Amerikan toplumu üzerine yoğunlaşan Putnam “*Amerikan toplumunun sosyal sermayesinin uzun dönemli bir düşüş içinde olduğunu ve bu düşüşün en önemli suçlusunun da televizyonun yükselişi olduğu*” sonucuna varmıştır (Field, s.44). Putnam’a göre “*sosyal sermaye teorisinin ana fikri, sosyal iletişim ağlarının bir değeri olduğudur...Sosyal bağlar bireylerin ve grupların verimliliğini etkilemektedir*” (Field, s. 45). Putnam’ın da eserlerinde yer verdiği sosyal sermaye türlerinin ne olduğuna ilişkin analitik açıklamalara da kitapta yer verilmiştir. Buna göre, “*bağlayıcı sosyal sermaye*”, “*köprü kuran sosyal sermaye*” ve “*bağlantılı sosyal sermaye*” kavramları Michael Woolcock’un çalışmalarından aktarılmıştır (Field, s. 59).

Kitabın birinci bölümü üç yazarın fikirlerini aktarmak ve özetlemekle yetinmemekte, bunun yanında bu yazarların çalışmalarındaki eksikliklere ve yazarlara yöneltilen eleştirilere de değinmektedir. Bu nedenle, birinci bölüm kavramın gelişimi ve değişik boyutlarının sorgulanmasına yönelik eleştirel bir okuma olanağı sunmaktadır.

Kitabın İkinci Bölümü “*Ağların Gücünü Keşfetmek*” başlığını taşımaktadır ve sosyoloji, siyaset bilimi, ekonomi, sağlık, sosyal çalışma, tarih, eğitim ve kriminoloji gibi disiplinlerin sosyal sermaye kavramını nasıl kullandıklarına ilişkin örneklerle ayrılmıştır. Burada sosyal sermaye ile sağlık arasındaki bağlantıya işaret eden bazı ampirik çalışmalara değinmek, konunun ne denli ilginç boyutları olduğunu göstermek için yeterli olabilir. “*Amerika devleti ve sağlık hizmeti araştırmalarının veri analizlerine göre, yüksek düzeyde sosyal sermayenin sağlık hizmetine erişimi daha kolaylaştırdığı sonucuna varılmıştır*” (Field, s. 82). Yine bu bağlamda “*İsveç’te yapılan geniş ölçekli bir çalışmaya dayanarak yaygın sosyal iletişim ağının akıl hastalığına karşı korunmakta bile yararlı olduğu söylenebilir*” (Field, s. 82).

Kitabın Üçüncü Bölümü “*Karanlık Tarafta Gezinti*” başlığını taşımaktadır ve burada temel olarak sosyal sermaye literatüründe genellikle göz ardı edildiği iddia edilen olumsuz taraf ele alınmaktadır. Oysa, “*Sosyal sermaye, bireylerin ve grupların, birçoğu başkaları için doğrudan (organize suçun kurbanları için olduğu gibi) ya da dolaylı olarak (resmi*

*olmayan kuralların ve iletişim ağlarının kurumsal ayrımcılığın temelinin oluşturulmasında oynadığı rol gibi) olumsuz sonuçlar içerebilecek çeşitli ortak hedeflere ulaşmasına yardımcı olabilir”* (Field, s. 101). Diğer bir deyişle, kitabın bu bölümünde belli gruplar için dayanışma çerçevesinde güç sağlayan sosyal bağların, nasıl “*diğerlerinin*” aleyhine durumlar yarattığının örnekleri üzerinde durulmaktadır. Sosyal sermayenin bu olumsuz yönü ise şüphesiz toplumsal eşitsizliklerin derinleşmesinde önemli rol oynamaktadır. Bu bağlamda, sosyal sermayenin olumsuz yönünü ayrıntılı biçimde ele alan Fukuyama gibi yazarların çalışmalarına da değinilmiştir (Field, s. 104).

Kitabın bu bölümünde Sosyal sermayenin olumsuz yönüne çeşitli alanlardan örnekler verilmiştir. Kadın-erkek ya da siyah ırk-beyaz ırk arasındaki eşitsizliklerde sosyal sermayenin oynadığı rol bu açıdan zikredilmeyi hak etmektedir. “*Herhangi bir grup sosyal sermayesinin büyüme kapasitesinin bir şekilde sınırlandırılmış ya da kısıtlanmış olduğunun farkına varabilir. Örneğin, kadın yöneticilere uluslar arası bir görev verilmesi erkeklere göre daha az olasıdır ve bu da ağların kapsamını etkiler. Kariyerlerinde bireysel olarak başarılı olan siyahi Amerikalılar yeni konumlarında onlara yardımcı dokunabilecek yeni bir sosyal sermaye birikimi elde ederken bir çok engel ile karşılaşılır, çünkü destek kaynağı olarak hizmet edecek aynı ırktan meslektaşların oranı daha azdır”* (Field, s. 115) İyi bir işe ulaşma, iyi bir eğitime ulaşma konusunda sosyal ağların neden olduğu sınırlamalar yanında, grup kimliğinin birey üzerindeki sınırlayıcı etkisine de kitapta değinilmektedir. Bu bölüm, toplumumuzda yaygın bir biçimde görülen ve kendisinden şikayet edilen kayırmacılığın (“*hamili kart yakinimdir*”) Batı’daki örneklerine yer vermesi açısından ilginçtir. Bunlardan en dikkat çeken, İsveç Tıbbi Araştırmalar Kurulu için jüri heyeti tarafından derlenen raporlar üzerine yapılan araştırma sonucunda ortaya çıkan sonuçtur. Buna göre “*kadın bilim adamları Tıbbi Araştırma Kurulu jürisi tarafından erkeklerle eşit derecede yetkin kabul edilebilmek için yüksek statülü yayınlarda en az iki kat daha sık görünmek zorundadırlar”* (Field, S. 109).

Kitabın dördüncü bölümü “*(Post)Modern Dünyada Sosyal Sermaye*” başlığını taşımaktadır ve sosyal ağların post-modern çağdaki durumu üzerinde durulmaktadır. Beck’e göre, “*batılı sanayileşmiş toplumların temelini oluşturan ortak kimlik ve anlamın kaynakları –aile, ulus-devlet,*

*etnik köken, sınıf ve meslek- tükenmiştir; bunlar artık bireysel güvenlik ve toplumsal bütünleşme sağlamamaktadır*” (Field, s. 132). Yeni dönemde sosyal bağların durumu, yeni aktif yurttaşlık anlayışı, internet teknolojisi ve küreselleşme bağlamında sorgulanmaktadır. Bu bölümde, Max Weber’in modernite öncesi toplum ile bürokratik toplumuna atıf yapılmakta, post-modern dünyada düzenliliğin değeri sorgulanmaktadır. Post-modern çağın iletişim koşullarının sosyal ilişkiler üzerindeki etkisine ilişkin pek çok yazarın görüşlerine yer verilen bu bölümde ilginç bir biçimde, internetin aslında sosyal bağları zayıflatan değil aksine güçlendiren bir yönü olabileceğine dair amprik bulgulara yer verilmektedir. Bu bölümde *“aile bağlarının ve yakın bağların”* değerine de değinilmektedir.

*“Sonuç”* bölümünden önceki son bölüm olan *“Politika Olarak Sosyal Sermaye”* başlıklı *“Beşinci Bölüm”*de sosyal sermaye kavramının siyasete girişi ele alınmaktadır. Bugün pek çok siyasal iktidarın sosyal sermaye eksenli politikalar geliştirmeye çalıştığına yönelik örnekler verilmektedir. Bunun yanında uluslar arası kuruluşlar da belli politikalarını sosyal sermaye kavramı üstüne inşa etmektedirler. Ancak, işsizliğin azaltılmasına yönelik politikalarda sosyal sermaye eksenli yaklaşımların her zaman iyi sonuçlar vermediği hatta aksine bazen olumsuzluklara neden olduğu tespitine de yer verilmiştir. Ayrıca, sosyal sermayenin politikalar aracılığıyla yükseltilmesinin mümkün olup olmadığı da bu bölümde ayrıntılı bir biçimde tartışılmaktadır. Bu bölümde yer alan *“sosyal sermayeyi ölçmek”* alt başlığı altında OECD tarafından 1995-96 yılları arasında gerçekleştirilen “güven” ölçümlerine yer verilmiştir. Buna göre en yüksek güven seviyesine sahip ülke Norveç iken (%65.3), en düşük olan Türkiye’dir (%6.5) (Field, s. 182). Her ne kadar söz konusu ölçümün isabetliliği kitapta tartışılmakta ise de, Türk toplumunda güven eksikliğinin bir gerçek olduğuna katılmamak güçtür.

Sonuç olarak, önemli bir kavramı pek çok farklı boyutuyla ele alan ve çevrisi iyi kabul edilebilecek bu kitabı meraklılarına tavsiye ederiz.

Ozan ERGÜL

## ALMANAK TÜRKİYE 2005

### Güvenlik Sektörü ve Demokratik Gözetim,

TESEV yayını, DCAF-TESEV Güvenlik Sektörü Çalışmaları Dizisi, Mayıs 2006. (Ayrıca www.tesev.org.tr adresinden ulaşılabilir.)

Genelkurmay Başkanı'nın 2 Ekim konuşmasında doğrudan eleştirmesi dolayısıyla ilgi çeken çalışmada özellikle Askeri Yargı'nın güvenlik sektörü içinde yer alan birimler kapsamında ele alınmış olması ilk bakışta dikkat çekmektedir. Ancak, raporda, güvenlik sektörü deyiminin hem askeri nitelikli tehditleri hem de askeri olmayan güvensizlikleri gidermeye programlanan birimleri de kapsadığı biçiminde tanımlandığı görülünce bu içerikte bir yanlışlık bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Silahlı kuvvetler, kolluk örgütleri ve çeşitli istihbarat örgütleri, çalışma şekilleri ve bunların denetimleri konusunda özgün düşüncelerin yer aldığı rapor kamuoyunu uzun süre meşgul edecektir. Almanak'ta şimdiye dek, yalnızca profesyonel kadroların uzmanlık alanına girdiği varsayılan ve sıradan vatandaşların hakkında bilgi edinmeyi akıllarına bile getiremeyeceği güvenlik örgütleri yelpazesini ve onların kritik konulardaki faaliyetlerini içeren "*Pandora'nın kutusunu*", "*demokratik bir sivil denetimin*" hazırlık ayağını oluşturmak iddiası, raporun içeriğine, yazarların niteliğine göre abartılıdır.

Önsöz'de "*Türkiye'deki sivil-asker ilişkilerinin AB standartları ve artık evrenselleşen demokratik kurallarla uyum haline getirilmesinin yanı sıra, esaslı bir güvenlik sektörü ve bürokrasisi reformunun gerçekleştirilmesi sorununun*" önümüzdeki yıllarda gündemde bulunacağı öngörüsü tartışma kaynağı olmuştur. Raporda iç ve dış güvenlik birimlerinin 2005 yılı itibarıyla yetkileri, işlevleri, kısa tarihsel geçmişleri, dokularına yedirilen tehdit anlayışları, işlevlerindeki dönüşümler, sorumlu oldukları üst kurumlar, örgütlenme mantığı, uygulamalarda gözlemlenen temel gelişmeler, dünya konjonktürü ile bağlantılar, AB uyum sürecinde geçirilen yasalar ve sorunlar incelenmektedir.

Raporda en çok dikkat çeken nokta, yapılan 16 incelemenin 8 tanesinin Polis Akademisi öğretim görevlisi veya üyesi tarafından yapılmış olmasıdır. Bunlar arasında Hükümet, Jandarma İstihbaratı gibi askeri ve medya gibi özel alanlar da bulunmaktadır. Polisle ilgili değerlendirmelerin tümü Polis Akademisi mensupları tarafından yapılmıştır. Bu da doğal olarak yanlı bir değerlendirme anlamına gelmektedir. Bilimsellik iddiasındaki bir çalışmanın tarafsız bilim adamları tarafından yapılabileceğini gözden ırak tutmamak gerekir. Aksi takdirde tespit edilen doğrular da tartışılır hale geliyor. Giriş'teki "*Etkinlik sorununu çözerken, birimlerin aralarındaki görev bölüşümünde rekabete ve birinin*

*öbürü aleyhine üstünlüğüne yol açacak düzenlemeler” ve “Türkiye’de jandarma ve polis arasındaki kısır çekişmeler” tanımlamaları ve “Silahlı kuvvetlerin siyasette oynadığı ağırlıklı rol, Türkiye’de yapışkan ve kalıcı bir hale dönüşen ‘zayıf sivil siyaset’le birlikte başta polis olmak üzere askeri olmayan güvenlik birimlerinin de zaafiyetini besleyen bir damardır” yakınmaları araştırmanın yansızlığına gölge düşürmekte, amacını zedelemektedir.*

**Doç. Dr. MEHMET SOMER’E  
ARMAĞAN,**

Marmara Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi, İstanbul 2006

### **TÜRK HUKUK TARİHİ,**

Prof. Dr. Coşkun Üçok, Prof. Dr.  
Ahmet Mumcu, Prof. Dr. Gülnihal  
Bozkurt, 11. Bası, Turhan Kitabevi,  
Ankara 2006.

### **AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNDE ÜCRET**

Avukat Songül Karateke, Turhan  
Kitabevi, Ankara 2006

## **ÖNERİMİZ**

### **AMERİKAN CİNNETİ**

(11 Eylül Amerika’yı Nasıl Değiştirdi?), Zeynep Atikkan, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2006.



Gazeteciliğe ekonomi muhabirliği ile başlayan, Hürriyet ve Akşam gazetelerinde köşe yazılarını okuduğumuz Zeynep Atikkan, 11 Eylül sonrası Amerika’sındaki değişimi anlatıyor. Aslında cinnete dönüşen bu değişimin Vietnam’da başlayan paniğin 11 Eylülü kullanarak “silah-petrol sanayi, yeni muhafazakâr çete ve Evenjelik kompleksi” ile nasıl cinnete dönüşüğünün güzel, okunabilir öyküsünü bizlere sunuyor. Böyle bir oluşumun üyesi olduğunu düşünebileceğimiz ABD Büyükelçisinin Türkiye’deki şeriat tehlikesine karşı gösterilen direnmeye “kakofoeni” demesine de şaşırılmamak gerekiyor.

Dünyada neler olup bittiğini merak eden hukukçulara öneririz.

## **DERGİLER**

### **MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKU DERGİSİ,**

Legal Yayınevi, 2006/2, sayı 4

Legal yayınevinin Doç.Dr. Haluk Konuralp ve Doç.Dr. Muhammet Özekes editörlüğünde çıkarmakta olduğu derginin dördüncü sayısı çıkmış bulunmaktadır.

Medeni Usul Hukuku ve İcra Hukuku öğretim üyeleri ve görevlilerinin yazılarının yer aldığı dergide çok sayıda usulle ilgili Yargıtay kararları da yer alıyor.

### **TERAZİ,**

Aylık Hukuk Dergisi,

Seçkin Kitabevi yayını, sayı 1 ve 2

Seçkin yayınevinin çıkarmaya başladığı aylık hukuk dergisi TERAZİ'nin editörlüğünü Mehmet Handan Surlu yapmaktadır. Derginin elimizde bulunan ilk iki sayısındaki imzalar, özellikle Seçkin yayınevinin geniş yazar portföyü dolayısıyla başarı ile yaşayabileceğini göstermektedir.

İkinci sayıda yayımlanan M.Reşat Koparan'ın yazısının Dergimizin 64. sayısında yayımlanmış makalenin aynı olduğunu dostça bir uyarı olarak belirtmek isteriz.



Yayınevinin, 2006 yayın kataloğunda “Yazıların değerlendirilmesinde iki temel kriterimiz bulunmaktadır. Birincisi yazıda tüm okuyucularımızın faydalanabileceği doğru ve güncel bilgilerin yer alması, ikincisi ise verilen bilgilerin uygulamada okuyucularımıza doğrudan bir çözüm üretmesidir. Dolayısıyla uygulamada avukat, hâkim ve savcılar için net bir sonuç üretmeyen makaleler maalesef dergimizin kapsamı dışında kalacaktır,” denilerek hukukçuların güncel sorunlarına ışık tutulacağı vurgulanmıştır.

Terazi'ye yayın hayatında başarılar dileriz.