

# AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



## www.adınızsoyadınız.av.tr

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

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

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

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

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

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

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

Online başvuru prosedürünün ilk adımı olarak bir "sorumlu kodu" almanız gerekmektedir. Sorumlu kodu almak için <https://www.nic.tr> adresinden yapacağınız online başvuru sırasında çalışan bir e-posta adresiniz ve vergi numaranız gerekmektedir. Ayrıca <https://www.nic.tr> adresine yapacağınız online başvuru sırasında yardım menüsünün altında bulunan formlardan **alan adı tescil formunun** başvuru esnasında ODTÜ'ye iletildiğinden emin olunuz. 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 baronuzla tasdik ettirerek Türkiye Barolar Birliğine ulaştırmanız gerekmektedir.

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

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

7) Başvurunuzu 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 aykır edimi halinde ilgili kurullar uygulanacaktır.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

AVRUPA  
İNSAN HAKLARI  
SÖZLEŞMESİ  
ve  
MALVARLIĞI  
HAKLARI

GÜNEY DİNÇ

ÇIKTI !..

# **TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ**

ISSN: 1304-2408

YIL: 20

SAYI: 71

TEMMUZ-AĞUSTOS

2007

# 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

30.06.2007

# 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

## Dergi Yayın Kurulu

Av. Oya Günendi  
Av. Serkan Ağar  
Av. Olcay Küçükpehlivan  
Av. Özcan Çine  
Av. İlker Hasan Duman

## 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 (Onursal Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı)  
Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, Prof. Dr. Erdener Yurtcan  
Prof. Dr. Erdal Onar (Ankara Ü. Hukuk Fak.)  
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz (Antalya Ü. Hukuk Fak. Dekanı)  
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez (Galatasaray Hukuk Fak.)  
Av. Talay Şenol (Türk Hukuk Kurumu Önceki Bşk.)

## TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'NE YAZI GÖNDERECEKLER İÇİN BİLGİ NOTU

- 1988 yılından bu yana çıkmakta olan dergimiz, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "*Hakemli Dergi*" olarak yayımlanmaktadır. Bundan böyle "*Hakemli Dergi*" olarak yayımına devam edecektir.
- Dergiye gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- Yazıların uzunluğu dergi formatında 30 sayfayı (ya da 12.000 sözcüğü) geçmemelidir. Özellikle hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, "*Word for Windows*"un değişik versiyonlarında kaydedilmiş bir diskette birlikte A4 boyutunda iki nüsha bilgisayar çıktısı ile gönderilmelidir.  
Bilgisayar çıktılarında 2 satır aralığı kullanılmalıdır.  
Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.  
Yazıların ana bölümlerinde 12 punto, dipnot, özet, kaynakça, tablo gibi bölümlerinde 10 punto harf büyüklüğünün ve Times (New Roman) karakterinin kullanılması gerekmektedir.
- Gönderilen yazıların yayımlanması kabul edildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına TBB sahip olacaktır.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini, bir adet fotoğrafları ile birlikte göndermelidirler.
- Dergiye verilecek/gönderilecek yazılar Yayın Kurulu'nca ilk değerlendirilmesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme/hakemlere gönderilecek; hakemden/hakemlerden gelecek rapor doğrultusunda yazının "*Hakemli Yazılar*" bölümünde basılmasına, yazarından rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve durum yazara en kısa sürede bildirilecektir.
- Yazarı tarafından "*Hakemli Yazılar*" bölümünde yayımlanması istenilmeyen yazılar, Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilecektir.
- Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak, durum yazara hemen bildirilecektir. Yazarın, Kurul'un yayımlanmama kararına ve hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
- Yazardan düzeltme istenilmesi halinde, düzeltmenin en geç bir ay içinde yapılarak yazının Yayın Kurulu'na ulaştırılması gereklidir.
- Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın disketteki biçimiyle yazının basımı için "*olur*" verdiği kabul edilecektir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir.  
Yazıda, yazım yanlışlarının olağanın üzerinde olması yazının geri çevrilmesi için yeterlidir.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi*'nin yazı dili Türkçe'dir. Ancak, İngilizce, Almanca, Fransızca ve İtalyanca yazılar da yayımlanabilir. Yazı bu dillerden hangisi ile yazılmış olursa olsun, ULAKBİM koşulları için, yazarın olanağı varsa, yazının başlığının Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi ve en az 150, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce özetlerin de yazının sonuna konulması gerekmektedir.
- TBB Dergisi*, bilimsel yazı ve makaleler yanında kitap tanıtma yazılarına, Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi kararları kritiklerine ve güncel olayları irdeleyen notlara da yer verecektir. Bu yazılar Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile Dergi'de yer alabilecektir.
- Yazısı kabul edilen yazarlara derginin yayımlanmasından sonra TBB YAYINLARI'nın HAZIRLANMASI, BASIM VE DAĞITIMI YÖNETMELİĞİ çerçevesinde telif ücreti ödenecek; ayrıca yazara üç adet Dergi gönderilecektir.

# İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
Özdemir ÖZOK	21	Başkandan
Zeki HAFIZOĞULLARI Güenal KURŞUN	25	Türk Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk
Necla ÖZTÜRK	81	Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi'nin Özellikleri ve Sözleşmenin Onaylandığı Ülkelerdeki Türk Vatandaşlarına Etkisi
Özlem KARAMAN COŞGUN	108	Rekabetin Dikey Kısıtlanmasına Grup Muafiyetinin Uygulanabilmesi Bakımından Pazar Payı Sınırlamaları
Murat YILDIRIM	128	İlaç Patentleri Yönünden Deney Amaçlı Fiiller ve Ruhsatlandırma; Bolar Hükümü ya da Bolar İstisnası
Cemil GÜNER	146	Rekabeti Kısıtlayan İşbirliği Uygulamalarının Yasak İlkesinden Muaf Tutulması
Elif KÜZECİ	174	AİHS'nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları
Zühtü ARSLAN	201	Türkiye'de İstisna Hali, Terör ve İfade Özgürlüğü
Güneş GÜRSELER	227	"Ücretli Avukat"
Mustafa ÖZEN	239	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı
Timuçin KÖPRÜLÜ	254	Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı
Kemalettin EREL	264	Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu
Ş. Cankat TAŞKIN	300	İdari Yargının Güncel Sorunları ve Yargı Kararlarının Uygulanmaması
Ahmet Emrah AKYAZGAN	339	Miranda Hakları (Miranda v. Arizona 1966)
Murat DÖNMEZ	355	İcra İflas Kanunu'na Göre İhalesi Yapılan Taşınmazların Tahliyesi
Yargıtay Kararları	397	
Danıştay Kararları	421	
Disiplin Kurulu Kararları	429	
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	446	
Ekler	467	
Söyleşi	493	Oya GÜNENDİ
Kitaplar - Dergiler	502	

# GELECEK SAYILARIMIZDA

Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının  
Vatandaşlığın İrade Dışı Kaybı Yollarına Yaklaşımı  
**Necla ÖZTÜRK**

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

İcra ve İflâs Kanunu'na Göre İhalesi Yapılan Taşınmazların Tahliyesi  
**Murat DÖNMEZ**

Taşınmaz Satışlarında İhale Kararlarının  
Kaldırılması ve Tamamlayıcı Artırma  
**Murat DÖNMEZ**

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

Siyasi Partilerin Kapatılması  
**Ş. Cankat TAŞKIN**

Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme  
**Ş. Cankat TAŞKIN**

Anayasa Mahkemesi'nin Yürürlüğün (Uygulamanın) Durdurulması Kararları Ve  
Yasama Organının Hukuka Aykırı İşlemlerden Doğan Sorumluluğu  
**Ş. Cankat TAŞKIN**

Taklit Ürün Suçlarının Yargılamasında Yaşanan Sorunlara  
Yeni Markalar Kanunu Çözüm Getirebilecek mi?  
**Mustafa ALBAYRAK**

Meslek Kurallarında Avukatın Özen Yükümlülüğü  
**Lamih ÇELİK**

Meslek Kurallarında Avukat -Mahkeme İlişkileri  
**M. Lamih ÇELİK**

Meslek Kurallarında Avukatın Reklam Yasağı  
**M. Lamih ÇELİK**

İntifa Hakkı ve İratlar Üzerinde Tenkis  
**Hasan KAYIKET**

Sosyal ve Kriminal Boyutlarıyla Çocuk Suçluluğu  
**M. GÖKPINAR**



# editör'den...

TBB 29. Olağan Genel Kurulu, 26-27 Mayıs 2007 tarihlerinde Nevşehir'de yapıldı. Ev sahibi Nevşehir Baro Başkanı Sayın Mustafa Necmi Öncül ile önceki Baro Başkanı Sayın Ramazan Küçük ve yönetim kurulu üyesi meslektaşlarımızın üstün gayretleri ile Kapadokya'nın eşi bulunmayan güzellikleri içinde genel kurul hafızalarda yer alacak mükemmellikte tamamlandı. Bizleri konuk eden Nevşehir Barosu'nun değerli başkan ve üyelerine teşekkürlerimizi bir kere daha sunmaktan mutluluk duymaktayım.

Mayıs ve Haziran ayı, e-muhtıra ve e-bildiriler, demokrasi, milli irade, seçim, görkemli mitinglerle geçti. Yine bu günlerde yoğunlaşan terör olayları ve Güneydoğu'dan gelen şehit haberleri bizleri üzüntüye boğdu. Temmuz ayı da seçim kampanyası ile bizlere sıcak bir yaz vaat etmektedir.

"Demokrasi" konusunun önümüzdeki günlerin ana menüsünü teşkil edeceği anlaşılmaktadır. Cumhurbaşkanı seçimini tek kişinin iradesine bırakıp, son güne kadar tek kişinin iradesini tevekkülle bekleyenlerin "demokrat", Anayasa'nın ruhuna aykırı bu antidemokratik, pederşahi tavra direnenlerin demokratik sayılmadığı bir ortamda demokratlık konusunda uzlaşma sağlamanın zor olacağı anlaşılmaktadır.

Demokrasi adına siyasi partilerin milletvekili aday tespit aşamasında da aynı çelişki yaşandı. Siyasi partiler, bir program çerçevesinde siyasal kararları etkilemek ve bu amaçla siyasal iktidarı ele geçirmek üzere örgütlenmiş kuruluşlardır. Ahmet Taner Kışlalı bu tanıma dört unsur daha eklemektedir. (1) Siyasi partilerin devamlılığı yöneticilerinin varlığına bağlı değildir. (2) Siyasi partiler hem ülke hem de yerel düzeyde örgütlenmelidir. (3) Siyasi partiler siyasi iktidara sahip olmak için kurulmuşlardır. (4) Çeşitli anlayış ve görüşler için genel dayanışma içinde mücadele etmelidirler.

Siyasi parti liderleri dar bir çevre ile fikir alışverişinde bulunarak, hatta bulunmayarak seçmenin karşısına aday listeleri sundular. Bu süreç ülkemizde parti içi demokrasi sorununu dile getirmeye neden olmaktadır. Aslında parti içi demokrasi ile parti disiplini biri birini tamamlayan iç içe geçmiş kavramlardır. Ancak, parti disiplini ile ilgili düşüncelerde ilkin parti siyasetleri üzerinde güçlü ve genel bir görüş birliği yaratacak programlara önem verilmelidir. Bu sağlandıktan sonra disiplin ikincil, marjinal ve tartışmaya değmeyecek bir problem haline gelecektir.

"Ülkenin zor bir dönemden geçtiği" gerekçesi ile seçmeni sandık başına çağırmanın, mevcut durumu aşmak için parti siyasetleri üzerinde güçlü ve genel bir görüş birliği yaratacak önlemler peşinde olmadıkları görülmektedir. Güçlü ve genel görüş birliği sağlayacak parti siyaseti oluşturmak yerine, karşı cepheden yapılan transferlerle ya da "sadakət" ölçüsüne göre seçtikleri adaylarla sonuca gitmeyi tercih etmişlerdir. Diğer yandan öncelikle kendilerinin "zor döneme" uygun nitelikte, seçmeni ve örgütleri etkileyecek, heyecanlandırarak, sürükleyecek adaylar bulmaları, çağırılmaları, toplamaları gerekirken, pek çok değerli aday arasına sıkıştırılan hiçbir politik nitelikleri olmayan koruma, sanatçı, sekreter, hısum akraba tercihi yapmaları, hiçbir nitelikleri olmayan eskilerle yarışa devam etmeleri, inandırıcılıklarını kaybettiren önemli bir öge olmaktadır. Parlamento halkın yaşam sıkıntılarına yabancı emeklilerin, başarısız iş ve meslek adamlarının sığınağı haline dönüştükçe demokrasinin yaşama, gelişme ortamı da ortadan kaldırılmaktadır, bir bakıma binilen dal kesilmektedir. Saygılarımla.

**Teoman ERGÜL**

## TBB: Anayasa değişiklikleri aceleye getirilmemeli

# 'Ülke krize sürüklendi'

TBB'nin Nevşehir Başkanı Özdemir Özok, Anayasa değişikliklerinin aceleye getirilmesini halk tarafından seçilmesinin önerilmesini ise "alınmış bir karar olarak değerlendirmelerini tamar ede" dedi.

Türk parlamento gündemine "Deneyimsiz adaylar"ın yerleştirilmesiyle ilgili olarak, Nevşehir'de gerçekleştirilen TBB Olağan Genel Kurul, Mali Kurulu Toplantısı'na yurt genelinden yaklaşık 500 avukat katıldı.

**SELAHATTİN SAHİN**  
Nevşehir - Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, "Siyasal iktidar, büyük sandalye neklere uyandı, demokratik gelişmelerde yavaş yavaş anlaşılmaz da- rülmemiştir" dedi.

Nevşehir'de gerçekleştirilen Türkiye Barolar Birliği 29. Olağan Genel Kurul, Mali Kurulu Toplantısı'na yurt genelinden yaklaşık 500 avukat katıldı. Toplantıya Avrupa İşleri, Avrasya İşleri, Mark Villarov da katıldı. Toplantının açılışını yapan Türkiye Barolar Birliği Genel Başkanı Özdemir Özok'un konuşması katılımcılar tarafından büyük alkış aldı.

**Diktatörlük uyarısı**  
Çalışış, çoğulu ve katılımı demokrasi için en önemli unsurlardır. Anayasa'nın asla oya, sandığı, sayımı ünlüğüne indirgenmeyeceğini vurgulayan Özok, "Günümüzde demokratik düzenlerimizde bir veya birkaç elde toplanan ve kabına sığmayan sınırsız güç, her koşulda insan hak ve özgürlüklerini çiğnemektedir."



## 'Öfkeyle alınmış karar'

**TÜRKİYE** Barolar Başkanı Özdemir Özok, Cumhurbaşkanı'nin veto ettiği Anayasa değişikliklerinin aceleye getirilmemesi için Anayasa Mahkemesi'nden Anayasa değişikliğinin iptal edilmesini talep etti. Özok, "Anayasa Mahkemesi'nden Anayasa değişikliğinin iptal edilmesini talep ettim."



Kapadokya Defteman Oteli'nde düzenlenen toplantıda konuşan TBB Başkanı Özdemir Özok.

## TBB: Devlet ve ulus, terör belasını mutlaka yenecek

**TÜRKİYE** Barolar Birliği (TBB), devlet ve ulusun birlikte mücadelesinin, terör belasını yeneceğini belirtti. TBB Yürütme Kurulu'ndan yapılan yazılı açıklamada, terörle mücadele için sadece hükümet, silahlı kuvvetler ve güvenlik güçleriyle çalışılması gerektiği vurgulandı. Terörle ilgili öngörülerinin gerçekleşmesinden üzüntü duyulduğu belirtilen açıklamada, şu görüşlere yer verildi: "Genel seçim sürecine girdiğimiz günlerde siyasi ortamı ka-

## TBB Başkanı: Öfke ile Anayasa değiştirilmez

"Hukuk devleti" olgusunun önemi değeri Özok, "Türk Parlamento tarihinde ilk kez bir Cumhurbaşkanlığı seçiminin yapılmaması, Silahlı Kuvvetlerin muhtıra niteliğindeki bildirisi, toplumun büyük bir kesiminin meydanlara doldurarak siyasal iktidardan kuşularını dile getirmesi, tüm bunlara tepki olarak öncelikle genel seçimlerin öne alınması, sosyal, hukuksal ve tarihsel boyutları düşünülmeden öfke ile Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini önerilmesi ve bu yönde atılacak yapı Anayasa değişiklikleri demokratik rejiminizin işleyiş ve istikrarı bakımından son derece yanlış yaklaşımlar olmuştur" dedi.

Özok, 22 Temmuz'da yapılacak genel seçimlerin, huzur, barış ve güvenliğinin için cesatı olan demokratik hukuk devletiyle gerçekleştirilmesi vesilesi olarak dilettiği sözlerine ekledi. Özlem Zorcan Ankara

## DANIŞTAY'IN

### 139. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ KUTLANDI

10 Mayıs 2007 günü Danıştay'ın 139. Kuruluş Yıldönümü geleneksel konuşmalarla kutlandı. TBB Başkanı Özdemir Özok, konuşmasında güncel hukuk konuları ve meslek sorunları hakkında düşüncelerini yineledi.

## BAŞBAKAN İLE ANAYASA MAHKEMESİ ARASINDAKİ GERİLİM SÜRÜYOR

Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin olarak TBMM'de toplantı açılmasında 367 milletvekili bulunması gerekliliği konusundaki Anayasa Mahkemesi kararını eleştiren Başbakan bir televizyon programında (7 Haziran 2007), Anayasa Mahkemesi kararının "Türkiye'nin önünü kiltitlediğini" ileri sürdü.

Ayrıca Başbakan bir başka konuşmasında bu karar ile "demokrasiye kurşun sıkıldığını" söylemiş ve bu sözler Anayasa Mahkemesi'nin tepkisini çekmişti.

Anayasa Mahkemesi CHP Genel Başkanı Deniz Baykal'ın "iptal çıkmazsa çatışma çıkar" sözü ile birlikte Başbakan'ın tutumunu eleştiren bir bildiri yayımladı. Bu sözleri görev ve sorumluluk bilinciyle bağdaşmayan tutum ve açıklamalar olarak niteledi.

Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi yönündeki 5678 sayılı kanunun da bir yandan Anayasa'nın 175. maddesi uyarınca referanduma sunulması, diğer yandan da iptali için Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi tartışmaların süreceğini göstermektedir.

Cumhurbaşkanı'nın halkoyuna sunulmasına karar verdiği Anayasa değişikliği

paketinde genel seçimlerin dört yılda bir yapılması, genel Kurul'da bütün toplantılar üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanması, Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi, Cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıla indirilmesi ve en fazla iki dönem seçilebilmesi gibi hükümler bulunmaktadır.

## YARGI'DA SERT TARTIŞMALAR

Geleneksel Yargıtay C. Başsavcılığı 16. Onur Günü, yaş haddi sebebiyle emekliye ayrılan Yargıtay C. Başsavcısı Nuri Ok yaptığı konuşmada Yargıtay Başkanı'nın YARSAV ile ilgili tutumunu eleştirdi.

Bu konuşmaya Basın açıklaması ile yanıt veren Yargıtay Başkanı Osman Arslan, "TBMM'ne sunulan Yargıtay Yasasında Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tasarının esas olarak Yargıtay tarafından yapılan tasarı olduğunu, Adalet Bakanlığınca yapılan değişikliklerin önemsiz birkaç konuya ilişkin bulunduğunu, bu tasarının görüşüldüğü Komisyon'da yaşanan tartışmalardan bilgisi olmadığını... Türkiye Hakimler ve Savcılar Birliği Yasa Tasarısı hakkında Yargıtay'ca yazılı olarak görüş bildirilmesi gibi derneğin kapatılmasına yönelik maddenin Yargıtay Yönetimince oluşturulduğu iddiasının da dayanaktan ve gerçekten yoksun bulunduğunu" ileri sürmüştür.

Bu açıklamaya emekliye ayrılan Yargıtay C. Başsavcısı Nuri Ok, emekliliğinin birinci gününde böyle bir mektup yazmaktan üzüntü duyduğunu belirterek Yargıtay Başkanı Osman Arslan'a çok sert bir mektup yazarak üzüntülerini bildirdi. Ok, mektubunda, "hukuksuzluk ve antidemokratik davranışlar Yargıtay Başkanlarından da gelse karşısında dimdik durduğumu, siz dahil tüm Türkiye

*bilmektedir*" demektir. Bu vesile ile sayın Ok'a yaşamında sağlık ve başarılar dileriz.

## **BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ KURULDU (!)**

5 Haziran 2007 tarihli *Resmî Gazete*'de (26543) Adalet Bakanlığında yayımlanan karara göre, 1 Haziran 2007 tarihinden itibaren çalışmaya başlaması gerekli Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İstanbul, Bursa, İzmir, Ankara, Konya, Samsun, Adana, Erzurum ve Diyarbakır'da kurulduğu açıklandı.

Ayrıca Adalet Bakanlığı sitesinde bölgelere dahil illerin listesi de yayımlandı.

Yargılamada ikinci "*derece*"yi oluşturan "*Bölge Adliye Mahkemeleri*" 26 Eylül 2004 günlü 5235 sayılı kanunla kurulmuş; kanun 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bölge Adliye Mahkemeleri'nin, tüm yurttan göreve başlayacağı tarih, en geç 1 Nisan 2007'ye kadar Adalet Bakanlığı'nca ilan edilmesi gerekmekte idi.(geçici m.2).

Bu tarihe kadar, eski iki dereceli yargı düzeni işlemeye devam edecekti.

Adalet Bakanlığı, 5 Haziran 2007 tarihli 26453 sayılı *Resmî Gazete*'de yayınlanan bir duyuru ile, bazı illerde "*Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulduğunu bildirmektedir.*

Ancak, bu mahkemelere Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yapılması gereken atamalar henüz yapılmış ve mahkeme binaları da hazır olmadığından bunlar fiilen işlerlik kazanmış durumda değildir.

Bu durum karşısında, şu sıralarda "*temyiz*" edilen kararların nereye (Yargıtay'a mı, yoksa yeni kurulmuş görünen ama varlık kazanmamış olan mahkemelere mi) gönderileceği sorusu yanıtsız kalmaktadır.

## **TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ 29.OLAĞAN GENEL KURULU NEVŞEHİR'DE TOPLANDI**

21-22 Mayıs 2005 tarihinde Antalya'da yapılan 28. Olağan Genel Kurulu'nda alınan karar gereği Türkiye Barolar Birliği 29. olağan Mali Genel Kurulu 26-27 Mayıs 2007 günlerinde Nevşehir Barosu'nun ev sahipliğinde Nevşehir Dedeman Oteli Toplantı Salonu'nda oldukça yüksek bir delege katılımıyla gerçekleştirildi.

Gündem gereğince, Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Özdemir Özok, bir açılış konuşması yaptı. Özok,

*"...Barolar ve avukatlık mesleği açısından son derece önemli olan avukatlık sınavının Türkiye Barolar Birliğinin tüm karşı koyuşuna rağmen esas olarak hükümet tasarrufuyla parlamento tarafından bir yasa değişikliğiyle kaldırılmasının baro ve avukatlık mesleğiyle birlikte yargının geleceği konusunda ciddi olumsuzlara yol açacağını, yine CMK konusunda yapılan hükümet tasarruflarının son derece olumsuz olduğunu.."* belirtmiş ve ülke sorunları hakkında da, *"... 22 Temmuz 2007 günü yapılacak milletvekili genel seçimlerine gidilen bu süreçte ülkenin ciddi bir siyasi krizin eşiğinde olduğunu..."* vurgulayarak, *"... tüm yaşananlardan ders alınmasını ve 22 Temmuz 2007 milletvekili genel seçiminin ülkemizde siyasi istikrar başta olmak üzere, toplumsal ve ekonomik istikrarın gerçekleşmesi yanı sıra, huzur barış ve güvenliğin güvencesi olan demokratik, laik sosyal hukuk devletinin güçlenmesine neden olması..."* dilek ve temennisiyle açılış konuşmasını tamamladı.

Genel Kurul, Başkanlık Divanının seçimi, saygı duruşu ve istiklal marşının okunmasından sonra ev sahibi Nevşehir Baro Başkanı

nın konuşması ile devam etti.

Genel Kurul toplantısında, ilk defa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden 2. Daire Başkanı François Tulkens, yargıç Mark Villager ve Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) Bulgaristan temsilcisi Petar Petkov, davetli olarak yer alan yabancı konuklardı. Bayan François yaptığı konuşmasında özetle; "... Avrupa İnsan haklar Sözleşmesi hükümlerinin somut olaylar karşısında anlamlandırma ve yorumlama görevinin başta ulusal mahkemelere düştüğünü,..Baroların ve avukatların insan haklarının korunma ve geliştirilmesindeki rolünün çok önemli olduğunu ..." belirterek "...yurttaşlara hizmette,adalette hizmette ve insan haklarının geliştirilip korunmasına hizmette verimli bir genel kurul çalışması diliyorum ..." diye ekledi.

Birlik Başkanının konuşması ve Türkiye Barolar Birliği'nde önceki dönemlerde görev almış yöneticilere plaket verilmesi, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun 2005-2007 yılları çalışma raporu, bilanço, gelir-giderleri ile denetleme kurulu raporunun okunması ve görüşülmesi ile devam eden genel kurulda, delegelerin iki yıllık Birlik çalışmaları hakkında yaptıkları konuşma ve eleştirilerin Birlik Başkanı tarafından cevaplandırılmasından sonra Birlik Yönetim Kurulu yaptığı çalışmalardan dolayı oybirliğiyle anlandı.

Hukukun, yargının ve mesleğin diğer sorunları hakkında delegeler ve bazı baro başkanları çeşitli konuşmalar yaptılar ve dilek ve temennilerde bulundular. Son olarak yapılan konuşma, dilek ve temenni ve eleştiriler hakkında Birlik Başkanı bir cevap ve kapanış konuşması yaptı ve böylece Türkiye Barolar Birliği'nin 29. olağan Genel Kurulu sona erdi.

## TBB BAŞKANLIK DİVANI YENİDEN OLUŞTURULDU

28. Olağan Genel Kurul'da oluşan TBB Yönetim Kurulu, iki yıllık dönemin sonunda alınan ilke kararı uyarınca, yeniden görev bölüşümü yaptı. Başkan yardımcıları Ünsal Toker ve Ali Şen görevlerinden ayrıldılar. Yerlerine Sani Yıldırım ve Alpay Sungurtekin seçildiler. Yeni seçilen arkadaşlarımıza başarılar diler, ilke kararı gereği görevlerini bırakan arkadaşlarımıza çalışmalarından dolayı teşekkürlerimizi sunarız.

## TBB TERÖR ŞEHİTLERİ İLE İLGİLİ BASIN AÇIKLAMASI YAPTI

TBB, Haziran ayı içinde yoğunlaşan terör saldırıları dolayısıyla şehit sayısındaki artış karşısında bir basın bildirisi ile görüşlerini kamuoyu ile paylaştı.

*"Türkiye Barolar Birliği olarak 30.4.2006 günü, 3713 Sayılı Terörle Mücadele Yasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yasa Tasarısı Üzerine görüşlerimizi açıklarken aynen";*

*"Terörizmle mücadele sadece hükümet, silahlı kuvvetler ve güvenlik güçlerince kazanılabilecek bir mücadele türü değildir.*

*Devlet ve milletin birlikte mücadelesi gerekir.*

*Bunun için de;*

*- Devletin tüm organları terörizmle mücadele için seferber edilmeli,*

*- Bu seferberlik terörizmle mücadeleye inanmış bir kamuoyu tarafından desteklenmeli,*

*- Bu desteği sağlayabilecek siyasal bir uzlaşmanın oluşumu sağlanmalı,*

- İç politikalar mücadelenin aşama ve amaçları doğrultusunda uyumlaştırılmalı,

- Terörizme karşı verilecek mücadelenin haklılığını uluslararası alanda savunabilecek güçlü dış politika dayanakları hazırlanmalıdır.

Bunlarla birlikte;

- Güvenlik güçlerinin takviyesi,

- Uygun yönetim yapısının oluşturulması,

- Mevzuatın düzenlenmesi,

- Sosyo-ekonomik ve kültürel önlemlerin planlanması yapılmalıdır.

Bütün bunların yapılabilmesi için de hem devletin ilgili tüm kurum ve kuruluşlarının hem de siyasal ve toplumsal uzlaşmayı oluşturabilecek sivil toplum örgütlerinin katılımı, paylaşımı ve uzlaşısı gerekir.

Türkiye'ye yönelik terörizm tehdidinin kısa vadede ortadan kalkacağı beklenmemelidir." Görüşümüzü belirtmiştik.

Bu açıklamanın hemen ardından da aynı yıl Haziran ayında 634 sayfalık "Türkiye ve Terörizm" raporumuzla sorunu bütün ayrıntıları ve çözüm önerileri ile birlikte başta milletvekilleri olmak üzere, kamuoyunun ve sorumluların bilgisine sunmuştuk. Ne yazık ki, bu önerilerimiz dikkate alınmadı ve kimse tarafından da muhatap kabul edilmedik. Ancak, artan terör olayları nedeniyle Genelkurmay Başkanlığı'nın 8 Haziran 2007 günlü açıklamasından sonra kamuoyunda yoğun bir tartışma başlatılmıştır. Özellikle açıklamanın 7. maddesinde yer alan "Türk Silahlı Kuvvetlerinin beklentisi; bu tür terör olaylarına karşı, yüce Türk milletinin kitlesel karşı koyma refleksini göstermesidir" vurgu-

su çeşitli çevreler tarafından polemik konusu yapılmış, daha da ileri gidilerek, kimi çevreler tarafından iç savaş çağrısı yapıldığı iddiası dahi dillendirilebilmiştir. Biz yıllar önce yaptığımız teröre karşı, eksiksiz demokrasi ve hukuka bağlılık çağrısı karşısında, bu son değerlendirmelere asla katılmıyor ve halkımızın topyekün ülke geleceğine sahip çıkması gerektiği inancımızı bir kez daha yineliyoruz.

Ayrıca, terörle ilgili bütün öngörülerimizin gerçekleştiğini görmekten ve bunun yıllar sonra Genelkurmay Başkanlığı tarafından gecikmiş olarak tespit edilmiş olmasından da son derece üzgünüz.

Keşke biz yanılmış olsaydık da her gün yüreğimizi dağlayan son beş ayda elliye aşkın şehidimizi toprağa vermeseydik.

Teröre kurban verdiğimiz tüm şehitlerimize rahmet, ulusumuza ve ailelerine başsağlığı ve sabır, gazilerimize de şifalar diliyoruz. Terörü nereden gelirse gelsin bir kez daha nefret ve şiddetle kınıyor, masum insanların yaşamını hedef alan bu yolla hiçbir yere varılamayacağını hatırlatıyor, teröre çeşitli nedenlerle arka çıkanları lanetliyoruz.

Genel seçim sürecine girdiğimiz günlerde siyasi ortamı karıştırıp ülkemiz ve ulusumuza karşı yıkıcı ve bölücü emellerini gerçekleştirmeye çalışanlar başarılı olamayacaklardır. Devletimiz ve ulusumuzun birlikte mücadelesi terör belasını yenecektir.

Karanlık güçlerin sergilediği bu ve benzeri olaylar ulusumuzun "eksiksiz demokrasi", "insan hakları", "hukukun üstünlüğü" ve "hukuk devleti"nden oluşan aydınlık Türkiye özlemini ve hedefini asla engelleyemeyecektir. Bundan hiç kimsenin kuşkusu olmasın."

## SEÇİM DÖNEMİ ADALET BAKANLIĞI'NA FAHRİ KASIRGA GETİRİLDİ.

Seçim kararının alınmasından sonra Anayasa'ya göre görevlerinden alınan Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarına Başbakan tarafından atama yapıldı.

Buna göre Adalet Bakanlığı'na Adalet Bakanlığı Müsteşarı Fahri Kasırga; İçişleri Bakanlığı'na Kayseri Valisi Osman Güneş ve Ulaştırma Bakanlığı'na Denizcilik Müsteşarı İsmet Yılmaz getirildi. Basına yansıyan haberlere göre daha önce "367 kararını eleştiren" Prof. Dr. Ergun Özbudun ve Prof. Dr. İzzet Özgenç'e teklif götürülmüş, ancak sözü geçenler bu teklifi kabul etmemişlerdir.

Fahri Kasırga'nın atanmasına karşı İstanbul önceki Baro Başkanlarından Avukat Turgut Kazan tarafından, Anayasa'nın öngördüğü biçimde "tarafsız" olmadığı ileri sürülerek iptal davası açıldı.

## POLİS VAZİFE VE SALÂHIYET KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN YÜRÜRLÜĞE GİRDİ

Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Cumhur-

başkanı tarafından onaylanarak 13 Haziran 2007 tarihli *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

"Durdurma ve kimlik sorma", "Parmak izi ve fotoğrafların kayda alınması", "Önleme araması", "Zor ve silah kullanma", "Adli görev ve yetkiler" yeniden düzenlenmiş 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı kanunun 3. maddesi ile 17. maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

Yasanın tam metni **Eklr** bölümünde sunulmaktadır.

## HAKİM, SAVCI, AVUKAT VE NOTER ŞİKAYETLERİ

Adalet Bakanlığı'na 2006 yılında devam eden davalar ve adli işlemlerle ilgili olarak hakim ve savcılar hakkında 3.810 şikayet yapıldığı; bunlardan 247 hakim ve savcı hakkındaki şikayet ciddi bulunarak soruşturma ve dava açıldığı açıklanmıştır.

2006 yılında Adalet Bakanlığı'na avukatlar hakkında yapılan 3.685 şikayetten de 211 hakkında soruşturma yapılmasına izin verildiği öğrenilmiştir.

Noterler hakkında ise 388 şikayet yapılmış, 75 noter hakkında soruşturma yapılmasına izin verilmiştir.

## AVRUPA BİRLİĞİNDEN HABERLER

**Haz.: Av. D. Derya Yeşiladalı**

TBB Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) Temsilcisi

### ► PATENTLERİN KORUNMASI

AB'de patentlerin korunmasına ilişkin iki sistem bulunmaktadır. Bunlardan birisi ulusal hukuk diğeri ise Avrupa patent sistemidir. Ancak bunlar Topluluk mevzuatının bir parçasını oluşturmamaktadır. Ulusal hukuk sistemleri 1883 Paris Konvansiyonu ve Dünya Ticaret Örgütü'nün 1994 tarihli Sözleşmeleri doğrultusunda bir miktar uyumlaştırılmış bulunmaktadır. AB resmi uyumlaştırılması ise Avrupa patent sistemi ile ilgili kuralları düzenleyen uluslararası 1973 tarihli Münih Konvansiyonu ile sağlanmış bulunmaktadır. Münih Konvansiyonu ile kurulmuş bulunan Avrupa Patent Kurumu (European Patent Organisation) Patent Bürosu (patent Office) ve Yürütme Kurulundan oluşmaktadır.

### ► ARABULUCULUK

AB Arabuluculuk Direktifi ile ilgili değişiklikler parlamentoda görüşülmüş bulunmaktadır. AB Konseyi'ne sunulan değişiklikler konusunda konsey karar verme durumunda bulunmaktadır. Konsey ya değişiklikleri kabul edecek veya tasarıyı bir daha görüşülmek üzere parlamentoya geri gönderecektir. Parlamento ve konsey direktifin sadece sınır ötesi davalara uygulanması konusunda görüş birliğinde bulunmaktadır. Ancak sınır ötesi davalar konusunda değişik görüşler bulunmaktadır. Bu konudaki diğer tartışma konusu hususlar ise; arabuluculuk ve arabulucu tanımları ile duruşmalarda delillerin geçerliliği, zaman aşımı süresinin durdurulması gibi konulardır.

### ► BİLGİ VE BELGELERE ERİŞİM

AB kurum ve kuruluşları nezdinde bulunan belgelere ulaşım 2001 tarihli Yönetmeliğe tabi bulunmaktadır. Bilgi ve belge talebi çoğunlukla danışmanlık şirketleri ve hukuk bürolarınca yapılmaktadır. Talep edilen belgelerin çoğunluğunu rekabet davaları, vergi, iç pazar, çevre, kamu ihaleleri, adalet ve içişleri ile ilgili bulunmaktadır. AB Komisyonu konuyla ilgili kuralları gözden geçirmektedir.



### ► KAMU İHALELERİ

AB Parlamentosu İç Pazar ve Tüketicinin Korunması Komitesi'nin 12 Nisan 2007 tarihli toplantısında kamu ihalelerinde zararların giderilmesine ilişkin AB kurallarında değişiklik yapılmasına ilişkin AB Komisyonu'nun teklifi görüşülmüştür. Öneri on günlük bir durma usulünün benimsenmesi ile ilgilidir. Buna göre; resmi sürelerin ve usulün tamamlanmasından sonra, ihale makamının tarafların itirazlarına imkan tanınması için, zorunlu bir on günlük bir durma süresi önerilmektedir. Buna göre; on günlük bekleme süresi dolmadan akdedilen bir sözleşme geçersiz sayılacaktır.

### ► ÇOCUK HAKLARI

Çocuk hakları konusunda görüşmeler yapmak üzere yedi AB Parlamento Komitesi 17 Nisan 2007 tarihinde toplanmıştır. Avrupa bağımsızlık, güvenlik ve adalet komiseri Bay Franco Frattini "*Çocuk Haklarına ilişkin AB Stratejisi*" konulu bir sunuş yapmıştır. Frattini konuşmasında; çocuklara karşı şiddet ve kötü muamelenin ve bunları yapanların belirlenmesi için bir dizi önlem önermiştir. Ayrıca, kredi kartı kuruluşları ile temasa geçerek internet üzerinden çocuk pornografi sitelerine ulaşmaya çalışanların kartlarının bloke edilmesini talep etmiştir.

Ayrıca, kayıp olan ve kaçırılan çocuklarla ilgili bir telefon hattı kurulması, Uluslararası İnsan Kaçırılmasının Önlenmesi Günü, çocukların alkol ve uyuşturucu alışkanlıkları ile mücadele konularında girişimlerde bulunarak çocukların spor ve sağlıklı beslenme ile eğitime yönlendirilmesi için çalışılmalar yapılmasını önermiştir. Konuya ilişkin Polis ve Adli Makamların yanıtları çocuk haklarının tartışılacağı yeni bir forumun ilk toplantısında, Berlin'de 4 Haziran 2007 tarihinde görüşülecektir.

### ► FİKRİ HAKLAR

AB Parlamentosu, 24 Nisan 2007 tarihinde Strazburg'da yapılan toplantıda sahtecilik/taklit ve korsanlık konularında alınacak tedbirlere yönelmeye karar vermiştir. Komisyon ilk defa cezai yaptırımların düzenleneceği bir direktif önermiştir. Söz konusu Direktif; AB üyesi ülkelerin asgari 4 yıl hapis cezası ile asgari €300,000 para cezasını benimsemeleri gerekecektir. Öneri üye ülkelerce incelenmektedir.

### ► KARA PARA AKLAMA DİREKTİFİ

Her ne kadar avukatların da suçla mücadele yükümlülüğü bulursa da kara para aklama bağlamındaki yükümlülükler avukatlar üzerine büyük idari yük ve masraf getirmektedir. Bilineceği gibi, AB üyesi ülkeler 2007 yılı sona ermeden Üçüncü Para Aklama Direktifini iç mevzuatlarına adapte etmekle yükümlü bulunmaktadır.

Kara para aklamaya ilişkin İkinci Direktif'in AB üyelerince iç mevzuatlarına adapte edilmesinde uyumsuzluklar ve uyuşmazlıklar görülmüştü. Bu ve benzeri uyuşmazlıkların bertaraf edilebilmesi için üye ülkelerin ilgili düzenlemeyi adapte ederken sınır ötesi işlemleri kolaylaştırmaya yönelik hareket etmekle yükümlü bulunmaktadırlar.

Bilineceği gibi, OECD-Mali Eylem Görev Gücü(Financial Action TAsk Force)'nün kırk tavsiyesinin en önemli iki önerisi; müşterini tanı ve şüpheli işlem bildirim yükümlülüğüdür. Ancak "*müşterini tanı*" prensibi Avrupa'da farklı farklı yorumlanmıştır. Asıl önemli olan "*müvekkil*"in kimliği ve işi hakkında bilgi sahibi olmaktır.

Diğer taraftan, şüpheli işlem bildirim de üye devletler arasında farklılık göstermektedir. Bunun başlıca sebeplerinden biri de her işlenen suç neticesinde kara para konusunu oluşturacak gelir olup olm adığından(İngiltere'de olduğu gibi suç ne kadar küçük olursa olsun veya Yunanistan'da ki gibi sadece çok büyük suçlar) ve bildirim hangi makama yapılacağı hususlarıdır.

Avrupa Parlamentosu İç Pazar ve Tüketicinin Korunması Komitesi 10 Nisan 2007 tarihinde AB tüketici mevzuatını gözden geçirmiştir.

### ► CEZA HUKUKU

AB üyesi ülkeler Adalet Bakanları 19-20 Nisan 2007 tarihinde bir araya gelerek şüpheliler ve sanıkların adil yargılanmasına ilişkin Çerçeve Karar üzerinde çalışmalarını sürdürmüşlerdir. Ancak bu konuda iki ayrı görüş bulunmaktadır. Birincisi; bilgi edinme hakkı, ücretsiz adli yardım, tercüman itsime hakkı ve mahkeme tutanakları dahil tüm belgelerin tercüme edilmesi haklarını içerirken ikincisi ise daha dar kapsamlı ve sadece sınır ötesi davalara ilişkin tutuklama emrine ilişkin bulunmaktadır. Ancak, toplantıda bir karar alınamamıştır.

### ► İŞ HUKUKU

Avrupa'da iş hukuku alanında güvenceli çalışma koşullarına sahip işçiler ile bu kapsam dışında kalan işçiler ve iş arayanlar arasında bir çatışma olduğu görülmektedir. Daha önceleri düzenleme yapmanın amacı işçi ile işverenler güç ve hakları arasındaki dengesizliği gidermekti. Nitekim, iş hukukunun modernleştirilmesinin sendika üyeliğini teşvik edeceği ve sendikaların da işsizlik sigortası sistemine katkıda bulunacağı ve dolayısıyla esnek istihdam ortamı yaratacağı varsayılıyordu. Konuya karar AB Bakanlar Kurulunca verilecektir.

### ► SAYDAMLIK İNİSİYATİFİ

Daha önce söz edildiği gibi Avrupa Saydamlık İnisiyatifi; AB kurum ve kuruluşlarına ulaşılmasını ve söz konusu kurum ve kuruluşlarda açıklığın sağlanmasına hizmet etmek için oluşturulmuştur.

### ► SINIR ÖTESİ BORÇLARIN TAHSİLİ

Ekim 2006 tarihinde Avrupa Komisyonu bir tebliğ yayımlamış ve bir alacaklının başka bir üye ülkede bulunan borçlusunun paralarını dondurması için bir usul geliştirilip geliştirilmemesini tartışmaya sunmuştu. Bilineceği gibi bu yaklaşımın amacı kararların sınır ötesi icra ve infazının sağlanmasına yönelikti. Komisyon haklı olarak borçluların çok hızlı bir şekilde fonları banka hesaplarından başka hesaplara aktarabileceği ve ayrıca alacaklıların da dil ve usule ilişkin engellerle karşılaşabileceğine işaret etmiştir. İngiliz Barosu hesapların dondurulması yönteminin tedbir niteliğinde uygulanması koşulu ile yerinde olacağına işaret etmiştir. Konuya ilişkin görüşlerin alınmasından sonra Avrupa Komisyonu bu konuda bir yasal düzenleme yapıp yapılmayacağına karar verecektir.

### ► MALİ HİZMETLER

Avrupa Komisyonu 2 Mayıs tarihinde parakende mali hizmetlere ilişkin bir Yeşil Tebliğ yayımlamıştır. Bu konuda pek çok girişim mevcut olup bir tanesi de kredi kartı borçlarının sınır ötesi ödenebilmesine ilişkin çok yeni bir düzenlemedir. Diğer taraftan mortgage uygulamalarına ilişkin olan ve Eylül ayında yayımlanacak beyaz tebliğdir. Komisyon emekli ikramiyesi ve ömür boyu tasarruf konularında çalışmalarını sürdürmektedir. Ayrıca, alternatif uyuşmazlık çözüm(ADR)

yöntemleri de tüketici şikayetlerinin daha iyi ele alınması gözden geçirilecektir. Komisyon tüketicinin bilinçlendirilmesinin artırılması için de çalışmalar yapmaktadır.

### ► MÜLTECİLERİN İSTİHDAMI

16 Mayıs tarihinde AB Komisyonu üye devletler tarafından uygulanan cezai yaptırımların uyumlaştırılması için harekete geçmiştir. Bu çalışmaların temelini AB ülkelerinde kaçak olarak bulunan AB üyesi olmayan ülke vatandaşlarının istihdamı oluşturmaktadır. Bu uygulamalar işverene karşı uygulanacak para cezaları ve gayri kanuni olarak istihdam edilen kişilerin ülkelerine dönüş masraflarının da istihdam eden tarafından karşılanmasıdır. Diğer tedbirler; işyerinin kapatılması, kamu ihalelerine girememe ve devlet sübvansiyonundan mahrum edilmek olarak sıralanmaktadır. Komisyon yaptırımların alt sınırına ilişkin bir öneri sunmamıştır.

### ► İNGİLTERE VE AB ANAYASASI

Bilineceği gibi bu güne kadar 18 AB üyesi ülke, Fransa ve Hollanda'nın 2005 yılında reddetmesine rağmen, AB Anayasasını kabul etmiş olup üçte iki çoğunluk sağlanmıştır. Bu bağlamda İngiltere'nin Anayasa'ya ilişkin olarak alacağı pozisyon tartışılmaktadır. Bu konuda İngiltere'nin üç opsiyonundan söz edilmektedir.

1. Metni değiştirmeksizin protokol ilave etmek veya kaygıları giderici açıklamalar yapılması,
  2. Metnin yeniden müzakere edilmesi,
  3. Küçük bir "reform" yapıp gitgide artan üyelere hizmet verilmesini sağlamak üzere "kurumsal sistem için gerekli olan acil onarımların" yerine getirilmesi,
- Opsiyonlar olarak telaffuz edilmektedir.

Haziran 2007

# BİR GENEL KURULU DAHA GERİDE BIRAKTIK

Av. Özdemir ÖZOK\*

26-27 Mayıs 2007 günlerinde ülkemizin tarihi ve doğal güzelliklerinden biri olması yanında, dünyanın da en renkli coğrafyasını oluşturan Kapadokya bölgesinin uygar kenti Nevşehir’de TBB’nin 29. Olağan Genel Kurulu’nu yaptık. Olağan malî genel kurul niteliğine ve siyasi partilerin aday belirleme sürecine rastladığı için bazı baro başkanlarımız ve birlik delegelerimizin mazeretlerine karşın, Ürgüp’te gerçekleştirilen genel kurula büyük bir katılım olmuştur. Öncelikle, Nevşehir Baro Başkanı ve yönetim kurulu kusursuz bir genel kurul yapmak için tüm olanaklarını seferber etmişlerdir. Hoş geldin kokteylinden başlayarak, genel kurul toplantı salonunda süren, gala yemeğiyle devam eden ve delegelerin dönüşü sırasında gösterilen duyarlılık üst düzeydeydi. Bu tespit sadece bana ait bir tespit değildir. Büyük bir delege topluluğu başarılı geçen genel kurul nedeniyle bana da teşekkürlerini sunmuşlardır. TBB yönetim kurulu olarak biz de, genel kurulun başarılı geçmesi için hiçbir maddi ve manevi desteği esirgemedik.

Genel kurul çalışmalarıyla ilgili konuşmaları içeren kitap en kısa sürede sizlerin bilgi ve değerlendirmelerinize sunulacaktır. Bu genel kurulda özellikle ülkemizin içinden geçtiği süreçle ilgili ilginç saptamalar yapılmış, mesleki sorunlar kadar yurt ve ülke sorunları gündeme getirilmiştir. Kuşkusuz bu gelişme ülkemizin en saygın ve örgütlü hukuk kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliği’nin genel kurul üyelerinin ne denli bilinçli ve duyarlı yurttaş olduğunu göstermesi yönünden son derece önemlidir. Çünkü meslek sorunlarını, kişisel sorunları ülke ve yurt sorunlarından soyutlamaya olanak yoktur. Bu yönüyle genel kurulda yapılan ve bazılarına katılmadığım görüş ve düşüncelerin dillendirilmesinden rahatsız olunmadığını, aksine en özgür, en bağımsız görüş ve düşüncelerin TBB genel kurul kürsülerinden seslendirilmesi gerektiğine yürekten inandığımı

---

\* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

belirtmek isterim. Her fırsatta savunduğumuz eksiksiz demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ancak korkusuz, kuşkusuz ve güvenli bir biçimde fikir ve düşüncelerin ifade edildiği demokratik ortamda yaratılabilir ve yaşatılabilir. Ülkemizde bu ilkelerin en büyük güvencesi TBB ve barolarımızdır.

Her genel kurul sonrası olduğu gibi bu genel kurul tutanakları da tarafımızdan ayrıntılı bir biçimde incelenecek ve başkanlarımız yanı sıra, değerli birlik delegelerimizin dilek ve düşünceleri doğrultusunda ikinci dönem çalışmalarımız kurgulanacaktır. Bu dönem çalışmalarımızda geçen yazımda da belirttiğim gibi, genç avukatların sorunlarının çözümü konusunda onlarla birlikte forum ve etkinlikler düzenleyerek bir seri çalışmalar yapacağız. Böylece mesleğimizin geleceği olan gençlerimizin önünü açmak için gerekli girişimlerde bulunacağız. Çünkü, bana ve baro başkanlarımıza çok ciddi sıkıntılarla baş vuran meslektaşlarımızın meslek yaşları 0-10 yıl arasındadır. Hukuk fakültelerinde başlayan ve sürekli ertelenen sorunlar büyük umutlarla alınan lisans diplomasıyla birlikte genç hukukçuların önüne kâbus gibi çıkmakta hangi yolu izleyecekleri konusunda onları karsızlığa itmektedir. Rekabet Kurumu, Sermaye Piyasa Kurumu, Menkul Kıymetler Kurumu, Merkez Bankası gibi mali yönden olanaklı kurum ve birimlerin sınavı yanında, oldukça zor geçen yargıç- savcı sınavları çare olmadığı zaman çözümü avukatlık stajı ve avukatlıkta görmektedirler. Bunun sonucu bir yıl içinde tüm hukuk fakültelerinden mezun olan yaklaşık 8-9 bin mezunun 7 bini avukatlık stajı için barolarımıza başvurmaktadır. Özellikle üç büyük kentte yığılma olması nedeniyle avukat stajyerlerimiz ve mesleğe yeni atılmış genç meslektaşlarımız büyük sorunlar yaşamaktadırlar. Gün geçmemektedir ki, genç bir meslektaşımız iş için başvurmasın. Tüm bunların sonucu, yoğun bir iş talebiyle karşı karşıya bulunmaktayız. Bunca sorunla baş başa bulunduğumuz bir dönemde her zaman, her yerde dillendirdiğim gibi kimi sorumsuz avukat stajyerlerinin girişimi ile hukuktan, yargıdan ve savunmadan hoşnut olmayan mevcut siyasal iktidar avukatlık sınavını alelacele kaldırmıştır. Kuşkusuz avukatlık sınavı savunma mesleğinin ve avukatlığın önündeki sorunların çözümü için tek ve mutlak çözüm değildir. Ama oldukça önemli bir işlevi yerine getirecektir. Buna en güzel örneği kendi ofisimizdeki stajyer arkadaşları gösterebilirim. Ofisimizde bulunan altı stajyer arkadaşımız avukatlık sınavından yaklaşık bir ay önce bizden izin isteyerek sınava hazırlanmak için evlerine ve kütüphanelere çekilmişlerdir. Ne zamanki sınavlar iptal edildi bu arkadaşlar yine biçimsel staja devam etmek için hemen büroya geldiler. Bu somut örnek dahi avukatlık sınavı aleyhine geliştirilen fikir ve düşüncelerin ne denli haksız olduğunu ortaya koymaktadır.

Bütün umudumuz 22 Temmuz 2007 günü yapılacak gelen seçimler

## başkandan

sonrası hukuka, yargıya, savunmaya saygılı bir siyasal iktidarın oluşmasıdır. Bu gerçekleştiği takdirde tüm sorunlarımıza çözümler üreten ve meslektaşlarımız başta olmak üzere, barolarımızın öneri ve düşünceleri doğrultusunda yeni ve çağdaş bir "Avukatlık Yasası" çıkarılmasının yolları aranacaktır.

Konu 22 Temmuz 2007 günlü genel seçimlerden açılmışken ülkemizin her konuda gündemini oluşturan, yasama ve yürütme erklerini içinden çıkararak demokrasinin kalesi TBMM seçimleriyle ilgili görüş ve düşüncelerimi aktarmak istiyorum. Yukarıda belirttiğim gibi son derece önemli görev ve sorumluluğu olan TBMM, ulusumuz adına ülkemizi her alanda yönetmekte ve yönlendirmektedir. Bu nedenle de TBMM'nin oluşması ve yapılanması son derece önem taşımaktadır. Hele bu bizim gibi demokrasiyi yeni tanımış, özgür yurttaş olma bilincine erişme kavgası veren, günlük yaşam sorunlarını henüz çözememiş, din duyguları başta olmak üzere, gelenek, görenek yerel ve ulusal feodal ve oligarşik yapıların baskılardan kurtulamamış bireylerin çoğunlukta olduğu bir toplumsal yapıda daha da önem taşımaktadır. Çünkü bu toplumsal yapının doğal sonucu, çoğu kez araştırmayan, sorgulamayan ve yargılamayan biat ve itaat kültürüne uygun bir ortam yaratmaktadır. Bu ise demokratik yolların tıkanmasına ve yıllardır yakındığımız lider sultanın kurulmasına neden olmaktadır. Bu nedenlerle yeni TBMM'nin tarihi görevlerinin başında ülkemizde "eksiksiz demokrasi"nin gerçekleşmesi için ivedilikle siyasi partiler ve seçim yasalarında değişiklikler yapılması gerekmektedir.

Siyasi partiler yasasında ivedi olarak yapılması gerekenleri kısaca şöyle sıralayabiliriz;

– Siyasi partilerin hukuki yapısı, saydamlığı ve demokrasiyi içerecek şekilde yeniden düzenlenmelidir.

– Yasa, demokrasiye derinlik kazandıracak siyasal katılımı özendirerek ve geliştirecek biçimde yeniden düzenlenmelidir.

– Özellikle üyelik kayıtları, siyaseti yozlaştıracak sakatlıklardan kurtaracak sağlıklı ve saydam bir hukuki temele oturtulmalıdır.

– Bu gün en çok yakınılan tek tip örgütlenme modelinden kesinlikle vazgeçilmelidir.

– Parti içi demokrasiyi geliştiren ve koruyan mekanizmalar oluşturulmalıdır.

– Adayların belirlenmesinde partiye kayıtlı üyelerin katılımı ile mutlaka ön seçim yapılmalı ve parti üst yönetimine uygun bir kontenjan tanınmalıdır.

– Toplumun kadın-erkek olarak eşit biçimde oluşturulduğu göz önüne

alınarak kadınlara siyasete ve yönetime katılma olanakları verilmelidir.

– Mutlaka siyasi partilerin gelir ve giderlerinde saydamlık sağlanmalı hazine yardımının koşulları ülke gerçekleri de göz önüne alınarak yeniden düzenlenmelidir.

– Ülke demokrasisi için önemli bir defo olan siyasi parti kapatılması rejimi sıkı kurallara bağlanmalıdır.

– Siyasi partilerin seçimlerde işbirliği yapabilmelerini sağlayacak düzenlemeler yapılmalıdır.

Aynı şekilde seçim yasalarında ivedi olarak yapılması gerekenleri de kısaca şöyle sıralayabiliriz;

– Seçim kanunlarında yapılacak değişikliklerle tüm yurttaşların kendilerini oligarşik parti yapılarından soyutlayarak doğrudan seçmene sunabileceği bir yapı mutlaka gerçekleştirilmelidir.

– Ülke barajı mutlaka yeniden düzenlenmelidir. Bilindiği gibi 3 Kasım 2002 seçimlerinde yaklaşık % 46 oy TBMM’nde temsil edilememiştir. Bu bir demokrasi için çok büyük bir eksikliklerdir.

– Dar bölge ve iki turlu seçimler tercih edilmeli bu yöntem yerel seçimlerde mutlaka uygulanmalıdır.

– Tercihli oy kullanma yöntemleri mutlaka geliştirilmelidir.

– Önseçim zorunlu olmalı, AB ülkelerinde olduğu gibi, aday listelerinde mutlaka % 30 kadın-erkek dengesi gözetilmelidir.

– Yedek milletvekilliği kurumu getirilmelidir.

– Mutlaka yurt dışındaki yurttaşlarımızın oy kullanmaları sağlanmalıdır.

– Siyasi partilerin seçimlerde işbirliği yapma olanakları getirilmeli ve partilerin seçim harcamaları çok titiz bir biçimde incelenmelidir.

– Milletvekillerinin illere dağılımı gözden geçirilmeli ve yeniden düzenlenmelidir.

Kuşkusuz tüm bu değişiklikler ülkemizde yıllardır benimsenen ve artık başka bir yönetim biçimi aranmasına gerek olmayan demokratik yönetimin daha iyi işler hale gelmesine yöneliktir. Çünkü ülkemizin çağdaş,uygar ve aydınlık geleceği için “...eksiksiz demokrasi,insan hakları,hukukun üstünlüğü ve tüm bunların yaşam bulduğu hukuk devletine..” erişebilmenin temel koşulu her yönüyle işleyen saydam ve demokratik yönetim yapısından geçer.

Dileğimiz 22 Temmuz 2007 seçimleri bu duygu, düşünce ve umutlarımızımıza ışık olmasıdır.



# TÜRK CEZA HUKUKUNDA ÖRGÜTLÜ SUÇLULUK

Zeki HAFIZOĞULLARI\*  
Günel KURŞUN\*\*

## Giriş

Suç toplumsal beşeri bir davranıştır.

Doğada suç yoktur, sadece aralarında nedensel olan olgular vardır. Bu yüzden, doğa bir olgular sistemi bütünüyken, toplum bir kurallar sistemi bütünüdür. Bu yüzden doğa zorunluluk, toplum hürriyet alanıdır.

Toplumunu oluşturan kurallar sisteminden en önemlisi, uyulması zorunlu kılınan, müeyyide denen toplumsal-kamusal bir cihazla teminat altına alınan hukuk kurallarıdır.

Ceza hukuku kuralları bu kuralların bir kısmını oluşturmaktadır. Suç, kişinin, uymakla zorunlu olduğu ceza hukuku kuralının ihlalidir.

Suç kişinin düşüncesinden doğan iradi bir fiildir.

Düşünce, yasağın konusu olamaz.

Ancak düşüncenin ifadesi yasaklanabilir.

## 1. İfade hürriyeti ve suç

Suç failin iradi bir fiildir. Ne şekilde ortaya çıkarsa çıksın, suç, kişinin düşüncesinin bir ifadesidir. Böyle olunca, kişinin salt düşünce,

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, Ankara Barosu.

\*\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi, Ankara Barosu.

inanç ve kanaati suçun konusu olmaz. Bunun içindir ki suç, kişinin, içinde yaşadığı toplum bakımından zararlı veya tehlikeli görülen ve ceza tehdidi ile önlenmeye veya önlenemediği takdirde bu kez bastırılmaya çalışılan bir davranıştır.

Kişi kendisini tek başına ifade edebileceği gibi, başka kişilerle birleşerek birlikte de ifade edebilir. Gerçekten insan, tarihin her döneminde, başkaları ile birlikte hareket etmenin işleri kolaylaştırdığını, amaca ulaşmada mutlak başarı sağladığını görmüş, dolayısıyla sürekli ve geçici, yaygın ve örgün, meşru ve gayri meşru birçok beşeri oluşumları gerçekleştirmiştir.

Tabii, bu beşeri oluşumlar, doğanın bir canlı varlığı olmanın ötesinde etik bir değer olan insanın bir parçasını, ayrılmaz bir niteliğini oluşturan ifade hürriyetinin kapsamının ve sınırlarının neden ibaret olduğu meselesini ortaya çıkarmıştır.

Mesele, beşeri davranışa özelliğini veren amaçsallığından hareket edilerek çözülmeye çalışılmıştır. Gerçekten, amaç meşru-araç meşru ise, bunu sağlayan davranışlar meşru, serbest veya hukuka uygun; amaç gayri meşru-araç gayri meşru ise, bunu sağlayan davranışlar gayri meşru, yasak veya suç sayılmıştır. Bu ifadeden iki ifade daha türetilebilmektedir. Bunlar, amaç gayri meşru-araç meşru ve amaç meşru-araç gayri meşru ifadeleridir.

Bu iki ifadeden birini tercih etmek, tercihte bulunan toplum/hukuk/Devlet düzeninin niteliğini belirlemektedir. Gerçekten, amaç meşru-araç gayri meşru ise, bunu sağlayan davranışlar *"hakkın kötüye kullanılmasını hukuk korumaz"* ilkesi gereğince gayri meşru, yasak veya suç sayılmakta, ancak amaç gayri meşru olsa bile araç meşru ise, bunu sağlayan davranışların meşru, serbest veya hukuka uygun sayılması veya sayılmaması totaliter toplum/hukuk/devlet düzenleri ile demokratik toplum/hukuk/devlet düzenleri arasında sınır oluşturmaktadır. Demokratik bir toplum/hukuk/devlet düzeninde, amaç gayri meşru-araç meşru ifadesini doğrulayan davranışlar meşrudur, serbesttir; bunlar suç sayılmazlar.

Türk toplumu, hukuku ve hukuku ile biçimlenen devleti, değiştirilmesi bile teklif edilemeyen Anayasa'nın 2. maddesi hükmü gereğince, *"...demokratik, laik, sosyal bir hukuk devletidir"*.

Öyleyse, bu hukuk düzeninde, amaç gayri meşru-araç meşru ifadesini sağlayan beşeri davranışlar serbesttir, yasaklanamazlar.

Bu bağlamda olmak üzere, ifadesi şiddeti; hakareti; tahkir ve tezyifi; suç işlemeyi, kanunlara itaatsizliği tahrik ve teşviki içeren davranışlar, meşru bir amaca ulaşmak için yapılsalar bile, vasıta gayri meşru olduğundan, demokratik bir toplum/hukuk/devlet düzeninde suç sayılmaları gerekmektedir.

Böyle olunca, çizilen bu çerçeve içerisine düşen arızı veya sürekli, yaygın veya örgün her çeşit birleşmeler, birliktelikler, örgünleşmeler, ifade hürriyetinin kapsamı içinde olmamakta, suç oluşturmaktadır. Kanun koyucu, Anayasa'nın 13 ve 14. maddeleri hükmü karşısında, Anayasa'nın 2. maddesinin göndermede bulunmasından ötürü Türk demokrasisinin içeriğini oluşturan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9 ve 10. maddelerine uyararak, bu tür davranışları suç saymak hak ve yetkisine sahiptir.

Açıkçası kanun koyucu, AİHS'nin, 1, 17 ve 18. maddeleri hükmü karşısında, "amaç meşru-araç gayri meşru" ifadesini sağlayan beşeri davranışları yasaklamak, buna karşılık, totaliter toplum/hukuk/Devlet düzenlerinden farklı olarak, "amaç gayri meşru-araç meşru" ifadesini sağlayan davranışları yasaklamamak, serbest bırakmakla görevlidir.

## 2. Toplanma, gösteride bulunma ve örgütlenme hakkı

Silahsız, şiddetsiz toplantı ve gösteri yapmak, örgütlenmek temel insan hakkıdır.

Anayasa, 33 ve 34. maddelerinde bu hakları düzenlemiştir. Anayasa'nın koyduğu düzene aykırı olarak toplantı ve gösteri yapmak, örgütlenmek, bugün Amerika Birleşik Devletleri ceza uygulaması ve doktrininden<sup>1</sup> esinlenilmiş olarak "organize suçluluk" veya "örgüt-

<sup>1</sup> Günlük dilde yaygın olarak kullanılan "organize suçluluk" veya "örgütlü suçluluk" teriminin bilimsel alanda pek o kadar geçerli olduğu söylenememektedir. Söz konusu ifadenin çok genel ve fazlaca belirgin olmadığı görülmektedir, çünkü birçok kişinin, en az bir örgünleşmeyle, suçlar işlenmek için hazırlanmasını ve/veya işlenmesini ifade etmektedir. Buna hayret edilmemelidir. Kriminoloji alanında hala bugün herkesin üzerinde uyduğu tanımsal bir açıklamaya ulaşılamamıştır. Gerçekten, doktrinin sosyo-kriminolojik tipte açıklamalarla tamamen hukuki tipte açıklamalar arasında gidip geldiği gözlenmektedir. En azından, belirsizliğin bir kısmı olgunun bilimsel olarak yeterince incelenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır (Fiandaca, *Criminalità organizzata e controllo penale*, Studi in onore di Giuliano Vassalli, *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, 1945-1990, volume II, *Politica criminale e criminologia procedura penale*, Giuffré Editore, Milano 1991, s. 33). Gerek Anglo-amerikan, gerek İtalyan doktrininde konu ile

*lü suçluluk*” denen suçluluk olgusunu meydana getirmektedir.

Örgütlü suçluluk, ister yaygın ister örgün olsun, arızı olsun veya olmasın, suçun birçok kişi tarafından birlikte işlenmesidir. Bu, ya bir suçu birlikte işlemek için kişilerin bir araya gelerek suç işlenmesini, ya da bir suçu veya birkaç suçu birlikte işlemek amacıyla matuf olarak örgünleşmeyi, ayrıca örgüt kimliği altında suç işlenmesini ifade etmektedir. Aksini söyleyenler olmakla birlikte,<sup>2</sup> teknik anlamda örgünleşmeden, örgütlü suç işlemekten söz edilebilmesi, ancak fail sayısının üç kişiden az olamaması halinde mümkündür.

Yaygın örgütlü suçluluk, bildirimli veya bildirimsiz, izinli veya izinsiz toplantı ve gösteri yürüyüşleri olarak ortaya çıkmaktadır. Bu, bugün, genellikle savunulan, sivil itaatsizlik denen kitlesel davranışlardır. Hukuk düzenimizde 2911 s. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’na aykırı davranışlar, grev ve lokavt hakkının kanuna aykırı kullanımı, kamu görevlilerin toplu olarak görevlerini terk etmeleri (TCK m. 260) yaygın örgütlü suç ve suçluluktur.

Herkes, kanuna aykırı olmamak kaydıyla, örgütlenme hakkına sahiptir. Kanunun suç saydığı bir fiili işlemek için örgütlenmek, evrensel olarak suç sayılmaktadır. Örgün örgütlü suçun en basit biçimi “suç işlemek için çete kurmak” fiilidir. Kanun, buna, “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” demektedir (CK m. 220). Kanun ayrıca, devlete karşı suçlar arasında bu suçun özel bir biçimine yer vermiştir (CK m. 314).

Bu tür örgün örgütlü suçluluğun ayrı kanunlarla düzenlenen nitelikli halleri, “toplular kaçakçılık suçları”, “Terör örgütü kurma”, “çıkar amaçlı suç örgütü kurma” suçlarıdır.

### 3. Çok faillilik, yani zorunlu iştirak, arızî iştirak

Örgün örgütlü suçluluk,<sup>3</sup> ya belli bir süreklilik arz eder, ya da arızilik gösterir.

ilgili çalışmalar hakkında bkz., Fiandaca, *a. g. e.*, s. 33, dn., 1. Ayrıca, organize suç üzerine ABD’nin çıkardığı “Rocketeer Influenced and Corrupt Organization Act” hakkında bkz., Testitore, *La nuova legge antimafiosa e il precedente “modello” americano: spunti coparativistici*, *In Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1984, s.1038.

<sup>2</sup> Manzini, *Trattato di diritto penale Italiano*, volume quarto, UTED, Torino 1981, s. 377.

<sup>3</sup> Kriminolojik anlamda bkz., Mannheim, *Trattato di Criminologia Comparata, Volume seconda*, Torino 1975, Capitolo ventiquattresimo, s. 724 vd.

Örgütlü suçluluk, süreklilik gösterdiğinde, bu suça, genel olarak çok failli suçlar<sup>4</sup> denmekte, fail çokluğu suçun maddi unsurunu oluşturduğundan, fail çokluğu, “zorunlu iştirak” olarak ifade edilmektedir.

Birden çok kişi bir araya gelerek, aralarında işlemeyi kastettikleri bir suçu birlikte işleyebilirler. Bu halde, suça arızı iştirak söz konusu olmaktadır. Kanun arızî iştiraki 37-41. maddelerinde düzenlemiştir.

### 3. 1. Arızî iştirak

Suç arızî iştirak, kanunî tanımında, kural olarak, tek faille işlenen suçların, rastlantısal olarak, birden çok faille birlikte kararlaştırılarak işlenmesidir. Birlikte işlenmesi kararlaştırılan fiilin faillerinin cezalandırılabilmesi için, açıkçası işlenmesi kararlaştırılan fiilin suç olabilmesi için, o fiilin en azından faillerden biri tarafından teşebbüs derecesinde işlenmesi gerekmektedir.

Bu demektir ki, işlenmesi kararlaştırılan suça teşebbüs edilmedikçe, suça katılan hiç kimse suç işlemiş olmaz, tabii işlenmemiş olan suçtan da, kimse cezalandırılmaz. Buna, öğretilerde, hazırlık hareketleri cezalandırılmaz denmektedir. Bu bağlamda, kuşkusuz, henüz işlenmesine başlanmamış bir suça azmettirme veya teşvik de söz konusu olmamaktadır.

Birden çok kimsenin örgünleşmesi olmasına rağmen, iştirak, belirtilen bu niteliğinden ötürü, diğer örgünleşme biçimlerinden olan suç örgütü, yani çete kurmak, çeteye dâhil olmak veya suç örgütü kurarak suç işlemekten ayrılmaktadır.

Gerçekten, arızî iştirakte, hazırlık hareketleri cezalandırılmazken, suç örgütü kurma suçlarında salt suç örgütü oluşturmuş olmak suç oluşturmaktadır. Bu, öğretilerde tartışmalara neden olmakta, kimi, hazırlık hareketlerinin, kimi salt düşüncenin cezalandırıldığını ileri sürmektedir. Burada, bizce, ne düşüncenin kendisi yasaklanmaktadır, ne de kuralın istisnası olarak hazırlık hareketleri cezalandırılmaktadır.

Bir kere düşüncenin kendisi cezalandırılmamaktadır, çünkü örgütlenmek, düşüncüyü ifade etmek yanında başkalarınca algılanabilir olan bir davranışta bulunmaktır. Ortada fiilsiz suç olmaz kuralının ihlali bulunmamaktadır. Öte yandan, hazırlık hareketleri de cezalan-

<sup>4</sup> Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998.

dırılmamaktadır, çünkü suç işlemek için örgüt kurmak, başlı başına bir suçtur, kiminin iddia ettiğinin tersine bir suçun hazırlık hareketi değildir. Burada, çete oluşturma fiili ile çetenin faaliyeti birbirine karıştırılmıştır. Kanun, bu tür örgütlü suçlulukta, bizzat örgüt kurma ve örgüte katılma fiilini suç saymaktadır.

### 3. 1. 2. Ceza Kanunu'nda İştirak

Kanun, bir suçu birlikte işleyen kişileri, aralarında kararlaştırmak sureti ile işlemeyi kastettikleri suça nedensel katkılarını göz önünde tutarak, iki gruba ayırmış bulunmaktadır. Bunlar, fail, azmettiren, dolayısıyla fail ve yardımcıda bulunadır.

Fail, kanunun suç saydığı fiili "*bizzat işleyen*" kimseler olabileceği gibi, "*doğrudan beraber işleyen*" kimseler de olabilir. Örneğin, birinin bir kimseyi tutması ve diğer birinin bıçaklaması fiilinde, bıçaklayan kanunun suç saydığı fiili bizzat işleyen, tutan kanunun suç saydığı fiili doğrudan beraber işleyendir.

Kanun, bir başkasını suçta araç gibi kullanarak ona suç işleten kimseyi de fail saymakta ve faile verdiği cezayı vermektedir. Öğretide, bu tür faillige, dolayısıyla faillik denmektedir.

Yardımda bulunanlar, suçun işlenmesine katkıları aslî nitelikte değil, ferî nitelikte olan kimselerdir. Bunlar, suçu işlemeye teşvik eden, yol gösteren, yardım vaadinde veya suç işlendikten sonra bilfiil yardımda bulunan, araç gereç sağlayan kişilerdir. Bunlara verilen ceza diğerlerinden daha azdır.

İştirakten söz edilebilmesi için, birden çok fail, aralarında anlaşarak, işlemeyi kastettikleri suçu, en azından teşebbüs derecesinde, işlemiş olmaları gerekmektedir. Görüldüğü üzere, suça iştirak için, iki kişinin örgünleşmesi yeterlidir, yani iki kişi suça iştirakte yeterli sayılır. Suç örgüt kurma suçlarında, bu sayı, eskiden farklı olarak, üçtür. Sayı, suça iştirak için örgünleşmek ile suç örgütü kurmak için örgünleşmeyi birbirinden ayıran önemli noktalardan biridir.

Suçta iştirak edenler, nedensel katkılarını gidermek koşulu ile suçu işlemekten her zaman vazgeçebilirler. Bu halde vazgeçene, teşebbüs ettiği suçtan ceza verilmez, ancak o ana kadar yapmış olduğu fiil başka bir suçu oluşturuyorsa, artık kendisine o suçtan ceza verilir.

Suçta iştirakte, kararlaştırılan suçtan başka bir suçun veya kararlaştırılan suçla birlikte başka bir suçun işlenmesi imkânsız değildir. Bu halde, failerin suçtan sorumlulukları özellik arz etmektedir:

Kararlaştırılan suçtan başka bir suç işlenmesi halinde, işlenen suç, beşeri genel deney kurallarına göre kararlaştırılan suçun nedensel bir sonucu olarak görülebiliyorsa, örneğin yaralamak için anlaşma yapılmış, ancak mağdur öldürülmüşse, suça katılan herkes adam öldürme suçundan sorumlu olur. Kararlaştırılan suçla gerçekleştirilen suç arasında nedensel hiçbir bağıntı yoksa failin fiili iştirak iradesine aykırılık oluşturduğundan, fiilinden sadece fail sorumludur. Öte yandan, kararlaştırılan suç yanında başka bir suç da işlenmişse, kararlaştırılmamış ama işlenmiş olan suç, beşeri genel deney kurallarına göre kararlaştırılan suçla nedensel hiçbir bağıntı kurulamıyorsa, suç ortakları bu suçtan sorumlu olmazlar. Ancak, iki suç arasında, beşeri deney kurallarına göre öngörülebilir nedensel bir bağıntı varsa, örneğin hırsızlık yapmak için girdiği evde mukavemet görmesi üzerine ev sahibinin öldürülmesi, suça katılan ortaklar, kararlaştırılmayan ama öngörülebilirlik içinde olan bu suçtan da sorumludurlar.

Suçta ağırlaştırılan ve hafifleten nedenler söz konusu olduğunda, fiile bağlı ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin ortaklara sirayetinde, hafifletici nedenlerden her ortak yararlanır, ağırlatıcı nedenlerde kast kuralı geçerlidir; faile bağlı suçu hafifleten ve ağırlatan nedenler söz konusu olduğunda, hafifletici nedenden sadece fail yararlanır, ortaklara sirayet etmez; failin şahsındaki ağırlatıcı nedenlerin ortaklara sirayetini, kast kuralı belirler.

### 3. 2. Zorunlu iştirak

Zorunlu iştirakte fail çokluğu suçun kanunî unsurunu oluşturmaktadır. Bu demektir ki, çok failli suçlar, bağımsız bir kimlik altında kanundan doğmaktadır. Zorunlu iştirakten söz edilebilmesi için, kanunda belirtilen sayıda kişinin suçun işlenmesine katılması zorunludur. Gerçekten, kanunda belirtilen sayıda fail yoksa suçun maddi unsurunun oluşmamasından, açıkçası kanunun suç saydığı fiilin gerçekleşmemiş olmasından ötürü ortada bir suç da yoktur. Öyleyse, zorunlu iştiraki vurgulayan özellik çok failliliktir, dolayısıyla çok faillilik, zorunlu iştirak halinde işlenen suçların maddi unsurunun bir unsurunu oluşturmaktadır.

Çok failli suçlar birçok biçimde ortaya çıkabilir. Örgütlü suçluluk, yani suç işlemek için suç örgütü oluşturmak suçları, kanunsuz grev, kanunsuz toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmak suçları, bu suçların önemli bir bölümünü oluşturmaktadır.

Bu suçları vurgulayan özellik, fail sayısının en az üç kişi olması, faillerin iradelerinin karşılıklı gelmesi, yani bir örgünleşmeye imkân verecek bir biçimde ortaya çıkması, yani işleyen toplumsal bir cihaz halini almasıdır.

Tabii, örgünleşme, suç örgütü oluşturmada, hiyerarşik bir yapıyı gerektirdiğinden, çok daha belirgin bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Bunun içindir ki, çete oluşturma suçları, kanunsuz grev, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma suçlarından farklı olarak, ani suç değil, mütemadi suçtur.

Mütemadi suça teşebbüs mümkün değildir.

Öyleyse, çetenin kurulmasından, yani yeterli sayıda kişinin çete olmak konusunda iradelerini karşılıklı olarak ortaya koymalarından önceki hareketler, hazırlık hareketleridir, serbest hareketlerdir, cezalandırılmazlar.

Dışardan örgüte katılmak, CK'nun suça iştiraki düzenleyen hükümleri anlamında suça iştirak değildir. Kanun, suç örgütünü kuranlar yanında, kurulmuş olan suç örgütüne katılanları da cezalandırmaktadır. Kısacası Kanun, bu suçlarda, arızı iştiraktan farklı bir cezalandırma sistemi getirmiştir. Öyleyse, söz konusu suçlara iştiraktan değil, katılmaktan söz etmek gerekmektedir. Ancak, örgütün faaliyeti cümlesinden olarak, ortakların işledikleri suçlara, başkalarının iştirak etmesi her zaman mümkündür. Burada bu iki şeyi birbirine karıştırmamak gerekmektedir.

#### 4. Kanunsuz Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yapmak

Anayasa'nın 34. maddesi hükmüne uygun olarak, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, temel bir hak olan toplantı ve gösteri yürüyüşlerini, diğer bir ortak değer olan "*kamu düzeni*" bozulmadan yapılması esas ve usullerini düzenlemiş bulunmaktadır.

Kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmak, kanunsuz toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmaktır. Kanunsuz toplantı ve gösteri



yürüyüşü yapmak, kanunun 28 vd. maddelerinde suç sayılmış, cezası gösterilmiştir.

Bu suçlar, yasaklara aykırı hareket suçları, toplantı ve gösteri yürüyüşünü engelleme suçu, asayiş bozma, suç işlemeye tahrik veya teşvik, hükümet emirlerine karşı gelme, toplantı ve gösteriye silahla katılma, kanuna aykırı toplantı ve yürüyüşüne kışkırtma suçlarıdır. Burada, bütün suçlar üzerinde değil, sadece birden çok faille işlenebilen suçlar üzerinde durulacaktır.

#### 4.1. Kanuna Aykırı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenlemek

Kanunlar ne kutsal, ne de değişmez buyruklardır. Kendi değişim kurallarına uyularak her kanun değiştirilebilir. Ancak, yürürlükte buldukları sürece Kanunlara uymak esastır. 2911 sayılı kanunun 28. maddesinde kanunsuz toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemeyi suç saymaktadır.

Her ülkede toplantı ve gösteri yürüyüşleri kanunla düzenlenmektedir. Kanunun insan haklarını sağlayıp sağlamadığı tartışması bir yana, kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemek, her ülkede suç sayılmaktadır. “*Sivil itaatsizlik*” denen hareketin bir hukuka uygunluk nedeni olup olmadığı hususu tartışmalıdır. 2911 sayılı kanunun açık hükmü karşısında, sivil itaatsizlik, kanunsuz toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemek suçunda bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmamaktadır.

Suçla ihlal edilen ve ceza ile korunun hukuki değer veya menfaat, Kamu idaresinin, kamu düzeninin korunmasındaki kamusal yararadır.

Kanun hükmünden, suçun ancak birden çok kişinin toplanarak işleyebileceği bir suç olduğu ortaya çıkmaktadır.

Suçun maddi unsuru, kanuna aykırı toplantı düzenlemek, kanuna aykırı gösteri yürüyüşü düzenlemek, kanuna aykırı toplantı veya gösteriyi yönetmek, kanuna aykırı toplantı ve gösteriye katılmaktır. Bu fiillerden birinin veya birkaçının gerçekleşmesi ile suç oluşur.

Hazırlık hareketleri cezalandırılmaz. Suçun icrasına başlanmış olması gerekir. Birçok kişi bir araya getirilmekle suçun icrasına başlanmış olmaktadır.

Suç neticesiz bir suçtur. Kanunda öngörülen hareketlerin yapılması ile birlikte suçun işlenmesine başlanmış olur. Suç mütemadi bir suçtur. Suça teşebbüs mümkün değildir.

Suç kastla işlenir. Suçun taksirli şekli yoktur. Kast genel kastsır. Failin kanunsuz bir toplantı veya gösteri yürüyüşüne bilerek ve isteyerek katılması iradesidir.

Kanunda yapılması yasaklanan davranışlar ancak başka bir suçu oluşturmadığı takdirde bu suç oluşur. Eğer yapılması yasaklanan davranışlar daha ağır başka bir suçu oluşturuyorsa sadece o suçtan ceza verilir. Bu demektir ki Kanun, burada, bir tür fikrî içtima yer vermiş bulunmaktadır.

Suçun cezası hakkında TCK'nın 5. maddesi hükmü ve 5252 s. TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 5 ve 6. maddeleri hükmü uygulanacaktır.

#### 4. 2. Hükümet Emrine Karşı Gelmek

Kanunun 32. maddesinde öngördüğü Hükümet emrine karşı gelme suçu, her fail kendi fiilinden sorumlu olmakla birlikte, mahiyeti bakımından “topluluk” halinde işlenen bir suçtur. Suçu vurgulayan özellik, topluluk halinde bulunan faillerin kolluğun ihtarına rağmen dağılmaması, hukuka aykırı durumun sürdürülmesidir.

Suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaat, kamu düzenine aykırı bir faaliyeti sonlandırılmadaki kamusal yararadır.

Suçun faili, kolluğun hukuka uygun ihtarına rağmen hukuka aykırı durumu sona erdirmeyen kişi veya kişilerdir.

Suçun maddi unsuru, kanuna aykırı toplantı veya yürüyüşe katılan kişilerin, emir ve ihtardan sonra, kendiliklerinden dağılmamaları ve zor kullanılarak dağıtılmaları fiilidir. Kolluğun ihtarına rağmen, kendiliklerinden dağılmama, ihmali bir harekettir. Bu ihmali hareketin suç olarak cezalandırılabilmesi için kalabalığın kollukça zorla dağıtılması gerekmektedir.

Suçun manevi unsuru, genel kastsır. Kast, failin, kolluğun ihtarına rağmen, bilerek ve isteyerek dağılmamak ve hukuka aykırı durumu devam ettirmek iradesidir.

Suçta teşebbüs mümkün değildir. İhtara rağmen, toplantı ve gösteri yürüyüşünü terk etmemekle birlikte suç oluşur. Toplantı ve gösteriyi terk etmeme üzerine, kollukça dağıtılma, cezalandırılabilme şartıdır.

Suçun cezası hakkında TCK'nın 5. maddesi hükmü ve 5252 sayılı TCK Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un, 5 ve 6. maddeleri hükmü uygulanacaktır.

### 4. 3. Kanunun öngördüğü diğer suçlar

Kanunun, 29, 30, 31, 33, 34. maddelerinde öngördüğü suçlar, esasen tek failli suçlardır, ancak bu suçların, bir suç işleme kararına bağlı olmaksızın, kalabalığı oluşturan kişilerce topluca işlenmesi mümkündür. Zaten, bu suçlarda, failer, aralarında suça iştirak bağıntısı olmaksızın genellikle toplu olarak, kalabalık halinde hareket etmektedirler.

Kanun, 34. maddesinde, halkı kanunsuz toplantı veya yürüyüşe, yani kanunun suç saydığı bir fiili işlemeye tahrik ve teşvik etmek ayrıca suç sayılmıştır. Dolayısıyla, burada, arızı iştirakin bir biçimi olan azmettirme veya suç işlemeye teşvik ayrıca söz konusu olmamaktadır.

## 5. Kamu Düzenine Aykırı Olarak Örgütlenmek veya Çete Oluşturmak

### 5. 1. Hukuki konu, mağdur, fail

Ceza Kanunu, 220. maddesi hükmünde suç örgütü, çete kurmayı ifade hürriyetinin meşru bir tezahürü görmemiş, amaç gayri meşru-araç gayri meşru bağlamında, kamu düzenine aykırı bularak yasaklamıştır.

Gerçekten, kamu düzeninden olarak kanunun suç saydığı bir fiilin veya fiillerin işlenmesi için örgütlenmek, uygar hiçbir toplumda kabul edilebilir bir davranış değildir. Bu ifade hürriyeti, dolayısıyla örgütlenme hakkı içinde düşünülmemektedir.

Kanun, bu bağlamda olmak üzere, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu, Kamunun Barışına Karşı Suçlar arasında düzenlemiştir. 765 sayılı kanun, bu suçu, Ammenin Nizamı Aleyhine İşlenen Cürümler arasında düzenlemiştir. Suçun hukuki konusunu, buna bağlı olarak mağdurunu belirlemek bakımından 765 sayılı kanunun suçun yerini

nitelemesinin daha doğru olduğunu düşünüyoruz, çünkü “*ammenin nizamı*” bozulduğunda doğal olarak “*kamunun barışı*” da bozulmaktadır. Böyle olunca, her ne kadar “*Topluma Karşı Suçlar*” genel başlığı altında da yer alsın, zaten bütün suçlar topluma karşı işlendiğinden, suçun mahsus mağduru, kamunun düzenini sağlamakla görevli kamu idaresi, yani genel kolluktur.

Suç işlemek için örgüt kurma suçu, çok failli suçlar kategorisinin özel bir halini oluşturmaktadır. Bundan ötürü, çok faillilik suçun temel niteliğini oluşturmaktadır. Burada, tartışılan konu fail sayısıdır. Kimi, fail sayısının ikiden az olamayacağını ileri sürerken, kimi fail sayısının üçten az olamayacağını ileri sürmektedir. Ancak, her iki düşünce de, örgütlü suçluluktan söz edilebilmesi için, en az da olsa, bir örgünleşmenin olmasını şart koşmaktadırlar. Örgünleşme, failer arasında, bir astlık-üstlük ilişkisinin, yani emir-komuta ilişkisinin kurulmasıdır. Bunun içindir ki, örgütlü suçluluk, yani suç işlemek için örgüt kurma suçundan söz edilebilmesi için, en az üç kişinin varlığını gerekli gören düşüncenin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

765 sayılı kanununun 313. maddesinde “*Bu maddede yazılı teşekkül iki veya daha fazla kimsenin birlikte cürüm işlemek amacı etrafında birleşmesi ile oluşur*” diyerek yeterli fail sayısını göstermiştir. 220 madde “*...örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir*” demektedir. Bu demektir ki, örgüt, en az üç kişinin karşılıklı gelen iradeleri ile oluşmaktadır. Öyleyse, kişi sayısı çok olsa bile, iradeler arasında karşılıklılık yoksa ortada bir örgüt de yoktur. Burada tartışılacak konu, isnat yeteneği olmayan kişilerin durumudur.

Gerçekten, örgütü oluşturan üyelerden birinin isnat yeteneği yoksa üç kişinin olması örgütün olması için yeterli sayılacak mıdır meselesi ortaya çıkmaktadır. Isnat yeteneği, kusurluluğun ön şartı değil de kişinin bir durumu olarak kabul edildiğinde, üç kişiden bir tanesinin isnat yeteneğine sahip olmaması örgüt olmaya engel değildir, çünkü bu kişiye ceza verilememesi başka şey, suçun faili olmaması başka şeydir. Kuşkusuz, bu halde kişiye ceza verilemez, ancak kişi suçun faili olabilir. Suçun faili olabilen kişi, suç örgütü oluşturma suçunun da faili olabilir, ancak kendisine ceza verilemez, güvenlik tedbiri uygulanır. Böyle olunca, bir kimsenin, birçok çocuğu, bir suç işlemek amacı ile örgütleyerek suç örgütü oluşturmaları imkânsız değildir. Bunun örneği, çocuklardan oluşturulan dilenci çeteleridir.

## 5. 2. Fiil

Kanun, fiili, faile nispetle tanımlamıştır. Buna bakıldığında, kanunun suç saydığı fiil belli bir amacına matuf olmak üzere “örgüt kurmak” veya “örgüt yönetmek” fiilidir.

“Örgüt yönetmek” olmayan bir örgütün yönetilmesi de olmadığından, zaten önceden kurulmuş olan bir örgütü zorunlu kılmaktadır. Kanun, örgütü kuranlar ve örgüt yönetenler arasında fark gözetmemektedir. Her ikisini aynı ceza ile cezalandırmaktadır.

Kanun, sonradan örgüte katılanları, daha az ceza ile cezalandırmaktadır (m. 220/2).

Kanun, suçun oluşmasında, fail sayısının üç olmasını yeterli görmemekte, ayrıca örgütün yapısının, sahip bulunduğu üye sayısının, araç ve gereçlerin işlenmesi amaçlanan suç veya suçları işlemeye elverişli olmasını aramaktadır. Kanun, bu hükümlerle, suçun maddi unsurunda, 765 sayılı kanunundan farklılaşmaktadır. İtalyan Ceza Kanunu, suç işlemek için örgüt kurmayı düzenlerken böyle bir şarta gerek görmemiştir. Böyle olunca, kanunun bu suçta olmaması gereken bu hükmünü, anlaşılır bir çerçeve içine oturtmak gerekmektedir.

Kanun, amaç suç-araç suç ayırımı yapmakta, örgüt kurmayı araç suç, işlenmesi amaçlanan suç veya suçları amaç suç saymakta, aracın amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını istemektedir. Madde metninde yer alan “elverişli olma” yeterli olma anlamındadır. Bu demektir ki, Kanun, suç işlemek için örgüt kurmada, sadece çok failin bir amaç için karşılıklı iradelerini ortaya koyarak bir araya gelmelerini yeterli görmemiş, ayrıca, örgütün yeterli bir örgünlükte olmasını gerekli görmüştür. Böylece, kanun; üç veya daha fazla kişiden oluşsa bile, yeterli örgünlüğe ulaşmamış toplumsal oluşumları suç saymayarak, cezalandırma alanını daraltmak yanında, suç işlemek için örgüt kurma suçunda, suçu teşekkülünü, yani tüm unsurları ile birlikte tamamlanması anını belirleyen unsurun gerçekten çok faillilik mi olduğu, yoksa doktrinde bugüne dek hiç tartışma konusu yapılmamış olan işlenmesi amaçlanan suçu veya suçları örgütün organlarının işlemekte yeterli olup olmamalarının mı olduğu tartışmasını başlatmış olmaktadır. Biz, 765 sayılı kanundan farklı olarak, kanunun 220. maddesinde yaptığı düzenlemenin, isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Aydınlanmadan bu yana oluşan geleneksel doktrine bağlı kalındığında, suç işlemek için

örgüt oluşturma suçunun, düşüncenin yasağı olmadan en teknik bir biçimde düzenlendiği kanun, Liberal-demokratik Devletin ceza kanunu olan ve 765 sayılı kanunun kaynağını oluşturan Zanardelli Kanunu olmuştur. Kanun, suçun kanuniliği kuralına uygun olarak, 220. maddede, suç işlemek için örgüt kurmak suçu düzenlenirken; klasik düzenlemelere uygun hareket etmiş olsaydı, daha isabetli darlanmış olurdu. Kanunun suç saydığı bir fiili veya fiilleri işlemek için suç örgütü kurma suçunun varlığı için iki/üç veya daha fazla kişinin örgün hale gelmesi yeterlidir; ayrıca başka bir şartın gerçekleşmesine gerek yoktur.<sup>5</sup> Örgütün faaliyetinin işlenmesi amaçlanan suçların işlenmesi bakımından elverişli veya yeterli olup olmaması işlenecek olan o suçlar için gereklidir, ama salt suç işlemek için örgüt kurma suçu için gerekli değildir. Ancak, fail sayısı suçun işlenmesine elverişli olmakla birlikte, 220. madde hükmünde fazladan bir unsur yer aldığından, suçun oluşmuş sayılması için, üç veya daha fazla kişinin salt örgünleşmiş olması yetmemekte; örgünleşmenin, işlenmesi amaçlanan suçun veya suçların gerçekte işlenmesini sağlayacak yeterlilikte olması gerekmektedir.<sup>6</sup> Örneğin, banka, işyeri, vs., soygunculuğu yapmak amacıyla çete kur-

<sup>5</sup> Avrupa Birliği üyesi olan İtalyanın Yürürlükte olan Ceza Kanunu, bizim düşüncemizi doğrulamaktadır. Gerçekten, İCK "416. Associazione per delinquere" maddesinde "Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni" " 416. Cürüm işlemek için örgüt kurmak - Üç veya daha çok kişi, birçok cürüm işlemek amacı ile örgütlendiklerinde, teşvik edenler veya kuranlar veya örgütü yönetenler, sadece bu fiilleri için, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" demektedir. Kanunun 220. maddesi gerekçesinde, bu suç için artık harici alem olan yukarıda yer alan "normun" veya "kuralın" yahut "hükümün" niçin benimsememiş olduğu, dolayısıyla ortaya suçun niteliği ile bağdaşmayan tabiri caizse böyle bir ucubenin icadı konusunda geçerli bir açıklama bulunmamaktadır. "Suç işlemek için örgüt kurulması bir somut tehlike suçudur" açıklamasının, zarar suçunu mu, zarar tehlikesi suçunu mu, yoksa tehlike suçunu mu ifade ettiği belirsizdir. "Somut tehlike suçu" sözü ile zarar tehlikesi suçu kastediliyorsa, suç işlemek için örgüt kurma suçu, mahiyetinin gereği olarak, bir zarar tehlikesi suçu değildir. Suçun zarar suçu olmadığı da ortadadır. Öyleyse suç "tehlike suçu" olmaktadır. Böyle bir tehlike suçuna, bünyesinde olmaması gereken bir unsurun eklenmesi, kuramsal olarak suçun özgünlüğünü bozar, ayrıca inandırıcı bir esasa dayanmadan cezalandırma alanını daraltır.

<sup>6</sup> Burada bir başka durum, TCK'nın 78. maddesinde yer bulan Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçları örgüt kurarak işlenmesinde söz konusudur. Bu açıdan bakıldığında, Kanunun 78. maddesi hükmü bir özel hükümdür. Ancak maddede, örgütün oluşumu için asgari bir sayı belirtilmemiştir. TCK'nın 220. maddesi hükmü karşısında özel hüküm konumunda bulunan bu hükümde, genel hükümdeki unsurlara yer verilmemiştir. Bu durum tereddütler doğurmaktadır. Kanaatimizce sorun, zorunlu olarak genel hüküm konumundaki 220. maddeye gidilerek çözülebilir.

muş olan kişilerin, fiilin suç olması için sadece bir araya gelip örgünleşmeleri yetmemekte; ayrıca, örgütün; araç - gereç, donanım, lojistik, vs. bakımdan, işlenmesi amaçlanan bu suçları gerçekleştirebilecek bir yeterliliğe ulaşması gerekmektedir. Örgünleşme böyle bir yeterliliğe ulaşılmamışsa, salt örgünleşme, kanun karşısında hazırlık hareketidir. Hazırlık hareketi cezalandırılmamaktadır.

Belirtilen bu nitelikleri, suçun, ne nitelikte bir suç olduğu sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Kanun belli bir yoğunluk aramakla birlikte, suç, daha önceki düzenlemelere benzer olarak, kesintisiz, mütemadi bir suçtur. Gerçekten, örgüt süregeldiği sürece, hukuka aykırı durum devam etmektedir.

### 5. 3. Hukuka Uygunluk

Örgüt kurma ve örgüt yönetme hukuka aykırı olmalıdır. Genel olarak, hukuka uygunluk nedenleri, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu ile bağdaşmamaktadır. Ancak, zorla örgüte sokulmada, koşulları varsa, 25/2 ve 28. madde hükmünün uygulanması mümkündür. Kuşkusuz, bir kimse, zorunluluk halinde kalarak örgüt üyesi olursa, zorunluluk halinden yararlanabilecektir. Öte yandan, cebir, tehdit altında kalarak örgüte girmek zorunda kalan bir kimse herhalde kusurlu sayılmayacaktır.

### 5. 4. Kusurluluk

Suç, genel kast yanında özel kastı da gerektirmektedir.

Kast, faillerin bir örgütü kurduklarını veya yönettiklerini yahut katıldıklarını bilmeleri ve istemeleridir. Özel kast, örgütü, kanunun suç saydığı bir fiili veya fiilleri işlemeyi amaçlayarak kurmalarıdır.

Fiili hata kastı kaldırrır. Kanunun izin verdiği bir örgütü kurduklarını sanan faillerin kaçınılmaz bir hataya düşerek suç işlemek için örgüt kurmuş veya yönetmiş olmaları halinde hatalarından yararlanırlar.

### 5.5. Teşebbüs, İştirak, İçtima

Suç neticesiz bir suçtur. Bundan ötürü, üç veya daha fazla kişinin, bir araya gelerek, işlenmesini amaçladıkları suç veya suçların işlenme-

sine yetecek bir örgünlük kazandıklarında, örgüt kurma veya yönetme suçu oluşmuş olur. Böyle olunca, üç kişinin sadece bir araya gelmesi, hazırlık hareketi olmakta, dolayısıyla cezalandırılmamaktadır. Suç, maddi unsuru bakımından kesintisiz bir suçtur. Kesintisiz suçlara teşebbüs olmaz.

Suç işlemek için örgüt kurma suçuna iştirak, kural olarak mümkün değildir. Bu suçta, yalnızca “örgüte üye olmak” söz konusu olmaktadır. Zaten, kanun, “Suç işlemek için kurulmuş olan örgüte üye olmayı” örgüt kurmak veya yönetmekten ayrı bir suç saymakta ve ayrı bir ceza ile cezalandırmaktadır (m. 220/2).

Ancak, kanun “örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişiyi” “örgüt üyesi olarak” cezalandırmaktadır (m. 220/7). Bu demektir ki, kanun, bu suçta suça iştiraki mümkün görmekte, ancak fiili iştirak kurallarına göre değil, bu suça özgü bir biçimde cezalandırmaktadır.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, kendine özgülüğünden ötürü, suçların içtimaina konu olması zordur. Gerçekten, kanun, ne bu suçu başka bir suçun unsuru veya ağırlatıcı nedeni, ne başka bir suçu bu suçun unsuru veya ağırlatıcı nedeni saymaktadır (m. 42). Örneğin, hırsızlık suçunun ağırlatıcı nedeni olan hırsızlığın “...bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi” bu suçun ne unsuru ne de ağırlatıcı nedeni- dir. Bununla birlikte, kesintisiz suç olmasına rağmen, suçun, zincirleme suç olarak işlenmesi imkânsız değildir, çünkü kesintisiz suçların zincirleme suç olarak işlenmesi doktrinde mümkün görülmektedir. Burada bir fiille kanunun birden fazla hükmünün ihlali de düşünülmemektedir. Kanun işlendiğinde, işlenmesi amaçlanan suçu ayrıca cezalandırmaktadır.

## 5. 6. Suçu Ağırlaştırıcı Neden

Kanun, suçu ağırlaştırıcı neden olarak, bir tek nedene yer vermiştir. Bu, örgütün, silahlı olması halidir (m. 220/3). Silah, Kanunun 6/1, f) maddesi hükmünde tanımlanmıştır.

## 5. 7. Amaçlanan Suç veya Suçların İşlenmesi

Kanun “örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçtan dolayı da cezaya hükmedilmesini” emretmiş bulunmaktadır (m.



220/4). Öyleyse, örgüt üyesi kişi, hem örgütün üyesi olmaktan, hem de örgütün faaliyeti çerçevesinde işlediği diğer suç veya suçlardan sorumlu olacaktır.

Kanun, örgüt yöneticilerini, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek suçu yanında, haberi olsun veya olmasın örgütün faaliyeti cümlesinden olarak işlenen bütün suçlardan sorumlu tutmakta, o suçların faili olarak cezalandırmaktadır (m. 220/5). Bu, örgütün üyesi kişinin fiilinden, örgüt üyesi kişi yanında, fiilden haberi olsun veya olmasın, örgüt yöneticisi kişinin cezalandırılmasıdır. Burada, kişi, ister bilsin ve istesin, isterse bilmesin ve istemesin, üçüncü kişinin fiilinden, o kişi ile birlikte sorumlu olmaktadır. Herhalde, bu, bir tür objektif sorumluluktur. Zaten, kanunun, işlemediği bir fiilden, kişiyi, "fail olarak" cezalandırılmaktan söz ederek, bizi doğrulamaktadır.

### 5. 7. Örgüt Üyesi Olmayanların Örgüt Adına Suç İşlemesi

Kanun, örgüt üyesi olmadığı halde, örgüt adına suç işleyen kişiyi, hem işlediği suçtan, hem de örgüte üye olmak suçundan sorumlu tutmaktadır (m. 220/7). Bu doğrudur, çünkü bir kimse örgüt adına suç işlemekle, ister istesin isterse istemesin, adına suç işlediği örgüte, bilerek ve isteyerek katılmış, yani örgütün üyesi olmuş olmaktadır.

### 5. 8. Örgüt veya Amacının Propagandasını Yapmak Suçu

Kanun, örgütün veya amacının propagandasını yapmayı suç saymaktadır.

Suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi cezayı artıran bir neden sayılmıştır.

Kanun seçenekli bir hükme yer vermiştir. Suç örgütünün propagandası suç sayılmaktadır. Propaganda, tanıtmak, yaymak, yani örgütü başkalarına duyurmak, örgütün varlığından başkalarını haberdar etmek anlamındadır. Ancak, burada, propagandada, tanıtmak, yaymak yanında, bir şeyin iyi olduğunu söylemek de vardır. Öyleyse propaganda, tanıtmak, yaymak yanında, örgütü övmek anlamına da gelmektedir. Örneğin, bir eşkiya çetesini tanıtmak, varlığından başkalarını haberdar etmek, eşkiya çetesinden övgü ile söz etmek, çetenin propagandasını yapmaktır.

Çetenin amacının propagandasına gelince, madem örgütün amacı suç sayılan fiil veya fiillerin işlemektir, bu her halde “suçu övme” suçunun özel şeklidir. Gerçekten kanun, 215. maddesinde, işlenmiş olan bir suç övmeyi cezalandırmaktadır. Burada, 215. maddeden farklı olarak, ister işlensin isterse işlenmesin, işlenmesi amaçlanan suçun propagandası, yani övülmesi, iyi görüldüğünün söylenmesi suç sayılmaktadır.

## 5. 9. Ceza

Örgüt kurmak veya yönetmenin cezası iki yıldan altı yıla kadar haptir. Örgüt silahlı olduğunda, ceza, dörtte birden yarısına kadar artırılır.

Örgüte üye olmanın cezası, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır.

Örgütün veya amacının propagandasının cezası bir yıldan üç yıla kadar haptir. Suç basın yolu ile işlendiğinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.

## 5. 10. Ödüllendirme

### 5. 10. 1. Mahiyeti

Kanun 221. maddesinde, “Etkin Pişmanlık” adı altında suç işlemekte olan faillerin, suç örgütünü bir suç işlenmeden önce dağıtmalarını, bir suç işlendikten sonra, suçun faillerinin ele verilmesini, suç örgütünün dağıtılması, örgüt üyesinin suç işlemeyen veya bir suç işledikten sonra örgüt üyeliğine devam etmeyerek örgütü terk etmesini, cezalandırmanın karşıtı anlamında bir tür ödüllendirme olarak cezayı tümünden ortadan kaldıran veya azaltan bir neden saymaktadır. Kanun, cezanın ortadan kalkmasını, “... cezaya hükmolunmaz” biçiminde ifade etmektedir. Bu ifadeden, suçun, açıkçası ceza mahkûmiyetinin ortadan kalkmadığı, yani ortada mahkûmiyeti tüm hüküm ve neticeleriyle birlikte ortadan kaldıran “genel af” niteliğinde olan bir durum olmadığı, öyleyse kişinin “hükümlü” olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. 221/5. madde hükmü bu düşüneyi doğrulamaktadır.

Gerçekten, suça teşebbüste suçun icrasından gönüllü vazgeçme veya neticeyi isteyerek önlemeden farklı olarak, burada amaç, teşebb-

büste olduğundan farklı olarak, suçlunun suçundan geri dönmesi veya neticeyi önleyerek zararı gidermeye çalışmasını sağlamak değildir. Burada, asıl amaç, örgüt ve mensupları hakkındaki kanıtları ele geçirmek, örgütün çökertilmesini, üyelerinin ele geçirilmesini, suç arkadaşlarını ihbar ederek suçlunun kollukla işbirliğini sağlamaktır. Kurum bu niteliğinden ötürü, gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlıktan farklıdır. Suçlunun suç arkadaşlarını ihbar etmesi bir kısım doktrinde ahlaki bulunmamakta, suçlunun davranışı önceki davranışından pişmanlık duyması olarak değerlendirilmemektedir. Ancak, hukuk ah-laka aykırı bir davranışı korumamak zorunda olmakla birlikte, daha büyük bir zararı önlemek uğruna daha az zarara katlanmanın aklın gereği olduğu ileri sürülmektedir. Elbette, büyük zararlar doğurabilen örgütlü suçluluğu çökertmede zorunlu olduğunda, bu da, bir yol olarak denemektedir. Ancak, bu kurumun yerinin bura olmadığı, örgütlü suçlulukla mücadele için çıkarılmış olan özel diğer kanunlar olduğu ileri sürülmektedir.<sup>7</sup>

### 5. 10. 2. Koşulları

Ödüllendirme, “*Etkin Pişmanlık*” adı altında 221. maddede beş fıkraya olarak düzenlenmiştir. Birinci, ikinci, üçüncü fıkrada, failer hakkında cezaya hükmolunamayacağı; dördüncü fıkrada fail hakkında durumuna göre cezaya hükmolunamayacağı veya cezasının indirilebileceği düzenlenmiştir. Beşinci fıkrada “*etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler*” hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanabileceği hükmüne bağlanmıştır.

Birinci fıkrada örgütü kuranların ve yönetenlerin etkin pişmanlıkları düzenlenmiştir. Bunlar, örgüt kurma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce örgütü dağıtırlarsa veya verdikleri bilgilerle örgütün dağılmasını sağarlarsa, haklarında cezaya hükmolunmaz.

### 6. Silahlı Örgüt, Silah Sağlama, Suç İçin Anlaşma

Kanun 220/3. maddesinde örgütün silahlı olması halini cezayı artırıcı bir neden saymışken, 314. maddesi hükmünde ayrıca bu suçun

<sup>7</sup> Gerçekten, bu hükmün, burada değil, İtalyan Ceza Kanunu da yer alan düzenlemeye (m. 308) benzer olarak, 314. maddesi hükmünde yer almasının daha doğru olduğunu düşünüyoruz.

özle bir şeklini, yani silahlı örgütü, 315. maddede örgüte silah sağlama suçunu öngörmüş bulunmaktadır. Ayrıca, kanun, 316. maddesi hükmünde, 765 sayılı kanunda olmayan, kendine özgü bulunan, bir suça iştirak hükmüne yer vermiş bulunmaktadır.

### 6. 1 Silahlı Örgüt

Kanun, 315. maddesinde, amaç ve vasıta ile sınırlı olarak suç işlemek için örgüt kurma suçunun özel bir biçimine yer vermiştir.

Kanun, “suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümlerin” bu maddede yer almayan hükümler hakkında da geçerli olduğunu belirtmiştir. Öyleyse, 220. madde hakkındaki açıklamalar burada da geçerlidir.

Suç, genel karşısında, amaç ve vasıta bakımından özeli ifade etmektedir. Örgütün faaliyeti cümlesinden olarak işlenmesi amaçlanan suçlar, Kanunun dördüncü kısmının, dördüncü ve beşinci bölümünde yer alan suçlardır. Dördüncü bölümde yer alan suçlar, 302, 303, 304, 305, 306, 307 ve 308. maddelerde yer alan suçlardır. Beşinci bölümde yer alan suçlar, 309, 310, 311, 312, 313. maddelerde öngörülen suçlardır. Üç veya daha fazla kişi bu suçları işlemek için örgütlenmiş olmalıdır.

Fiil, silahlı bir örgüt kurmak veya yönetmektir. Örgütlenme, daha başından itibaren, silahlı örgütlenme biçiminde olmalıdır. Silahlı örgütlenme, örgütün ve örgüt mensuplarının silahlandırılmış olmasıdır. Kanun bunu, “silahlı örgüt kurmak” veya “silahlı örgütü yönetmek” biçiminde ifade etmiştir.

Kast, failerin kanunda belirtilen suç veya suçları işlemek için silahlı bir örgüt kurduklarını bilmeleri ve istemeleridir.

Kanun, silahlı örgüte üye olmayı ayrıca cezalandırmaktadır. Kast, failin silahlı bir örgüte üye olduğunu bilmesi ve istemesidir. Bu konuda esaslı hata, fiili hata olur ve kastı kaldırır. Suçun taksirli biçimi yoktur.

Kanunun 220. maddesi, bilindiği üzere, suçun işlenmiş olması için, örgütün örgünleşmesinin belli bir yeterlilikte olmasını aramaktadır. 314/3. madde hükmü karşısında, acaba o koşul burada da geçerli midir sorusu akla gelmektedir. Madem kuruluşu bakımından örgütün silahlı örgüt olarak kurulmuş olması aranmaktadır, madem silahlı ha-

reket yukarıda sayılan suçların tümünün işlenmesinde elverişli hareket olmaktadır, öyleyse silahlanmanın artık yeterli düzeyde olmasına gerek bulunmamaktadır.<sup>8</sup>

Suç, mütemadi, kesintisiz suçtur. Kesintisiz suçlara teşebbüs olmaz.

Suçun cezası, örgütü kuranlar veya yönetenler bakımından farklıdır. Kuranlar veya yönetenler, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası, üye olanlar beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadırlar.

## 6. 2. Silah Sağlama

Kanun, 315/1. maddesi hükmünde, çeteye silah sağlamak fiilini, silahlı çete kurmak, silahlı çete yönetmek, silahlı çeteye üye olmak suçlarından ayrı bir suç olarak değerlendirmiştir.

Kanun, bir önceki maddeye göndermede bulunmakta; oradaki örgütlerin “faaliyetlerinde kullanılmak maksadı” ile onların “amaçlarını bilerek”, onlara, silah “üretmek”, silah “satın almak” veya “ülkeye sokmak” sureti ile “silah temin etmek”, “nakletmek” veya “Z” fiillerini yasaklamaktadır.

Görüldüğü üzere, suç, seçimlik hareketle bir suçtur. Hareketlerden birinin veya birkaçının birlikte yapılması temel cezayı belirlemede etkili olur, ancak ihlalin veya suçun sayısını etkilemez.

Kast, failin faaliyetlerinde kullanılmak maksadı ile amaçlarını bilerek, silahlı bir örgüte silah sattığını bilmesi ve istemesidir. Amacını bilmeden örgüte silah sağlamak, fiili hata olur. Bu halde, fail, bu suçtan sorumlu olmaz.

Suç, tek faille işlenen bir suçtur. Suça, birden çok kişinin iştiraki mümkündür.

Suçun cezası, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasıdır. 314/3. maddesi hükmünün “...diğer hükümler...” ibaresini kullandığı içindir ki, 221. madde hükmü, cezasızlık veya cezanın azaltılması hakkında da geçerlidir.

<sup>8</sup> Doktrinde elverişlilik ile yeterlilik çoğu kez karıştırılmıştır. Yukarıda sayılan suçların hepsi tek faili suçlardır. Bu suçlar bir tek failin eseri olabileceği gibi bu suçları işlemek için örgünleşen üçten çok kişinin de eseri olabilir. Gene, bu suçlar, hafif silahlarla, örneğin tabanca, vs. ağır savaş silahları ile de işlenebilir.

### 6. 3. Suç İçin Anlaşma

Kanun, 316. maddesinde, birlikte suç işlemenin özel bir şekline, bir tür iştirake yer vermiş bulunmaktadır. Madde hükmü, kanunun dördüncü kısmının, “*Millet ve Devlete Karşı Suçlar*”, dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan birini, iki veya daha fazla kişinin, işlemek için, sadece aralarında anlaşmaları fiilini suç saymaktadır. Bu düzenleme, hazırlık hareketleri cezalandırılmaz kuralının istisnasını oluşturmaktadır, çünkü Kanun, işlenmesi kararlaştırılan suçun en azından teşebbüs derecesinde işlenmiş olmasına bakmamakta, başlı başına salt kararlaştırma fiilini kararlaştırılan suça iştirakten bağımsız bir suç saymaktadır.

Suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaat, bir kamu tüzel kişisi olarak Devletin, kendi varlığını ve esenliğini korumaya ilişkin kamusal yararadır. Bu suçla, tehlike büyük olduğundan, henüz fiili kalkışma ortaya çıkmadan, mevcut bir “*fesadi*” daha başında ortadan kaldırma amaçlandığından; sadece bu hal için, kuralın istisnası olarak, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasında bir sakinca görülmemiştir.

Kanun, salt iştiraki, açıkçası iki veya daha çok kişinin, bir araya gelerek belli bir suçu işlemeyi kararlaştırmalarını cezalandırmaktadır. Bu suç, belirtilen bu niteliğinden ötürü, 220 ve 314. maddelerde öngörülen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan farklıdır, aralarında bir benzerlik yoktur. Gerçekten suç, çok faille işlenen bir suçtur, ancak suç işlemek için örgütlenmek suçu değildir. Suçun özelliği, fail çokluğudur.

Kanunun suç saydığı fiil, iki veya daha fazla kişinin, 316. madde hükmünde belirtilen suçlardan “*herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere*” anlaşmış olmalarıdır. Görüldüğü üzere, kanun, sadece iki veya daha fazla kişinin belli bir suç işlemelerini kararlaştırmalarını yeterli görmemekte, ayrıca iki veya daha fazla kişinin belli bir suçu “*elverişli vasıtalar*” ile işlemeyi kararlaştırmalarını istemektedir. Böyle olunca, kararlaştırılan vasıtalar, işlenmesi kararlaştırılan suçu nesnel olarak işlemeye elverişli olmadığına, ortada işlenemez suç bulunmaktadır.

Kanunda yer alan “*maddi olgularla belirlenen bir biçimde anlaşılırsa*” hükmü, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, suçun maddi un-

suruna değil, sadece suçun ispatına ilişkin bir hükümdür. Elbette, fiil ispatlanamıyorsa, ortada bir suç da yoktur.

Suç kastla işlenmektedir. Kast, elverişli vasıtalarla madde hükmünde öngörülen suçlardan birini bilerek ve isteyerek işleme iradesidir.

Suçun cezası, işlenmesi kararlaştırılan suçun ağırlık derecesine göre üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasıdır. Ancak, kanun, 316/2. maddesinde, faillerden biri, işlenmesi kararlaştırılan suç işlenmeden veya “*anlaşma dolayısıyla soruşturmaya başlanmadan önce bu ittifaktan çekilirse*” kendisine ceza verilmemesini öngörmüştür.

## 7. Bir Tür Örgütlü Suçluluk Olarak Terör ve Terörizm<sup>9</sup>

### 7. 1. Terör ve terörizm

Terör ve terörizm sözcükleri Fransızca kökenlidir. Dilde, terör “*ürkü, dehşet*”; terörizm “*yıldırma yöntemi, yıldırıcılık*” veya “*siyasi mücadelede kanundışı ve acımasız biçimde şiddet içeren vasıtalarla başvurma*” anlamına gelmektedir.

Ancak, hukukta terör ve terörizm dendiğinde, genel olarak, demokratik düzeni yıkmak amacına yönelik olarak, karakterleri icabı korkuya açık olan toplum bireylerinin özellikle iradelerinin direncini kırmaya, azaltmaya elverişli sayılan vasıtalarla gerçekleştirilen ve tüm değerlere ilgisiz, bağışlamasız, acımasız bir şiddet kullanımı anlaşılmaktadır.<sup>10</sup> Terörizmin özgün bir düşüncesi yoktur. Terörizm başka düşünceleri ödünç alan, açıkçası o düşüncelerin şemsiyesi altına giren ve bu suretle düşmanı olduğu halk ve halkın düzeni karşısında kendisini meşrulaştırmaya çalışan, dolayısıyla siyasal iktidarı ele geçirmeyi amaçlayan acımasız bir şiddet hareketidir. Kısacası, terörizm, kuzu postuna bürünmüş kurttur. Terörist, üstün değerleri korumak adı altında, o değerleri acımasızca tahrip eden bir şiddet makinesidir.

<sup>9</sup> Argentine, Una riflessione sui fenomeni della criminalità organizzata e del terrorismo, Studi in onore di Giuliano Vassalli, *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, 1945-1990, volume II, *Politica criminale e criminologia procedura penale*, Giuffré Editore, Milano 1991, s. 75 vd. Yazar, makalesinde, özellikle çıkar amaçlı örgütlü suçluluk olgusunu ve terörizmi, suç politikası ve kriminoloji açısından incelemeye çalışmıştır.

<sup>10</sup> Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Parte speciale-II, Milano 1982, s. 1012.

Böyle olunca, terörizmin, savaşla, “*sınıf kavgası*” kavramına dayanan Marksizm’le ve geçen yüzyılın başlarında sıkça savunulan Anarşizmle karıştırılmamalıdır. Büyük ustalar Tolstoy, Pirandello, vs. nin savunduğu Anarşizm terörizm değildir. Gerçekten, bugüne dek, Terörizmi savunan bir düşünüre rastlanmamıştır. Terörizm, Faşizm ve Nazizmle de karıştırılmamalıdır. Temelinde şiddeti, kaba kuvveti barındırmasına rağmen, gerek Nazizm, gerekse Faşizm terörizm değildir, çünkü bunlar, ister beğenilsin ve elbette ister beğenilmesin sonunda özgün bir düşünce sistemidirler.

Öte yandan, terör ve terörizm, dinlerle de bağdaşmamaktadır. Hiçbir din zorbalığın, şiddetin örgünleşmesi olmadığı gibi, insanlara sadece barışı ve sevmeyi emreden dinlerin ulaşılmasını istediği amaçlar arasında şiddet yoktur. İslam dininin yayılmasında başvuru olan Cihat, yani Kutsal savaş, ne terördür, ne terörizmdir. Bugün, özellikle semavi dinlere mensup inananların, düşmanlık yerine sevgiyi, savaş yerine barışı koyma çabaları ve geçmişte yapılmış olan düşmanlığı tahrik eden hataların inatla bağışlanmasını istemeleri dikkat çekicidir

Terör ve terörizm, hukuk düzenimizde, nitelikleri Anayasa’nın 2. maddesinde gösterilmiş olan, dolayısıyla içeriği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nce oluşturulmuş bulunan demokratik düzeni yıkmayı amaçlayan ve çoğu kez bir dinin, bir ideolojinin veya sömürüldüğü iddia edilen bir etnik grubun sahibi ve savunucusu olarak ortaya çıkan örgütlü şiddet hareketleridir. Bu demektir ki, terör ve terörizm, ülkemizde, demokratik toplum düzenini yıkmaya yönelik, örgün şiddet faaliyetleridir.

## 7. 2. Türk Hukuk Düzeninin Değişmez Temel Nitelikleri

Türk toplumu, toplumun siyasi ifadesi olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti, bu devletin hukuku, Anayasası’nın 1, 2 ve 3. Maddesinde açıklanan ve değiştirilmesinin teklif edilmesi bile mutlak surette yasaklanmış bulunan birbiriyle bağıntılı üç temel ilkeye dayanmaktadır. Bunlar, cumhuriyetçilik, demokratiklik ve millilik ilkeleridir.

Toplumsal, ekonomik, siyasi ve hukuki hiçbir faaliyet, hangi ad ve maksatla olursa olsun, Anayasa’nın 1, 2 ve 3. maddesi hükümlerine aykırı olamaz. Böyle olunca, Anayasa’nın kişiye tanıdığı temel hak ve hürriyetlerin kullanımının sınırı, Anayasa’nın 1, 2 ve 3. maddeleri hükmüdür. Bugün bir “*iç hukuk metni*” haline gelmiş olan, ayrıca “ana-



yasal hüküm" niteliği taşıyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 9 ve 10. vs. maddelerindeki ilkeler de bu düşünceyi doğrulamaktadır.

Gerçekten, açıkça insan haklarına gönderme yaptığından, Anayasa'nın 2. maddesinin kapsam ve sınırları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, bu sözleşmenin kişiye tanıdığı hakları ülkesinde sağlamayı yüklenmiş bulunmaktadır. Ancak, söz konusu sözleşme, kimseye, ne ad ve maksatla olursa olsun, "şiddet kullanmayı tahrik hakkı" veya "şiddeti örgütleme hakkı" bahsetmemiştir.

Anayasa'nın 1, 2 ve 3. maddeleri, 4. maddede değiştirilmesinin teklifi bile yasaklandığından, bir "kurucu iktidar" hukuki işlemidir. Bu kurucu iktidar, bir "Kurtuluş savaşı" sonunda "Misak-ı milli" tarihi-hukuki belgesine dayalı olarak, Anadolu toprakları üzerinde, egemenliğin millete izafe edildiği Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni kuran toplumsal iradedir. Bu demektir ki, Anayasa'nın söz konusu bu maddeleri hükmü, Türk halkının uyulması zorunlu "asgari müştereki" ve Türk hukuk düzeninin "temel normu" dur.

Kurulmuş hiçbir iktidar, hiçbir kişi, sınıf veya zümre, Anayasa'nın 1, 2 ve 3 maddeleri hükmünü kaldırmaya, değiştirmeye ve etkinliğini gidermeye kalkışamaz. Tersine, kurulmuş iktidarlar, değiştirilmediği sürece, Anayasa'nın 14. maddesinin emrine uyararak, takdirine göre Anayasa'nın 1, 2 ve 3. maddeleri yönünden nesnel bir tehlike oluşturan beşeri davranışları suç saymaya zorunludurlar. Kuşkusuz, bu zorunluluğa uymayan kurulmuş iktidarlar, görevini hiç yapmamış veya gereğince yapmamış olmaktadır.

Tabii, böyle olunca, Anayasa'nın 14. maddesi hükmü, bu Anayasaya göre bugün mevcut olan kurulmuş iktidarı da bağlamaktadır.

Öyleyse, terör ve terörizmle mücadele, bir kurum veya kuruluşun değil, demokratik toplumun tüm kurum ve kuruluşlarının birlikte ve elbirliğiyle yürütmek zorunda olduğu bir mücadeledir.

### **7.3. Anayasa'nın 1, 2 ve 3. Maddeleri Hükmü Temel Olarak Oluşmuş Bulunan Toplumsal Düzeni Yıkma Amacını Güden Dinci Terör**

Değişmez niteliği demokratiklik olan Türk toplumu, dolayısıyla bu toplumun siyasi ifadesi olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti, dinci

terörün yoğun etkisi altında bulunmaktadır. Dinci terörün hedefi laik Türkiye Cumhuriyeti Devletidir. “Dış etkilerin” etkileri büyük olmakla birlikte, Türkiye’de laikliğin doğru, anlaşılır bir biçimde tanımlanamamış, kapsam ve sınırlarının belirlenmemiş olması, ilkeye uzun süre sadece bir siyasi partinin sahiplenmiş bulunması, kurulmuş iktidarların Tevhid-i Tedrisat Kanunu’nu doğru algılayamamış olması, dolayısıyla “Din eğitimi”ni değil de “Dinî eğitim”i örgünleştirmiş bulunması, böylece ülkede taban tabana zıt ve çatışır konumda olan düşünce ve yaşama tarzlarının ortaya çıkmış olması, terör amaçlı dinci akımları beslemiş, onların örgütlenerek Anayasa’nın 2. maddesi hükmünün emri olan “demokratik toplum düzenini” yıkmaya kalkışmalarını sağlamıştır.

Dinci terörün görünüşte hedefi Atatürk düşüncesi ve Türk ordusudur. Ancak, bunların asıl hedefi, mevcut laik toplum/hukuk/Devlet düzenini ortadan kaldırarak, yerine teokratik toplum/hukuk/Devlet düzenini getirmektir. Dinci akımlar, yıkmaya çalıştıkları laik mantık-hukuk düşüncesinin standartlarını kullanan, kendilerine özgü düşünce kalıpları bulunmayan, tabiri caizse modernize edilmiş parazit gerici akımlardır.

İster “kralcı hukuk düzenlerinde”, ister “cumhuriyetçi hukuk düzenlerinde” ortaya çıkmış olsun, dinci akımların şiddetle karşı çıktığı laikliğin (Sekülerizm) bir tek anlamı, bir tek tanımı bulunmaktadır. Bu, felsefi anlamda, “evrenin ve evrende insanın aklî algılanması”; hukuki anlamda, “maddi bakımdan bir toplumun hukukunun kaynağının o toplumun iradesi, yani beşeri irade olması, şekli bakımdan hukukun kaynağının Kanun, Örf ve Adet, (kıyas) ve Hakimin Yarattığı Hukuk” olması; siyasi anlamda tabii cumhuriyetçi hukuk düzenlerinde “egemenliğin kaynağının millet olması” düşüncesidir (TMK m. 1, Any. m. 38, 765/TCK m. 1). Laikliğin bu tanımı, Ziya Gökalp’ın Türkçülüğün Esasları’nda, büyük usta Hirsch’in Hukuk Felsefesi’nde açıkça yer almış bulunmaktadır.

Laikliğin iddia edilenlerin tersine başka bir tanımı da yoktur.

Ülkemizde terör amaçlı dinci gruplar, bunların sempatizanları ve destekçileri, belirtilen bu düşüncenin zıddı olarak, bir toplumunu hukukunun maddi kaynağının “ilahi irade” olduğunu, şekli kaynağının Kur’an, Sünnet, Kıyas ve İcma-ı ümmet olduğunu ileri sürmektedirler. İşte “Dinini yaşamak”, “şeriat istemek”, vs., sloganları altında yatan; toplumun, hukukun ve devletin bu anlayışıdır. Devletin/toplumun/

hukukun bu anlayışına “Teokratik” veya şartlarına göre “Teosantrik” devlet/toplum/ hukuk düzeni denmektedir<sup>11</sup>.

Bu durumda, teokratik veya teosantrik toplum/hukuk/devlet düzenleri, laik toplum/hukuk/devlet düzenlerinin karşıtıdır. Açıkçası, bunların birinin olduğu yerde, öteki mümkün değildir. Zaten, tarihte, laik toplum/hukuk/devlet düzenleri teokratik toplum/hukuk/devlet düzenlerini yıkarak gelmiştir. Bunun kanıtı, tarihte “Aydınlanma” dönemidir.

Yukarıda belirtilen bu düşünce tarzları, birbiriyle çatışan iki ayrı eğitim, bilim ve sanat anlayışına, iki ayrı toplum anlayışına, iki ayrı kamusal yaşama biçimine vücut vermektedir. Gerçekten, kaynağı beşeri irade olan hukuk düzenlerinde, bilim “nakli” bir veri değil ama “akli” bir veridir, toplum “yaratılmamış”tır ama “yapılmış”tır, yani “insanın” eseridir. Bunun içindir ki, toplum “Akti” bir veridir. Artık devletin karşısında “kul” değil, “vatandaş” vardır. Böyle olunca, devletin insan unsuru “Ümmet” değil, “Millet” olmaktadır.

Öte yandan, laik toplumda, toplumsal yaşama biçimi, “dini-kamusal yaşama biçimi” değil, tersine “medeni-kamusal yaşama biçimi”dir. Bundan ötürüdür ki, kaynağı beşeri irade olan hukuk düzenlerinde, din medeni-kamusal hayatı belirlemez, dolayısıyla kişiler, başkalarına zarar vermemek kaydıyla, özel hayatlarında, “dinlerini yaşamak hakkına” sahip bulunmaktadırlar. Buna karşılık, kaynağı ilahi irade olan hukuk düzenlerinde, kişiler, dinlerini yaşamak hakkına sahip bulunmaktadırlar. Tersine, özel ve medeni-kamusal hayatlarında “dinlerini yaşamaya zorunlu bulunmaktadırlar”. Bu yüzden, kaynağı beşeri irade olan toplum/hukuk/devlet düzenlerinde “din ve vicdan hürriyetinden”, “temel haklardan”, “insan haklarından” söz edilebilirken, kaynağı ilahi irade olan toplum/hukuk/devlet düzenlerinde kişinin ilahi iradeye, yani bunun tezahürü olan devlete karşı ileri sürebileceği bir hakkı bulunmadığından, ancak “kul hakkından”, “dinde hoşgörüden” söz edilmektedir. Mecellede konulan standarda rağmen, kaynağı ilahi irade olan hukuk düzenini vurgulayan özellik, tamamını veya çekirdeğini ilahi iradenin koyduğu hukuk kurallarının mutlaklığı, evrenselliği ve

<sup>11</sup> Bunu vurgulayan özellik, o ülke yasama meclisinin yaptığı kanunların dinin emir ve yasaklarına aykırı olmadığından din bilginlerinden (Ulema) oluşmuş olan bir kurulca denetlenmesi, dinin emir ve yasaklarına aykırı düşen kanunların yürürlük kazanmamasıdır.

değişmezliktir. Oysa kaynağını beşeri iradenin oluşturduğu hukuk düzenlerini vurgulayan özellik, kurallarının kuralı koyan beşeri irade tarafından istendiğinde ve ihtiyaç duyulduğunda kaldırılabilirdiği ve değiştirilebilirdiğidir.

Tabii, bu iki zıt, karşıt düzen arasındaki karşılaştırmalar çoğaltılabilir. Ancak, ayrıntıya girmek konu dışı olduğundan bu kadar açıklama yeterli görülmüştür.

O halde, bu saptamalar doğruysa, ülkemizde dinci terörün tek bir hedefi vardır, o da, “*dinini yaşamak*”, “*dini ihya etmek*” veya “*şeriatı getirmek*” maksadı altında, kaynağı beşeri irade olan toplum düzenini yıkmaktır. Bugün, yegâne demokratik toplum düzenleri, kaynağı beşeri irade olan toplum düzenleridir. Demokratik toplum düzenlerinin olmazsa olmaz şartı, toplumu kuran iradenin, mutlak surette ve katıksız olarak beşeri irade olması esasıdır. Bu demektir ki, ülkemizde dinci terörün hedefi, doğrudan doğruya demokratik toplum düzenini yıkmaktır.

Anayasamız, 2. maddesinde, kapsam ve sınırlarını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin oluşturduğu “*demokratik toplum düzenine*” yer vermiştir. Anayasamız, 3. maddesinde, ikinci maddesiyle uyumlu olarak “*ulus devleti*” ilkesine yer vermiştir. O halde, dinci terörün hedefi, Anayasa'nın 2 ve 3. maddesinde yer alan mutlak hukuki değerlerin tahribidir.

Böyle olunca, kurulmuş iktidarlar, ister beğenelim isterse beğenmeyelim, mademki yürürlükte, hukuk devletinin (Any. m. 2) icabından olarak, Anayasa'nın 14. maddesi karşısında, hiçbir aymazlığa veya herhangi bir özre yer vermeden, her çeşit dinci terör faaliyetini kırıci, ortadan kaldırıci tedbirleri almaya zorunludur. Kaldırılmadığı sürece, Anayasa'nın 14. maddesinin koyduğu yapılması zorunlu bu görevi yerine getirmeyen kurulmuş iktidarların ve hükümetlerinin siyasi sorumlulukları bulunmaktadır. Onun da ötesinde, her Türk vatandaşına, “*yakın ve muhakkak*” olmak kaydıyla, Anayasa'nın 1, 2 ve 3. maddelerinin ihlali tehlikesi bulunması hallerinde, tehlikeyi gidermek konusunda uyarma görevini yerine getirmek, hatta başarısız olunması halinde, direnmek hakkına sahip bulunmaktadır.

#### 7. 4. Terör ve Terörizm Toplumunu ve Toplumun İradesiyle Oluşmuş Bulunan Hukuk Düzenini Temelinden Tehdit Eden Yakın ve Muhakkak Bir Tehlikedir<sup>12</sup>

Anayasa'nın 1, 2 ve 3. maddesi hükümleri, Avrupa'nın "ulus devletlerinin" bir birlik oluşturma çabalarına, dünyayı saran "globalleşme" akımlarına, bazı postmodernistlerin "ulus devletini" inkar eden düşüncelerine rağmen, halen uygar toplumların toplumsal bir yaşam standardıdır. Terör uygar toplumun düşmanıdır. Demokratik düzen veya demokrasi uygar toplumun bir niteliğiye, terör demokratik toplum düzenlerinin düşmanıdır. Bugüne dek bu düşüncenin aksini savunan da çıkmamıştır.

Terör ve terörizm, siyasi bir mücadele vasıtası olarak, 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra ortaya çıkmış ve uygar toplumların mutlaka giderilmesi gereken bir hastalığı olmuştur. Teröre yenik düşen toplumlar, uygar niteliklerini yitirmeye ve geri kalmaya mahkûmdurlar. O nedenle, modern demokratik toplumların başta gelen görevleri, terörle, hukukun içinde kalarak, teröristlerin mücadele yöntemleriyle mücadele etmektir.

Terörizm örgütlü suçluluktur. "Çakal" ismiyle maruf Güney Amerikalı Carlos, bireysel terörizmden söz etmekle birlikte, terörizm daima örgütlü suçluluk olmuştur. Bu niteliğinden ötürü komşu düşman devletler, çoğu kez terörizmi hasmına karşı bir silah olarak kullanmış, dolayısıyla terörizmi mali, siyasi, askeri, vs., yönden beslemiştir. O nedenle, bugün, uygar dünyada "terörist devletlerden" söz edilmektedir.

Terör, genel olarak H. Marcus'un düşüncelerinin etkisiyle ilk kez öğrenci hareketleri olarak ABD'nde ortaya çıkmış, Avrupa'ya ve oradan da tüm uygar dünyaya yayılmıştır. Terör ve terörizm, ülkemizde, "burjuva devletini silahlı mücadeleyle yıkarak sosyalist devleti kurma" amacı güden "68 Kuşağı" denen gençlik kesimiyle başlamıştır. Faşizan yöntemler, Soğuk savaşın etkileri, geri kalmış toplumun özürleri, vs., Sosyalist Devlet özlemlerini artırmış, teröristi kahraman kılmıştır. Sosyalist devleti kurmak için yola çıkan teröristler, "Burjuva Devletini" değil, sonunda tabiri caizse "kazı koza karıştırarak" devleti yıkmaya

<sup>12</sup> Hafizoğulları, *Terör ve Hukuk, Türkiye'de Terörizm, Dünü, Bugünü, Gelişimi ve Alınması Gereken Tedbirler, Bildiriler*, Ankara 10-11 Mayıs 2000, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, XVI. Dizi- Sayı 95, Türk Tarih Kurumu Basımevi - Ankara 2003, s. 41 vd.

kalkışmışlardır. Faşizan uygulamaların devleti zayıf düşürmesi, terörle mücadelede zaafa uğraması, kendilerine devletin bekçiliği görevini veren, “komünizm düşmanı”, “Milliyetçi- Mukaddesatçı” denen terörist kitlelerin oluşmasını ve örgünleşmesini sağlamıştır. Bugün, hala, “yumurta mı tavuktan tavuk mu yumurtadan çıkmıştır” sözünde olduğu gibi, birilerini itham etmek çabası dışında kimsenin işine yaramayan “sol terör mü sağ terörü doğurmuştur, yoksa sağ terör mü sol terörü doğurmuştur” kısır tartışması yapılmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, terör ve terörizmin bir “fikriyat”ı yoktur, açıkçası o bir “fikir paraziti”dir. Bundan ötürü, terörün ve terörizmin, sağcısı, solcusu olmaz, terör terördür, “şiddetin” örgütlenmesidir, kör bir şiddet hareketidir. Böyle olunca, adına ister sol terör, isterse milliyetçi terör densin, toplumun/ devletin terör karşısında bir tercihi bulunamaz. Gerçekten, ismi ne olursa olsun, devletin suçta tercihi olamaz. Tersini düşünmek, kuşkusuz devlet fikri ile çelişir.

Ülkemizde “düzeni değiştirmek” fikrinin değerini yitirmeye başladığı 1980’li yıllarda “solculuk etiketi” altında gizlenmeyi başaran “ırkçı terör ve terörizm” ortaya çıkmıştır. Kürtlüğün öne çıkarılması görüntüsü altında “Kürtçülük” yapılmaya başlanmıştır. Kürtçülük hareketi, dışardan da destek alarak, silahlı bir çeteye dönüşmüştür. Bu silahlı çete, sosyalizm düşüncesi şemsiyesi altında Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin ülkesi üzerinde bir “Kürt Devleti” kurmayı amaçlamaktadır. Hala, sosyalizm düşüncesini ilke edindiğini söyleyen silahlı çete, “ırkçı” olduğu, öte yandan inkâr ettiği burjuva doktrininin milliyetçilik düşüncesini benimsediği için herhalde “sosyalist bir hareket” olarak nitelendirilemez. O nedenledir ki Kürtçülük, çapı ne olursa olsun, klasik tezahürlerinde olduğu biçimde bir “milliyetçilik hareketi” değildir, tersine tüm öğeleriyle oluşmuş tam, tipik bir terör hareketidir. Kısacası Kürtçülük, komşu düşmanlıkları, akarsu ve petrol pazarlığı üzerine kurulmuş, karargâhı ülke dışında, ülke topraklarında faaliyet gösteren acımasız bir “ırkçı terör” örgütüdür.

Ülkemiz, 1980’li yıllardan sonra ayrıca dinci terörün pençesine düşmüştür. Terörün fikri yapısı özellikle “İran İslam Devrimi” örnek alınarak kurulmuştur. Gerçekten, İngiltere’de okuyan Pakistanlı bazı kişiler, Marksçılığın diyalektik düşüncesini “İslamcılık düşüncesine” uyarlamış, İran’ı örnek alarak, komünizmin ve arkasından kapitalizmin yıkılacağını, sonunda yerine “Hak düzeni” olan İslam’ın gelece-

ğini, bunun da şiddet vasıta kılınarak (cihat) gerçekleşeceğini iddia etmişlerdir. Bu düşüncenin yaygınlaşması ve giderek örgünleşmesi sonunda, günün gidişatına da uyararak, “milliyetçi-mukaddesatçı” birliği çözülmüş, “mukaddesatçılar” serbest kalarak “Milli Devleti”, “Laik Devlet Düzenini” yıkmak amacı doğrultusunda şiddetle örgütlenmeye başlamışlardır. 765 s. TCK’nın özürlü 141, 142. maddeleri yürürlükten kaldırılırken, okur-yazarlığı kıt bazı çapsız çığırtkanlara uyularak, 163. maddesinin de, düzeltilmek yerine, büyük bir aymazlığa düşölerek kaldırılmış olması dinci terörün ivmesini artırmış, toplumsal-siyasal tabii bir taban üzerinde hızla örgünleşmiştir. Gerçekten, özünde bir “meslek okulu” olan İmam Hatip Okullarının “Liseye” dönüştürölmesi; bu okullarda “din eğitimi” yerine, Tevhid-i Tedrisat Kanunu’na aykırı olarak, çoğu kez fiili bir biçimde “dinî eğitim” yapılması; denetimsiz Kuran kurslarının açılması, çapsız entellektüel grupların “laiklik elden gidiyor” yaygarasıyla okullarda din eğitimi yapılmasına karşı çıkması yüzünden halkın “inançta çoğulculuk” esasına uygun olarak “din eğitimi alma” temel hakkının kullanımının kösteklenmesi, dinci terörün yerleşip kökleşmesine katkıda bulunmuştur.

Bugün, ölkemizin, ırkçı ve dinci terörün yoğun etkisi altında olduğu inkârı mümkün olmayan bir gerçektir. Gerek ırkçı terör, gerek dinci terör, belirtilen nedenlerden ötürü bu toplumun vazgeçilmez demokratik yaşam tarzının, uygarlığının acımasız düşmanıdır. Tehlike, büyüklüğü yanında, “yakın ve muhakkaktır”. Bu durum, yakın ve muhakkak tehlikeye karşı, ivedi “tedbir” almayı meşru ve zorunlu kılmaktadır. Zaten Anayasa’nın 14. maddesi bunu emretmektedir. Böyle olunca, Anayasa’nın emrine uyararak, ırkçı ve dinci terörün çökertilebilmesi, ancak demokratik hukuk devleti (Any. m. 2) ilkeleriyle bağdaşan, modern bir “Terör ve Terörizmle Mücadele Hukukî Cihazının” oluşturulmasıyla mümkün olabilir.

### 7. 5. Terörle Mücadele Hukukî Cihazı Oluşturma Çabaları

Dinci ve ırkçı terörle mücadele, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun imkânlarını zorlamış ve bu durum, söz konusu mücadeleye uygun bir terörle mücadele hukukî cihazının oluşturulmasını zorunlu kılmıştır. Ancak bu konuda hem geç kalınmış, hem de başarılı olunamamıştır.

Ölkede terörist faaliyetler çok önce başlamış olmasına rağmen, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ancak 1991 yılında çıkarılabildiği;

son zamanlara kadar kanun birçok kez değiştirilmiş olmasına rağmen, etkin bir terörle mücadele cihazının oluşturulması becerilememiştir. Gerçekten, 765 sayılı kanunun topluma yük olan 141, 142, ve 163. maddeleri yürürlükten kaldırılmış, ortaya çıkan boşluğun giderilmesi zımında, Terörle Mücadele Kanunu çıkarılmıştır.

Ancak, kanunda, terör ve terörizm algılanamamış, en başta devlet aleyhine suçlar “Terör Suçu” sayılmış, “benzer fiile benzer işlem ilkesi” ihmal edilerek terör örgütlerine ve bunların yan kuruluşlarına eşit hukuki muamele yapılmamış; özellikle dinci terör düzenleme dışı bırakılmış; bu tür terörizmin örgünleşmesine, herhalde farkında olunmadan, fırsat verilmiş; ifade hürriyetine sınır getirilirken “ifadede şiddet” ögesi anlaşılammış; ırkçı terörün propagandası yasaklanırken, düşüncenin kendisi de yasaklanmış; böylece, bir yandan dinci terör tehdidine karşı demokratik toplum düzeni savunmasız bırakılırken, öte yandan demokratik bir hukuk düzeninde kabulü mümkün olmayan bir durum ortaya çıkarılmıştır.

Gerçekten, Terörle Mücadele Kanunu’nun düşünceyi, yani düşüncenin kendisini yasakladığının kanıtı, bizzat kanunun genel gerekçesidir. Kanunun gerekçesine ve 8. maddesi hükmüne bakıldığında, ifade hürriyetinin sınırını oluşturan “ifadede şiddet” unsurunun suçun unsuru olarak hükümde yer almadığı gözlenmektedir. Halbuki AİHS’nin 9 ve 10. maddelerinin cevaz verdiği ölçüler içerisinde bir yasaklama söz konusu olduğunda, ifade hürriyetinin sınırını oluşturan “ifadede şiddet” unsurunun suçun unsuru olarak suçu tanımlayan hükümde yer alması zorunludur.

Öte yandan, suçluların geri verilmesi kurumu ile ilgili olarak “siyasi suç” kategorisine benzetilmeye çalışılsa bile, adam öldürme, hürriyeti tehdit, hırsızlık, dolandırıcılık vs. gibi kendilerine özgü suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuku konusu olan “terör suçu” adında bir suç kategorisi de henüz icat edilmiş değildir. Bugün terör suçlarından değil, genel olarak terör saiki ile işlenen suçlardan söz edilmektedir. Kanundaki bu yanlış düzeltilmeli ve terör saiki ile işlenen suçlar doğru belirlenmelidir. Gerçekten, terör saiki ile işlenen suçlar düzenlenirken, bir gün bu suçlarda “suçlunun iadesinin” mümkün olabileceği düşünülerek, mümkün olduğu kadar “Devlet aleyhine suçlar” kategorisinden uzak durulmalıdır.



Terörle Mücadele Kanunu, terörün örgünleşmesini önlemeyi becerememiştir: Kanun, terör örgütünü yasaklarken, solcu, ırkçı, milliyetçi terör örgütlenmesini yasaklamış, fakat dinci terör örgütlenmesini yasaklamamıştır. Kanun, söz konusu yasaklama ile bir fiili değil, bir düşünceyi yasaklamıştır.

Toplumsal savunmayı sağlamaya elverişli, etkin bir terörle mücadele cihazı oluşturma bağlamında, öteki kanunlara gelince, Örneğin, Siyasi Partiler Kanunu'nda değişiklik yapılmalı, örgütlenme temel hakkını zedelenmeden, ırkçı ve dinci terörün "*siyasi örgütlenmesine*" izin verilmemelidir. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu gözden geçirilerek "*toplantı ve gösteride bulunma hakkı*" ortadan kaldırılmadan özellikle ırkçı ve dinci terörist gösteriler engellenmelidir. Din ve Vicdan Hürriyetini Korumaya Dair Kanun gözden geçirilerek dinci terörün kutsal dini ve inananları sömürmesi önlenmelidir. Tabii bu yapılırken, Devlet, vatandaşa, tabiri caizse "*imamlık*" yapmaya kalkışmamalıdır. Vatandaşın dinini öğrenmede Devletin imamlığına ihtiyacı yoktur. Türk Hukuk Düzeninde idarenin bir parçası olan Diyanet İşleri Başkanlığı ve Müftülükler, devletin vatandaşa imamlık yapması için değil, idare hukuku kuralları içerisinde Devletin vatandaşa "*din hizmeti*" götürmesi için kurulmuştur. Ne zaman ki, ülkemizde, Devlet vatandaşa imamlık yapmaya kalkışmış, o zaman dinci terör faaliyetlerinin arttığı gözlenmiştir. Tevhid-i Tedrisat Kanununa uygun olarak, Devlet, "*dinî eğitim*" yaptırmamalı, halkın ihtiyacını göz önüne alarak, okullarda ehil ve yeterli kişilerle "*din eğitimi*" yaptırmalıdır. Ceza Kanunu'nda düzenlemeler yapılarak "*din hürriyetinin*" etkinliği artırılmalı, ancak mevcut kurallar etkin kılınarak, imamlar ve vaizler, papazlar, hahamlar görevlerini yaparken inananlara teokratik toplum/hukuk/devlet düzeninin propagandasını yapmaları önlenmelidir. Dernek ve vakıf mevzuatı gözden geçirilmeli, ırkçı ve dinci terörün "*hileli yollarla*", yani "*muvazaalı*" olarak örgütlenmesi önlenmelidir. Radyo- televizyon mevzuatı gözden geçirilmeli, ülkede mevcut bulunan kültürel ve inancaşal zenginliklerin kendilerini ifade etmelerine zarar vermeden, ırkçı, dinci ve diğer terör örgütlerinin, muvazaalı olarak bu araçları ele geçirmeleri ve bunlarla örgütlerinin yayınlarını yapılmasını önlenmelidir.

### 7. 6. Din, Vicdan, Düşünce ve İfade Hürriyetini ve Bu Hürriyetlerin Tezahürlerini Düzenlemede Kabul Edilebilir Sınırlar

Hürriyetlerin sınırı sorunu, Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen demokratik düzenin kapsam ve sınırlarını oluşturan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde çözümlenmiş bulunmaktadır. Devlet, 2. maddesinde, kendisini bu sözleşmeye uymaya yükümlü kılmıştır. Böyle olunca, devlet, din, vicdan, düşünce ve ifade hürriyetini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun bir biçimde düzenlemek zorundadır.

Düzenlemenin haklı olması, ancak, düzenlenmesi istenen beşeri davranışın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde korunan değerlere, yani Anayasa'nın 1, 2 ve 3. maddelerinin koruduğu değerlere "*yakın ve muhakkak bir tehlike*" oluşturması halinde mümkündür. Böyle olunca, beşeri bir davranış söz konusu değerlere yakın ve muhakkak bir tehlike oluşturmuyorsa, sözleşme kısıtlamaya cevaz veriyor diyerek, beşeri davranışın yasaklanması yoluna gidilmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Ancak beşeri davranışın Anayasa'nın 1, 2 ve 3. maddelerinin, dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin koruduğu değerlere yakın ve muhakkak bir tehlike oluşturması halinde bile, demokratik bir hukuk düzeninde, kanun koyucu, bu davranışı suç saymakta serbest değildir. Demokratik bir hukuk düzeninde sadece amaç gayri meşru–vasıta gayri meşru ve amaç meşru–vasıta gayri meşru ifadesini doğrulayan beşeri davranışlar suç sayılabilir. Bunlar dışındakiler kişilerin hürriyet alanıdır. Ancak, amaç ne olursa olsun, "*ifadede şiddete yer verilmesi*" halinde vasıta gayri meşru olmaktadır. Tabii, vasıtada gayri meşruluğu doğrulayan böyle bir davranışı hukuk korumaz.

Anayasamız, 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin demokratik bir devlet olduğunu kabul etmiştir. Böyle bir devlette, bir ifade (resim, söz, yazı, vs.), şiddeti içeriyorsa, ancak o zaman yasağın konusu olabilir. Aksine davranış bizzat "*düşünceyi*" yasaklamaktır. Hukuk düzenimiz eğer demokratik bir hukuk düzeniyse, böyle bir hukuk düzeni "*düşünceyi*" yasaklayamaz. Bu açıdan bakıldığında, Örneğin, Terörle Mücadele Kanunu'nun kaldırılan 8. maddesi hükmü, düzenlediği suçun unsurları arasında "*ifadede şiddet unsuruna*" yer vermediğinden, bizzat düşüncenin kendisini yasaklamaktadır. Kuşkusuz, bu tür örnekler çoğaltılabilir. Hatta din ve vicdan hürriyetinin teza-

hürleri söz konusu olduğunda, Anayasa'nın 24. maddesine rağmen, bizzat "din düşüncesinin" ve "dinî inancın" kendisinin yasaklandığı gözlenmektedir.

Böyle olunca, demokratik bir hukuk düzeninde, kabul edilebilir bir terörle mücadele cihazı oluşturulurken, AİHS'nin 9 ve 10. maddesi hükmüne uygun olarak, düşünce, din ve vicdan hürriyetini korumanın, ifade hürriyetini teminat altına almanın tek yolu, suç sayılan beşeri fiilin tanımında "ifadede şiddet unsuruna" yer vermektir. Açıkçası, demokratik bir hukuk düzeninde, din, dini inanç ve düşüncenin ifadesi ve tezahürleri, amacı ne olursa olsun, ancak "vasıtanın gayri meşru olması" esasını doğruladığında suç sayılabilir. Oysa hukuk düzenimizde, Manzini'nin düşüncesine uygun olarak, "amacın gayri meşru olması" esasını sağlayan beşeri davranışlar da suç sayılmıştır. Kuşkusuz, böyle bir düzenleme, bizzat düşüncenin, dinin ve dini inancın kendisini suç saydığından, demokratik toplum/hukuk/devlet düzenleriyle bağdaşmamaktadır. Bu durum, ülkede, terör, terörizm, terör örgütleri ile mücadelenin belli başlı zaaflarından birini olmuştur.

## 8. 765 /TCK'nın ve 1412 /CMUK'nın Yürürlükte Bulunduğu Dönemde Terör, Terörizme ve Terör Örgütlerine Karşı Etkin Bir Toplumsal Savunma Cihazı Oluşturma Çabaları

### 8. 1. Terör ve Terörizmle Mücadele

Bugün uygar toplumların en yaşamsal sorunu terör ve terörizmdir.

Gerçekten, terör ve terörizm demokratik toplum/hukuk/devlet düzeninin baş düşmanıdır.

Ülkeler, terörle mücadelede, ya ceza kanunlarına sistemini bozmadan yeni hükümler ekleyerek, ya da özel ceza kanunları çıkararak başa çıkmak istemektedirler. Uzun yıllardır, Ülkemiz, uzun yıllardır, terörün yoğun etkisi altındadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalayan bir ulus olmasına rağmen, toplumsal yaşamı etkisi altına alan bozuk düzen, ihtilaller, kamu idarelerinin faşizan uygulamaları, ülkede terör ve terörizmi azdırmıştır.

Toplum, uzun yıllardan bu yana, 1924 Anayasası'nda ve sonraki anayasalarda hep özlemini duyduğu demokrasiyi savunmak, terör ve terörizmi etkisiz kılmak çabası içinde olmuştur. Bugün, toplumun birinci önceliği, kardeşi kardeşe kırdırmanın ötesinde başka bir özelliği olmayan, insanlığın elde ettiği en yüksek beşerî değer olan insan haklarının arkasına sığınarak, emperyalizmden, komşu düşmanlıklarından, Ortadoğu bataklığından beslenen ırkçı, dinci ve ideolojik terörle mücadele etmektir.<sup>13</sup>

Bu maksatla, 1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu çıkarılmıştır. Kanun birçok kez değiştirilmiştir. Ancak, bugüne dek, teröre karşı etkin bir toplumsal savunma cihazı oluşturmada yeterince başarılı olunamamıştır.<sup>14</sup>

## 8.2. TMK'da Terör, Terörist, Terör Suçları ve Terör Örgütü

Kanun, terörü tanımlayarak, teröristi, terör suçlarını ve terör örgütünü tanımlamıştır. Terör örgütünü kurma, örgütün faaliyetini düzenleme veya örgütü yönetme ve örgüte katılmayı suç saymıştır.

Kanun 1. maddede terörü ve terör örgütünü tanımlamıştır.

Terör, cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerine başvurarak, kısaca toplumun demokratik, laik, sosyal hukuk Devleti düzenini bozmak amacı ile bir örgüte mensup olan kişi ve kişiler tarafından girişilecek suç teşkil eden her türlü eylemlerdir.<sup>15</sup>

Terör örgütü, birçok kişinin, "terör suçu" işlemek amacıyla birleşmesidir. Gerçekten Kanun, 1/2. maddesi hükmünde, "iki veya daha fazla kimsenin birinci fıkrada yazılı terör suçunu işlemek amacıyla birleşmesi halinde bu kanunda yazılı olan örgüt meydana gelmiş sayılır" demektedir.

Kanun, görüldüğü üzere, TCK'nın 220. maddesi hükmünden farklı olarak, iki kişinin bir araya gelmesini yeterli görmeye, ay-

<sup>13</sup> Hafizoğulları, *Terör ve Hukuk*, s. 47.

<sup>14</sup> Hafizoğulları, *Laiklik, İnanç, Düşünce, ve İfade Hürriyeti*, Ankara 1997, s.176. vd.

<sup>15</sup> Kanun, 1. maddeyi, anlaşılır bir biçimde ifade etmiş değildir. Gerçekten, birçok şey madde içine sıkıştırılmış; terör, demokratik toplum/hukuk/devlet düzenini yıkmaya yönelik faaliyetler olmaktan çok, Devleti yıkmaya, genel sağlığı, kamu düzenini, vs, bozmaya yönelik faaliyetler olarak algılanmış, dolayısıyla önüne gelen her şeyi terör faaliyeti içine sokmaya gayret etmiştir. Bizce bu, terörle mücadelenin zaafı olmuştur.

rica örgütün işlemeyi amaçladığı suçları işlemeye yeterli örgünlükte olmasını da aramamıştır. Hukuk düzenindeki konumu bakımından, TMK özel ceza kanunudur. Özel kanunun olduğu yerde genel kanun uygulanmaz. Ancak, TCK 5. maddesi hükmünde, kanunun genel hükümlerinin özel ceza kanunları hakkında da uygulanmasını amirdir. Bu demektir ki, genel hükümler dışında, özel ceza kanunları kendi kurallarına tabidirler. Böyle olunca, Ceza Kanunu'ndan farklı olarak, iki kişinin, örgün bir biçimde, bir araya gelmesi ile birlikte, terör örgütü oluşmuş olmaktadır. TCK'nın 6/j maddesi hükmü, TMK hakkında da geçerlidir.

Ayrıca, Kanun, örgüt teriminin *“Türk Ceza Kanunu ile ceza hükümleri içeren özel kanunlarda geçen teşekkül, cemiyet, silahlı cemiyet, çete veya silahlı çeteyi de kapsadığını”* ifade etmiştir. Kanunun, aslında göndermede bulunduğu kanun, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'dur. 5252 sayılı TCK Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 3. maddesi hükmü karşısında, kanunun *“Türk Ceza Kanunu”* şeklindeki göndermesi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu anlamındadır.

### 8. 3. Terör Suçlususu Yahut Terörist

Kanun, 2. maddesi hükmünde, terör örgütü kurmak, yönetmek ve örgüte katılmak suçunun failini tanımlamıştır. Kanun, faile, *“terör suçlususu”* demektedir. Böylece, kanun, bu maddede teröristi tanımlamış olmaktadır. Bu demektir ki, teröristlik, failin bir niteliğidir. Bu nitelik, terör suçlususu faili, muhatabı olduğu cezai muamele bakımından, diğer faillerden farklı kılmaktadır.

Kanunun 1. maddesinde belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş olan örgütlerin mensubu olan ve bu amaçlar doğrultusunda diğerleriyle beraber veya tek başına suç işleyen veya örgütün faaliyetinden olan suçu veya suçları işlemese bile örgütün salt mensubu olan kişi suçun failidir, yani kanunun ifadesi ile terör suçlusudur. Ancak, kanunun bu hükmüne bakarak, terör örgütü kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçunun bir *“mahsus suç”*, faillerinin de *“mahsus suç faili”* olması sonucunu doğurmaz. O nedenle, herkes, bu suçların faili olabilir. Failin şahsında, isnat yeteneğini azaltan veya kaldıran nedenlerinin olması, suçun teşekkülünü etkilemez, failin cezadan sorumluluğunu etkiler.

Kanun, ayrıca, terör örgütüne mensup olmasa bile, örgüt adına suç işleyen kişileri de terör suçlusunu sayılmaktadır.

Bu durumda, terör suçlusunu olmak, suçun teşekkülünde değil, suçun takibi usulünde ve cezanın infazında suçlu kişinin tabi olacağı usul ve esaslarla ilgili olmaktadır. Gerçekten, Kanun, yeni bir suç ve suçlu tipi yaratarak genelden ayrılmış, terör suçunun ve terör suçlusunun kovuşturulması, soruşturulmasını ve cezalarının infazını genelden farklı farklı usul ve esaslara bağlamıştır (Bkz., m. 9 vd., 10 vd.).

#### 8. 4. Terör Suçları ve Terör Amacı ile İşlenen Suçlar

Suçun işleyeninin yanına kalmamasının istenmesi, suçlusunun geri verilmesi, ancak siyasi suçlusunun geri verilmemesi ilkeleri ortaya çıkarılmıştır. Bugün terör saiki ile işlenen suçların siyasi suç olup olmadığı tartışma konusudur. Genel eğilim, demokratik düzenine karşı olduklarından, terör ve terörizm amacı ile işlenen suçların, siyasi suç sayılmaması doğrudur.

Böyle olunca, kanunun 3/1. maddesi hükmünde, evrensel olarak siyasi suç sayılan devlet aleyhine işlenen suçların, "Terör suçları" sayılması, terör saiki ile suç işleyen kişilerin geri verilmesini imkânsız kılmaktadır. Bu nedenle, biz, öldürme, yaralama, hırsızlık, vs. suçları gibi "terör suçları" adı altında bir suç kategorisinin mümkün olmadığı, muhtemelen siyasi suçlara benzetilerek yaratılmış olan bu tür bir suç kategorisinin temelinde yanlış olduğu kanaatindeyiz. Ancak, kanunun açık düzenlemesi karşısında, söylenecek bir söz bulunmamaktadır.

TMK, 765 sayılı kanunun 125, 131, 146, 147, 149, 156, 168, 171 ve 172. maddelerinde öngörülen suçların 5237 sayılı kanununda karşılığı olan suçların (5252 sayılı kanun, m. 3) kendiliklerinden, yani nitelikleri bakımından "terör suçları" olduğunu kabul etmiştir. Kuşkusuz, 5237 sayılı kanunda karşılığı olmayan suçlar zımnen ilga edilmiş olmaktadır.

Böyle olunca, devletin düzenine karşı olan bu suçları işlemek üzere 7. maddede öngörülen terör örgütlerini kurma, yönetme veya örgüte katılma suçlarında, artık faillerin fiillerinin kanunun 1. maddesinde öngörülen amaçlarla örtüşüp örtüşmediği araştırılmayacak, söz konusu amaçların zaten işlenmesi amaçlanan suçların bünyesinde mevcut olduğu kabul edilecektir.

Kanun, 4. maddesinde, ayrıca ikinci bir kategori suçlara yer vermiştir. Bunlar, “Terör amacı ile işlenen suçlar” kategorisidir. Kanun, bu maddede sayılan devlet aleyhine işlenen bir kısım suçlarla, bu nitelikte olmayan diğer bir kısım suçları Terörle Mücadele Kanunu’nun uygulanmasında “terör suçu” saymaktadır.<sup>16</sup> Bu demektir ki, bu maddede sayılan suçlar, ancak kanunun 1. maddesinde gösterilen değerleri ihlal etmek amacına matuf olarak işlenmeleri amaçlandığında 7. maddede öngörülen terör örgütü kurmak, yönetmek veya üye olmak suçları mümkün olabilmektedir. Öyleyse, yukarıdaki suçlardan farklı olarak, bu suçları işlemek için terör örgütü kurma suçunda, söz konusu suçların terör amacı ile işlenmek istendiğinin saptanması zorunludur. Bu yapılmadığı takdirde, TCK’nın 220. maddesinde öngörülen suçla, TMK’nın 7. maddesinde öngörülen suç birbirine karıştırılmış olur. Elbette, bu da, TCK’nın 2, 61/10. maddelerinin ihlalini oluşturur.

### 8.5. Terör örgütleri

Kanunun 7. maddesinde, her ne nam altında olursa olsun, bu kanunun 1. maddesi kapsamına giren örgütleri kurmak, bunların faaliyetlerini düzenlemek veya yönetmek ve örgüte girmek suç sayılmıştır.

Söz konusu madde hükmü, ifadesi çok failliliği çağrıştırmamakla birlikte, esasında örgütlü suçluluğu düzenlemiştir. Ancak, kanun, maddede kapsamına giren örgütlü suçları, TCK’nın 168, 169, 171, 313, 314 ve 315. maddelerinde düzenlenmiş olan örgütlü suçlardan ayrık tutmuştur. Kanunun bu hükmü, TMK’nın 7. maddesi hükmünün, ayrık tuttuğu hükümler karşısında, özel ceza kanunu olduğuna işaret etmektedir.

Ancak, 5252 sayılı kanunun 3. maddesi hükmü karşısında, TMK’nın göndermede bulunduğu 765 sayılı kanunun bu maddelerinin karşılığı olan maddelerin 5237 sayılı kanunda aranması gerekmektedir. Elbette, karşılığı olmayan maddeler zımnen ilga edilmiş olmaktadır.

Kanun, “her ne nam altında olursa olsun” diyerek, sadece suç işlemek için açıkça örgütlenmeleri değil, aynı zamanda meşru örgütlenme görüntüsü altında suç işlemek için örgütlenmeleri de cezalandırmak istemektedir.

<sup>16</sup> Kuşkusuz, 5252 sayılı kanun, 3. maddesi hükmü TMK’nın 4. maddesinde sayılan suçlar hakkında da geçerlidir.

Kanunun suç olarak öngördüğü fiil, birinci maddesi hükmünün kapsamına giren örgütleri kurmak, bunların faaliyetlerini düzenlemek veya yönetmek ve örgüte üye olmak fiilidir.

Fiil hukuka aykırı olmalıdır. Zorunluluk hali, özellikle örgüte girmedi, fiili suç olmaktan çıkarır. Örgüte girme fiilinin cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit altında işlenmesi halinde fail cezalandırılmaz. Bu hallerde, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit kullanan kişi, suçun faili sayılır (TCK m. 28).

Kast, failerin, bir terör örgütü kurduklarını, bir terör örgütünün faaliyetini düzenlediklerini veya yönettiklerini, bir terör örgütüne girdiklerini bilmeleri ve istemeleridir. Özellikle örgütü kuranların ve yönetenlerin örgüt üyelerinin bu sıfatla işledikleri suçlardan ayrıca sorumlu olmalarından farklı olarak, burada, kast, doğrudan kasttır.

Fiili hata, kastı kaldırır.

## 8. 6. İşlenen Suçlardan Sorumluluk

Failler, yukarıda belirtildiği üzere, hem örgüt kurmak, örgüt yönetmek veya örgüt üyesi olmak suçlarından, hem de kendilerinin örgüt adına işledikleri diğer suçlardan sorumludurlar. Faillerin, sorumluluklarının esas, doğrudan kasttır.

Ancak, failer, bilerek ve isteyerek terör örgütü kurduklarından, bilerek ve isteyerek bunların faaliyetlerini düzenlediklerinden veya yönettiklerinden, bilerek ve isteyerek terör örgütüne girdiklerinden, her fail, diğer failerin örgüt adına işledikleri suçlardan sorumludur. Burada, sorumluluğun esas, muhtemel kasttır. Gerçekten, tüm failer, fiilleri ile daha başında, örgütün faaliyeti cümlesinden olarak işlenecek suçlara kayıtsız kalmışlar, işlenmeleri halinde sorumlu olmaya gönüllü olmuşlardır.

Öyleyse, ister fiilen katılsın isterse katılmasın, örgütün faaliyeti cümlesinden olarak işlenen tüm suçlardan, kim işlerse işlesin, failer, hepsi birlikte sorumludurlar, çünkü örgütün faaliyeti, her dereceden tüm örgüt mensuplarının, yapılmasını aralarında önceden kararlaştırdıkları faaliyetlerdir.



### 8. 7. Ceza

Örgütü kuran, faaliyetini düzenleyen veya yöneten failler, beş yıldan on yıla ağır hapis ve iki yüz milyon liradan beş yüz milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılmaktadırlar.

Kanun, örgüte girenleri, üç yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve yüz milyon liradan üç yüz milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırmaktadır.

TCK'nın 5. maddesi karşısında, kanunun öngördüğü ağır hapis ceza ve ağır para cezasının tayininde, 5252 sayılı kanunun 5 ve 6. maddeleri hükmü esas alınacaktır.

Ülkemizde, terör ve terörizmle mücadele bağlamında, terör örgütünün dağılmasını, mensuplarının ele geçirilmesini sağlamak, pişmanlık duyan örgüt mensuplarının kazanılmasına yardımcı olunmak amacı ile birçok kez, birçok biçim altında af kanunları çıkarılmıştır. Bu kanunların terörü ve terörizmi etkisiz kılmakta ne kadar yararlı olduğu en azından bilimsel olarak bilinmemektedir.

### 8. 8. Örgüt Mensuplarına Yardım Etmek, Örgütün Propandasını Yapmak

Kanun, 7/2. maddesi hükmünde örgüt mensubu olmayan kimse-lerin, örgüt mensuplarına yardım etmelerini, örgütle ilgili propagan- da yapmalarını suç saymıştır. Kanun, Faillerin bu fiilleri ayrıca başka bir suç oluştursa bile, bu suçlardan ötürü ayrıca cezalandırılacaklarını hükme bağlayarak, burada, suçların içtimai kabul etmemiş olmaktadır.

Örgüt mensuplarına yardım ve örgütün propandasını yapmak suçlarının faili, örgüt mensubu olan veya olmayan herkes olur.

Kanunun suç saydığı fiil, örgüt mensuplarına yardımda bulunmak fiilidir. Örgüt mensuplarına yardımda bulunmak, failin örgüt mensubunun örgütsel faaliyetini kolaylaştıran maddi ve manevi her türlü davranışta bulunmasıdır.

Kast, failin, örgüt mensubu olduğunu bildiği kimseye, yardımda bulunmayı, bilmesi ve istemesidir. Yardımda bulunulan kimsenin örgüt mensubu olduğunun bilinmemesi fiili hata olur ve kastı kaldırır.

Diğer suç bakımından kanunun suç saydığı fiil, örgütle ilgili propaganda yapma fiilidir. Propaganda yapmak, örgütü tanıtmak, faaliyetlerini duyurmak, örgütü ve faaliyetlerini övmek, iyi olduğunu söylemek fiilidir.

Burada, Basının haber verme hakkını kullanması ile örgütün propagandasını yapmak karıştırılmamalıdır. Basın, haber değeri olmak, haber sınırları içinde kalmak kaydıyla, kanunun suç saydığı fiiller, davranışlar hakkında nasıl haber verme hakkına sahipse, aynı şekilde bir örgütlü suçluluk olan terör, terör örgütleri ve terörizm hakkında da haber vermek hakkına sahip bulunmaktadır.

Kast, failin bir terör örgütü ile ilgili propaganda yaptığını bilmesi ve istemesidir. Örgütün terör örgütü olduğunu bilmemek fiili hata olur ve kastı kaldırır.

Zorunluluk halı, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit, bu suçlar bakımından da ceza sorumluluğunu ortadan kaldırır.

Suçların cezası, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve elli milyon liradan yüz milyon liraya kadar ağır para cezasıdır.

Ancak, TCK'nın 5. maddesi karşısında, kanunun öngördüğü ağır hapis ceza ve ağır para cezasının tayininde, 5252 sayılı kanunun 5 ve 6. maddeleri hükmü esas alınacaktır.

Terör örgütünün propagandasını basını kullanarak yapmak halinde, ayrıca, mevkuze sahiplerine de bir para cezası verilmesini gerektirmektedir. (m. 7/5)

Terör örgütlerine yardımın, derneklerde, vakıflarda, siyasi partilerde, vs. yapılması cezayı artırıcı bir neden sayılmıştır (m. 7/3).

Ayrıca, kanun, 7/4. maddesi hükmünde, güvenlik tedbiri olarak, yardıma karışan dernek, vakıf, sendika, vs, kuruluşlarının kapatılmasını ve mallarına el konulmasını amir bulunmaktadır.

## **9. 2006 Tarih ve 5532 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la 1991 Tarih ve 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na Getirilen Değişiklikler**

### **9. 1. Terörün tanımı**

TMK, yukarıda belirtildiği üzere, çıkarıldığı tarihte yürürlükte olan TCK ve CMUK ve diğer ceza mevzuatı göz önünde bulunduru-

rak oluşturulmuş bir kanundur. Kanunun çıkarıldığı tarihten bu yana, Anayasada ve ceza mevzuatında büyük değişiklikler olmuş, kanunun bazı maddeleri Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. TMK'nın başarısı, artık toplum için çekilmez bir yük olan bazı kanunların ve kanun hükümlerinin yürürlükten kaldırılması (m. 23) olmuştur. Ancak, Kanun, terör ve terörizmle mücadelede başarılı olamamış, hatta kimi kanunun terörü azdirdiğini ileri sürmüştür.

5237 sayılı TCK'nın, 5271 sayılı CMK'nın ve 5275 sayılı CGTİHK'un yürürlüğe girmesi TMK'nın köklü bir biçimde gözden geçirilmesini zorunlu kılmıştır. Gerçekten, mevzuatta meydana gelen bu değişikliklerin sonucu olarak, TMK, yeni ceza hukuku düzeninde, düzenle çelişir bir konuma düşmüş; zaten terör ve terörizmi önlemede yeterince elverişli ve etkin olmayan kanunun değiştirilmesi gereği ortaya çıkmıştır.

5532 sayılı kanun, TMK'nın 1. maddesini aynen korunmuş, ancak 4928 sayılı kanunun 20. maddesi ile değiştirilen "*Terör ve örgüt tanımı*" şeklindeki madde başlığını "*Terör tanımı*" olarak değiştirmekle yetinmiştir.

Kanun, 1. maddede terörü tanımlamış; ayrıca, çatısı korunarak, kanunun diğer maddeleri tümünden değiştirilmiş, dolayısıyla yeni düzenlemelerle uyumlu, yeni bir terörle mücadele cihazı oluşturulmaya çalışılmıştır.

TMK'nın 1. maddesi, madde başlığına rağmen, bir tanım hükmü olmaktan çok, bir açıklama hükmüdür. Ancak, açıklamanın da yerli yerinde olduğu söylenemez, çünkü düzenlemenin odağına devlet korunarak, demokratik toplumsal düzenle doğrudan ilişkili olmayan bazı değerlerin ihlali de terör suçu sayılmıştır.

TMK'nın 1. maddesi değiştirilmeyip aynen korunduğundan, daha önce yapılan değerlendirmeler, kuşkusuz geçerliliklerini halen korumaktadırlar.

## 9. 1. Terör Suçları

Kanun, TCK'nın 302, 307, 309, 310/1, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 maddelerinde yer alan suçları "*Terör suçları*" saymıştır. Bu suçlar, Devletin kişiliğine, düzenine ve güvenliğine karşı suçlardır. Ceza hukukla-

rında bu suçlar siyasi suçlardırlar. Bunların özelliği, bu suçları işleyen kişilerin, suçlunun iadesine konu olmamalarıdır. Böyle olunca, bazı suçları terör suçları adı altında kategorize etmek, uluslar arası hukuk bakımından değil, sadece iç hukuk bakımından önem taşımaktadır.

Söz konusu suçlar, suç işlemek için oluşturulmuş bir örgütün faaliyeti cümlesinden olarak örgütün mensupları tarafından işlenebileceği gibi, tek bir kişi tarafından veya birçok kişi tarafından iştirak halinde de işlenebilir. Eğer bu doğruysa, terör baz olarak, suçların faileri arasında, gerek maddi hukuk, gerek muhakeme ve infaz hukuku bakımından, kanun önünde eşitlik ilkesi karşısında, bir ayırım yapmanın mümkün olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Gerçekten, bu suçların hepsi, nitelikleri bakımından, hem aynı kategori içerisinde yer alan suçlardırlar, hem de kural olarak, çok faile gerek olmadan, tek bir faille işlenebilen suçlardırlar. Böyle olunca, hukuki konuları ve yapıları aynı olan suçları, terör suçu olan ve olmayan suçlar olarak ayırarak faillerini farklı muameleye tabi tutmak, herhalde kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlaline vücut verir.

Burada, diğer bir sorun, uluslararası sözleşmelerde bazı suçların "terör suçu" sayılması, böyle sayılan suçların ulusal ceza hukuklarında da bu adla kategorize edilip edilemeyeceği meselesidir. Gerçekten kanun, siyasi suç tanımına özenerek, ama madde bazında, "Terör suçları" ve "Terör amacı ile işlenen suçlar" tasnifine yer vermiştir. İCK, 8. maddesinde siyasi suçları tanımlamış, ama madde bazında bir tanım yapmaktan kaçınmıştır. 5237 sayılı kanunda benzer bir düzenlemeye rastlanmaktadır. Siyasi suçlar bakımından madde bazında yapılmayan bir düzenlemenin, terör ve terörizm faaliyeti bağlamında işlenen suçlarda, madde bazında bir düzenleme yapmanın doğru olmadığını düşünüyoruz. Gerçekten, Örneğin, İCK, 270-bis maddesi hükmünde, terör örgünü tanımlarken, terör saiki ile işlenen suçları da tanımlamış olmaktadır. Eğer bu düşünce tutarlı ise, bundan, TMK'nın 1. maddesinde yer alan düzenleme karşısında, ayrıca "terör suçu" ve "terör amacı ile işlenen suçlar" şeklinde bir ayırımın gereksiz olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Kısacası, 5532 sayılı kanunla, eski korunmuş, 5237 sayılı kanun gözetilerek, TMK'nın 3. maddesinde yer alan suçların maddeleri düzeltilmiş, ancak terörle mücadele konusunda bir yenilik getirilmemiştir.

## 9. 2. Terör Amacı ile İşlendiklerinde “Terör Suçu” Sayılan Suçlar

Kanun 1. maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti cümlesinden olarak işlenen suçları terör suçu saymaktadır. Bu demektir ki, bunlar, öncekilerden farklı olarak kendiliklerinden terör suçu değildirler, işlenmelerinin amacı bakımından terör suçu olmaktadır.

Kanun, terör amacı ile işlenen suçların sayılarını, kaldırdığı TMK'nın 4. maddesinin düzenlemesine oranla çok daha geniş tutmuştur. Gerçekten kanun, TCK'da yer alan suçların yaklaşık üçte birini, “bağlantılı siyasi suça” benzer bir biçimde madde bazında “bağlantılı terör suçu” saymıştır. Bu, madde bazında sayılan suçlar dışında kalan suçların, kanunun 1. maddesinde belirtilen amaçlar doğrultusunda işlenmiş olsalar bile, kanunilik ilkesi gereğince terör suçu sayılmamaları demektir. Gerçekten, “temel hak ve hürriyetleri yok etmek”, “kamu düzenini” ve “genel sağlığı” bozmak amacı doğrultusunda, maddede ismen yazılı suçlardan başka suçlar, Örneğin, 76, 77, 83, 102, 103, vs. işlendiğinde; bu suçlar, bir terör örgütünün faaliyeti cümlesinden olsa bile, terör suçu sayılmayacaklardır. Bu doğru ise, madem terör suçunu suçu işlemekte güdülen amaç belirlemektedir, bir terör örgütünün faaliyeti cümlesinden olarak işlenen suçların, terör suçu sayılmamasının mantığı anlaşılabilir.

Kanun, TMK'nın 3 ve 4. maddede yazılı suçların terörle ilgili olarak cezalarının artırılmasını emreden 5. maddesi hükmünü, değiştirmiş, 5237 sayılı TCK ile uyumlu kılmıştır.

## 9. 3. Terör Suçlusu

5532 sayılı kanun, TMK'nın 2. maddesi hükmünü değiştirmemiş, terör suçlusu tanımını korumuştur. Bu demektir ki, 5532 sayılı kanun, birçok değişiklik yapmasına rağmen, esas olarak TMK'nın yapısına, esas ve ilkelerine sadık kalmıştır.

## 9. 4. Örgüt Kurmak, Örgütünün Propagandasını Yapmak ve Örgüte Mali Kaynak Sağlamak Suçları

### 9.4.1. Kanunun Terör ve Terörizme Bakışı

TMK., terör ve terörizmle mücadeleyi bir bütün olarak görmek istemektedir. Bu bağlamda, kanun, terör ve terörizme katkıda bulunan

her faaliyeti yasaklamak yoluna gitmiş ve bu faaliyetlerde bulunmayı suç saymıştır.

Gerçekten, 5532 sayılı kanun, TMK'nın mülga 8. maddesinde “*Terörün finansmanını*” ve eklediği 8/A maddesinde nitelikli halleri düzenlemiştir. Kanun, ayrıca, terörle mücadele unsurlarını, işlevlerini yerine getirmede etkin kılıcı düzenlemelere yer vermiştir.

Konu örgütlü suçluluk olduğundan, burada, suçlar üzerinde durulacaktır.

#### 9. 4. 2. Örgüt Kurmak, Yönetmek ve Örgüte Üye Olmak

TMK'nın yukarıda incelenen 7. maddesi hükmü 5538 sayılı kanunla değiştirilmiş; değiştirilen madde hükmünde 5237 sayılı TCK'nın 314. “*maddesi hükmüne göre cezalandırılır*” denerek, değiştirilen hüküm, bu hükümle bağıntılı kılınmıştır. Bu norm, TMK'nın 7/1. maddesi hükmüne nispetle, yapısının gereği olarak, bir gönderme normudur.

TMK'nın 7/1. maddesi hükmünün kendisine göndermede bulunduğu TCK'nın 314. maddesi hükmü “*Silahlı örgüt*” kurmayı yasaklamaktadır. Burada, davranış hükmü, yani suç oluşturan fiil, “*Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla silahlı örgüt kurma veya yönetme*” fiilidir. Müeyyide hükmü, örgütü kuranlar ve yönetenler bakımından on yıldan on beş yıla, örgüte katılanlar bakımından beş yıldan on yıla kadar hapis cezasıdır. Ancak, kanun, 314/3. maddesi hükmünde bir gönderme hükmüne yer vermiş bulunmaktadır. Bu hüküm “*Suç işlemek için örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır*” demektedir.

Böyle olunca, TCK'nın 314. maddesinin kendisi için yaptığı gönderme, bu maddeye göndermede bulunan TMK'nın 7/1. maddesi hükmü hakkında da geçerli midir, meselesi ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, TMK'nın 1, 2, 3, 4. maddeleri karşısında, kanunun 7/1. maddesi hükmü, TCK'nın 314. maddesi hükmünün öngördüğü normun, hükmüne mi müeyyidesine mi, yoksa her ikisine mi göndermede bulunduğu meselesinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu iki bakımdan önemlidir. Bir kere, TCK'nın 314. maddesi silahlı örgütü düzenlemektedir. Öte yandan, 314. madde hükmünün göndermede bulunduğu 220. maddesi hükmü suçun unsurlarında farklılık arz etmektedir.

Gerçekten, 5538 sayılı kanunun değiştirdiği TMK'nın 7. maddesi hükmüne baktığımızda, hükmün, hem davranış hükmünden hem de müeyyide hükmünden oluştuğu görülmektedir. Oysa 5538 sayılı kanunla değişik 7. madde hükmüne baktığımızda, hükmün, davranış hükmünün bulunduğu, ama müeyyide hükmünün bulunmadığını, müeyyide hükmünün bir gönderme hükmü ile sağlandığı görülmektedir. Böyle olunca, TCK'nın 314. madde hükmüne yapılan gönderme, hükmün tümüne değil, sadece hükmün müeyyide hükmüne yapılan bir gönderme olmaktadır.

Öyleyse, TMK'nın 5538 sayılı kanunla değiştirilen 7. maddesi hükmünün davranış kuralı koyan hüküm hükmü, TCK'nın 314. maddesi hükmünün davranış kuralı koyan hüküm hükmünden tamamen bağımsızdır. Dolayısıyla TMK'nın 7. maddesinde öngörülen suçların unsurları oluşturulurken, TCK'nın 314. maddesi hükmünün ve bu hükmün göndermede bulunduğu TCK'nın 220. maddesi hükmünün suç olan davranışı tanımlayan hüküm hükmünün belirleyici herhangi bir değeri bulunmamaktadır. Kuşkusuz, TCK'nın 5. maddesi hükmü karşısında, Özel ceza kanunları, TCK'nın genel hükümlerine aykırı hükümler taşıyamazlar. Ancak, TCK'nın 314. maddesi hükmü, bu nitelikten yoksundur. Öyleyse, suçun unsurlarını oluşturmada, TCK'nın 314. maddesi hükmü ile TMK'nın 7. maddesi hükmünün hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır. Söz konusu bu iki madde hükmü arasındaki ilişki sadece müeyyide hükmüne ilişkindir, yani TCK'nın 314. maddesinin müeyyide hükmü, göndermeden ötürü, TMK'nın 7/1. maddesinin müeyyide hükmü olmaktadır.

Gerçekten, TMK'nın 5532 sayılı kanununun 1. maddesi ile sadece madde başlığı değiştirilen 1. maddesinin 4928/20 kanunla değişik 2. fıkrası hükmü bu düşüncüyü doğrulamaktadır. Bu hüküm, TCK'nın 314. maddesi hükmünün aksine, sadece iki kişinin bir araya gelerek örgünleşmesi halinde bu kanunda yazılı örgütün meydana geldiğini kabul etmekte ve TCK'nın 314. maddesi hükmünden farklı olarak başka bir şart aramamaktadır. Öte yandan, TMK'nın 5538 sayılı kanunla değişik 7. maddesi hükmü, TCK'nın 314. maddesi hükmünden farklı olarak, "Terör örgütlerinin" mutlaka "silahlı örgüt" olması şartını aramamıştır. Böyle olunca, TMK'nın 7/1. maddesinde öngörülen suçlar, unsurları bakımından, TCK'nın 314. maddesinde ve bu maddenin göndermede bulunduğu 220. maddesinde öngörülen suçlardan farklı olmak zorundadır. Fark, TMK'nın 7/1. maddesinin TCK'nın 314. mad-

desi ve bu maddenin göndermede bulunduğu 220. maddesi karşısında genelde özeli ifade etmesidir. Ancak, 5532 sayılı kanunun, TMK'nın 1. maddesinin yönetime ilişkin düzenlemesini tekrarlamak yanında, ayrıca getirdiği yenilik, TCK'nın 314. maddesi hükmünün müeyyide hükmüne yaptığı göndermenin sonucu olarak, TCK'nın 221. maddesinde düzenlenmiş olan "Etkin pişmanlık" hükmünün müeyyide hükmüne dahil edilmiş olmasıdır.

Suçun unsurlarına gelince, TMK'nın 7/1. maddesinde yer alan suçlar, yapıları bakımından çok failli suçlardır. Bu suçlar, TMK'nın 1. maddesi hükmü karşısında, en az iki kişinin veya en az iki kişiden oluşmuş olan bir örgütün varlığını gerektirmektedirler. Bu konuda daha önce söylenenler kuşkusuz burada da geçerlidir.

Kurulan örgüt terör örgütü olmalıdır.

Terör örgütü, cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma veya tehdit yöntemleriyle kanunun 1. maddesinde belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere örgünleşmiş olmaktır. Burada, "üzere" kelimesi fiilin tasavvur, yani hazırlık hareketleri aşamasından çıkıp, icra hareketi aşamasına gelmiş olmayı, yani örgünleşmiş olmayı ifade etmektedir.

Terör örgüt kurmak fiili yanında, örgütü yönetmek, örgüte girmek fiilleri de "Terör örgütleri" kurma suçlarını oluşturmaktadır. Örgüt yönetmek, örgütün yönetiminde hiyerarşik olarak söz sahibi olmaktır. Kanun örgüte girmeyi "üye olmak" olarak ifade etmiştir. Bizce doğrusu, üye olmak değil örgüte girmektir. Örgüte girmek, yani örgüt mensubu olmak suç sayılmaktadır. Kanun örgütün faaliyetini düzenleyenlerin de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılmasını emretmiştir. Burada örgütün faaliyetini düzenlemeden maksat, herhalde yöneten-yönetilen ilişkisi içinde olmadan örgüte her türden teknik yardım sağlamaktır.

Kanun suçun oluşması için örgütün bir faaliyette bulunması, yani örgüt mensuplarının örgütün amaçları doğrultusunda kendiliklerinden veya aldıkları emir üzerine bir suç işlemeleri şartını aramamaktadır. Örgüt mensupları kendiliklerinden veya emir üzerine örgütün amaçlarını gerçekleştirmek zımında bir suç işlediklerinde, suçtan, suçu işleyen kişi yanında, örgütün diğer mensupları da sorumludur. Kısacası, herkes, hem örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçlarından, hem de her örgüt mensubunun örgütün amacını gerçek-



leştirmek zımında örgütün faaliyeti olarak kendiliğinden veya emirle işlemiş olduğu kanunun 3 ve 4. maddesinde yazılı her suçtan sorumludur.

Gerek örgüt oluşturmak, yönetmek veya örgüte katılmak suçları, gerekse örgütün faaliyeti cümlesinden olarak işlenen suçlar, kastla işlenen suçlardır. Bunlar hakkında daha önce söylenenler burada da geçerlidir.

Suçların cezasına gelince, Örgütü kuran ve yöneten, örgüt faaliyetini düzenleyen, kişilere on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir. Örgüte üye olanlara beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir. Etkin pişmanlık gösterenler hakkında TCK'nın 221. maddesi hükmü uygulanır.

#### 9. 4. 3. Terör Örgütünün Propagandasını Yapmak Suçları

Kanun, terör örgütünün "*propagandasını*" yapmayı suç saymıştır. Propagandanın sözlük anlamı bir duyguyu, bir düşüncüyü, bir haberi yaymadır. Propaganda aynı zamanda bir şeyin reklâmını yapma, bir şeyi övmek anlamına da gelmektedir.

Kanunun 7/2. maddesi hükmünde öngörülen "*terör örgütünün propagandasını yapmaktan*" maksat, terör örgütünü tanıtmak, örgütün amacını anlatmak, faaliyetlerinden başkalarını haberdar etmek; örgütü, faaliyetlerini ve örgüt mensubu kişileri övmek anlamındadır. Gerçekten, kanun, bu hükümlerle, terör örgütlerinin, toplumda fikri bir yapısı kazanmasını önlemek, fikren taraftar olabilecek kimseleri engellemek istemiştir.

Herkes terör örgütünün propagandasını yapabilir. Bizzat terör örgütü veya terör örgütü mensupları da kurumsal veya bireysel olarak örgütlerinin propagandasını yapabilirler.

Propaganda her çeşit vasıta ile yapılabilir. Propagandanın medya kullanılarak yapılması cezayı artıran nedendir.

Kanunda kullanılan "*basını*" medya olarak anlamanın doğru olduğunu düşünüyoruz.

Suç kastla işlenir. Kast, failin bir terör örgütünün propagandasını bilmesi ve istemesidir. Fiili hata kastı kaldırır. Fail propagandasını

yaptığı örgütün bir terör örgütü olduğunu bilmiyorsa, fiili hataya düşmüş olmaktadır.

Bir terör örgütü ve eylemleri hakkında halkın bilgilendirilmesi, haber verme hakkının sınırları içerisinde olduğu sürece, bir suça vücut vermez. Kuşkusuz, propaganda yapma yasağı, haber verme hakkını kayıtlayamaz.

Suçta iştirak mümkündür.

Terör örgütünün propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

#### 9. 4. 3. 1. Yayın Organı Sahibi ve Yayın Sorumlusunun Yayından Sorumluluğu

Kanun, basın ve yayın organı sahibini ve yayın sorumlusunu, terör örgütünün propagandasını yapan kişinin fiiline iştirak etmeksizin, o kişiye ait terör örgütünün propagandasını içeren, her türlü söz, yazı, resim, vs. in sahibi veya yönetiminde olduğu basın ve yayın organında yayınlanmış olmasından sorumlu tutmaktadır.

Kanun, bunu, pek de anlaşılır olmayan “Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayın sorumluları hakkında... adli para cezasına hükmolunur” biçiminde ifade etmiştir. Suça iştirakte, katılan kişiyi fiiline katıldığı kişinin mutlaka bilmesinin gerekmemesi karşısında, madem kanun “iştirak etmemiş olma” şartını aramaktadır. Burada yayın organı sahibinin ve yayın sorumlusunun sorumluluğu, TCK’nın 5. maddesinin ve objektif sorumluluk türünü Ceza hukukundan kaldırdığını iddia eden 23. maddesinin ve gerekçesinin aksine tam bir objektif sorumluluktur (Bkz., ayrıca, 5187/BK m. 11).

Hükmü, Basın hürriyetinin, haber verme hakkının ağır bir ihlali niteliğindedir, çünkü suç için öngörülen para cezası o kadar çok korkutucudur ki, birçok basın ve yayın organı, ölçüyü kaçırmak korkusu ile ülkede cereyan eden terörist faaliyetlerin haberlerini vermekten, değerlendirmesini yapmaktan kaçınabilir. Bu, dolaylı olarak basın hürriyetinin kısıtlanmasıdır. Savaş, sıkıyönetim olmadıkça, uygar toplumun düşmanı terör örgütlerinin uygar toplumun her türlü imkânından yararlanmaları ve bu suretle propagandalarını yapmaları veya

yaptırmaları, bu toplumların vazgeçilmez bir temelini oluşturan haber alma hakkının kısıtlanmasını haklı kılmaz.

Basın ve yayın organlarının sahipleri ve yayın sorumluları, bin günden on bin güne kadar adli para cezasından sorumludurlar. Ancak, yayın sorumluları hakkında verilecek cezanın üst sınırı beş bin gündür.

#### 9. 4. 3. 2. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerinde Kimlik Gizleme Suçu

Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin hukuka uygun olarak başlaması ve sürmesi asıldır. Ancak, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin, çoğu kez terör örgütlerinin propagandasının toplantısının ve yürüyüşünün yapılması şekline dönüştüğü gözlenmektedir. Bu tür toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılan kişiler, cezalandırılmadan kaçmak amacı ile yüzlerini tamamen ve kısmen kapatarak, kimliklerini gizleme yoluna gitmektedirler.

Kanun, terörün etkinliğini kırmak bağlamında, 7/2,a maddesi hükmünde *“Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerin gizlenmesi amacıyla yüzün tamamen ve kısmen kapatılmasını”* suç saymış ve faillerini bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırmıştır.

Suçun veya fiilin ön şartı toplantı ve gösteri yürüyüşünün bir terör örgütünün propagandasının yapılmasına dönüşmesidir. Suçun maddi unsuru failin yüzünü tamamen ve kısmen kapaması fiilidir.

Suçun manevi unsuru genel kasttır. Kast failin yüzünü tamamen veya kısmen kapamayı bilmesi ve istemesidir. Ancak, bu, yeterli değildir. Fail ayrıca, yüzünü, kimliğini gizlemek amacı ile kapamış olmalıdır. Öyleyse, suçun işlenmesi için genel kast yeterli değildir ayrıca özel kast gerekmektedir. Gerçekten, Örneğin, kışın yapılan ve terör örgütünün propagandasına dönüşen bir toplantı ve gösteri yürüyüşünde, kimliğini gizlemek için değil, sırf soğuktan korunmak için yüzünü kapatan kimse, bu suçu işlemiş olmaz.

Fiili hata kastı kaldırır. Failin katıldığı toplantı ve gösteri yürüyüşünün bir terör örgütünün propagandasını yapmakta olduğunu bilmemesi halinde failin kastından söz edilemez.

Fail bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

### 9. 4. 3. 3. Örgüte Ait Amblem ve İşaretlerin Taşınma, Slogan Atma Suçları

Kanun, 7/2, b maddesi hükmünde, terör örgütü üyelerinin ve destekçilerinin, bu durumlarını başkalarına belli edecek bir biçimde, örgüte ait amblem ve işaretlerin taşınması, slogan atılması veya ses cihazları ile yayın yapılması veya terör örgütüne ait işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi fiillerini suç saymaktadır.

Terör örgütü, TMK'nın "terör örgütü" saydığı örgüttür.

Suçun ön şartı terör üyesi veya destekçisi olmaktır. Zaten, kanun, bu fiilleri işleyerek durumunu açığa vuran kimseleri, terör örgütünün üyesi ve destekçisi saymaktadır.

Suçun maddi unsuru, terör örgütünün amblem ve işaretini taşımak, terör örgütü lehine slogan atmak, ses cihazları ile yayın yapmak, terör örgütünün amblem ve işaretlerini üzerinde bulunduran üniforma giymek fiilleridir.

Suç seçimlik hareketli bir suçtur. Fiillerden birinin veya birçoğunun yapılması birden çok suça değil, tek bir suça vücut verir. Ancak, ceza, duruma göre, üst sınıra yakın veya üst sınırdan verilir.

Suç genel kastla işlenir.

Fiili hata kastı kaldırır. Gerçekten, taşıdığı amblem ve işaretin bir terör örgütüne ait olduğunu bilmeyen bir çocuk, kastla hareket etmiş olmaz.

### 9. 4. 3. 4. Cezanın Artırılması

Terör örgütünün propagandasını yapma suçları, dernek, vakıf, siyasi parti, işçi veya meslek kuruluşlarına ait bina, lokal, büro veya eklentilerinde, öğretim kurumlarında veya öğrenci yurtlarında işlenmesi halinde, kanun, cezanın iki kat artırılarak verilmesini (m. 7/son) amir bulunmaktadır.

### 9. 4. 4. Teröre Mali Kaynak Sağlamak Suçu

Terör örgütlerinin varlıklarını sürdürebilmeleri düzenli mali kaynaklara sahip olmaları halinde mümkündür. Terörle mücadelenin

başarılı olması, bir yerde, terör örgütlerinin mali kaynaklarının kurulmasına bağlı bulunmaktadır. Bu bağlamda olmak üzere, TMK, eskiden olmayan, ancak yeniden düzenlenen 8. maddesi hükmünde, terör örgütlerine mali kaynak sağlanmasını suç saymaktadır.

Suçun maddi unsuru, tamamen veya kısmen, terör suçlarının işlenmesinde kullanılacağı bilinerek ve istenerek, *“fon sağlamak veya toplamak”* fiilidir (m. 8/1). Burada, suçun oluşması için ayrıca fonun kullanılmasına gerek yoktur.

Fon, para ve değeri para ile ifade edilebilen her türlü mal, hak, alacak, gelir ve menfaat ile bunların birbirine dönüştürülmesinden hâsıl olan menfaat ve değerdir (m. 8/2).

Fon sağlamak veya toplamak *“terör suçlarının işlenmesinde kullanılmak”* ile kayıtlıdır. Terör suçları, kanunilik ilkesi gereğince, TMK'nın 3. maddesinde sayılan suçlarla sınırlıdır. Bu suçlara, *“terör amacı ile işlenen suçlar”* dâhil değildirler. Kanunun düzenlemesinin isabetli olduğu söylenemez.

Suçun manevi unsuru, failin, terör suçlarında kullanılacağını bileerek ve isteyerek fon sağlamayı veya toplamayı bilmesi ve istemesidir. Bu demektir ki, sadece fon sağlamayı ve toplamayı bilmek ve istemek suçun manevi unsurunun oluşmasında yeterli değildir. Gerçekten, terör suçlarının işlenmesinde değil de herhangi bir kurum veya kuruluşun bir faaliyeti için para topladığını sanan kimse, fiili hatadan ötürü, kast ile hareket etmiş olmaz, öyleyse fiili suç oluşturmaz.

#### **9. 4. 5. TMK Kapsamına Giren Suçların Kamu Görevlisi Tarafından veya Tüzel Kişinin Faaliyeti Cümlesinden Olarak İşlenmesi Cezanın Ağırlaştırıcı Nedenidir.**

Kanun, 8/A. maddesi hükmünde *“Bu kanunun kapsamına giren suçların...kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak”* işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında artırılmasını emretmektedir.

Bu kanunun kapsamına giren suçlardan maksat, kanunun, 3 ve 4. maddelerinde öngördüğü suçlar yanında, diğer maddelerinde öngördüğü suçlardır.

Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için *“kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmış olması”* gerekmektedir.

Kanun, 8/B maddesi hükmünde, “Bu kanunun kapsamına giren suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde”, TCK’nın 60. maddesi hükmünün uygulanmasını emretmiştir.

## 10. Çıkar Amaçlı Örgütlü Suçluluk

Çıkar amaçlı örgütlü suçluluk terimi, genellikle organize suçluluk terimi yerine kullanılmaktadır. Bu terim, ABD kökenlidir. Genelde Mafya tipi örgütlenmeye benzer bir biçimde organize olarak, örgütlü suç işlemeyi ifade etmektedir.<sup>17</sup>

Bu tip suç örgütlerini çökertmek, faillerini cezalandırmak, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak, kanun, başarılı olunamamış; kişi hak ve hürriyetlerini, demokratik bir toplumda zorunlu olanın ötesinde, kabul edilmesi zor sınırlandırmalar getirmekle kalmıştır.

### 10. 1. Çıkar Amaçlı Örgütlü Suçluluk Özel Kanun Konusu Olmaktan Çıkarılmıştır

Örgütlü suçluluğun özel bir türünü ifade eden çıkar amaçlı örgütlü suçluluk, hukuk düzenimizde ilk kez 30.07.1999 tarih ve 4422 s. Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile düzenleme konusu yapılmıştır. Ancak, söz konusu kanun, 5320 sayılı CMK Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 18/1, d maddesi hükmü ile, 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla, bütün ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.

Bugün, çıkar amaçlı örgütlü suçluluk, hukuk düzenimizde, Terörle Mücadele Kanunu’ndan farklı olarak, “özel ceza kanunu” niteliğinde bir kanuna konu bir düzenleme olmaktan çıkarılmıştır. Büyük yanlışları içeren söz konusu kanun, yürürlükte bulunduğu süre içinde, maaşef, birçok kişinin giderilmesi imkânsız zararına neden olmuştur.

### 10. 2. Yeni Düzenleme

CMK, “Bazı Suçlara İlişkin Muhakeme” bölüm başlığı altında, Görev ve yargı çevresinin belirlenmesi madde başlığını taşıyan 250. madde-

<sup>17</sup> Fiandaca, a. g. m., 37, 38, 41, 46 vd.

sinde, Türk Ceza Kanunu'na göndermede bulunmakta; çıkar amaçlı suç örgütlerini bu kanunun 220. maddesi kapsamında düşünmektedir.

Böylece, kanun, Ceza Kanunu'nun 220. maddesini "eksik ceza normu" saymakta, bu hükmü ile eksik saydığı TCK'nın 220. maddesi hükmünü, CMK'nın 250/1, a, b maddeleri hükmü ile tamamlamış olmaktadır.

Bu durum karşısında, uyuşturucu madde imali ve ticareti suçlarını işlemek amacı ile örgüt kurma, muhakemesi diğer suçlardan farklı olmakla birlikte, TCK'nın 220. maddesinde öngörülen suçu oluşturmaktadır.

Gene, aynı şekilde, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacı gözetilerek suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, muhakemesi diğer suçlardan farklı olmakla birlikte, TCK'nın 220. maddesindeki suçu oluşturmaktadır. Ancak, örgütün faaliyeti cümlesinden olarak işlenecek suçlarda, suçun "cebir ve tehdit uygulanarak işlenmesi" aranmaktadır. Öyleyse, suç işlemek için kurulmuş bir örgütün, "çıkarmak amacıyla kurulmuş bir örgüt" sayılabilmesi için, örgütün faaliyeti cümlesinden olarak işlediği suçlarda, mutlaka "cebir ve tehdit" kullanması gerekmektedir. Ortada işlenmiş suç veya suçlar var, ancak bunların işlenmesinde cebir ve tehdit kullanılmamışsa, suçun amacı çerçevesinde işlenen örgütün, "haksız ekonomik çıkar sağlayan" bir örgüt olmayacaktır.

Burada çözülmesi gereken ciddi bir mesele akla gelmektedir. Gerçekten, CMK, 250. maddede eksik ceza normunu tamamlamakla kalmamakta, ayrıca bu hükmün kapsamında olan suçlarda "görev ve yargı çevresini" belirlemektedir. Bu düzenleme karşısında, amaç suç işlenmedikçe, örgütün niteliğini belirlemek mümkün olmayacağından, çıkar amaçlı suç örgütü kurma suçunda, bu suç için öngörülen usulün uygulanması herhalde mümkün olmayacaktır. Söz konusu bu durum, sonunda, tabiri caizse, tavuk mu yumurtadan, yumurta mı tavuktan çıkar hikâyesine dönüşmektedir.

Bizce, çıkmazdan kurtulmak, ancak, suçun "cebir ve tehdit uygulanarak işlenmesi" hükmünden, çıkar elde etmek için işlenmesi amaçlanan suçların, niteliklerinin icabı olarak, cebir ve tehdit içeren suçlar olmalarının anlaşılması halinde mümkündür. Tabii, bu doğru ise, bakılacak, amaçlanan suç, niteliğinin icabı olarak, cebir ve tehdidi içeriyorsa, suç

işlemek için örgüt kurma suçunun soruşturulması ve kovuşturması, fiilen amaç suç ister işlenmiş ister işlenmemiş olsun, CMK'nın 250 vd. maddeleri hükmüne tabi olacaktır. Elbette, bunun dışındaki hallerde, tüm diğer suçların tabi olduğu "olağan soruşturma ve kovuşturma usulleri" uygulanacaktır.

## 11. Sonuç

Örgütlü suçluluk, hukuk düzenimizde, gereğince anlaşılmış değildir.

TCK'nın 220. maddesi, suç işlemek için örgüt kurma suçunun iyi bir düzenlemesini temsil etmemektedir. En başta, örgütle örgütün faaliyeti; bu bağlamda, örgütün, faaliyeti cümlesinden olan amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması ile yeterli olması, birbirine karıştırılmış, dolayısıyla 765 sayılı kanunun koyduğu yapı, geçerli bir gerekçe konulmadan bozulmuş, doktrin ve uygulamadan yararlanma imkânı ortadan kaldırılmıştır.

Ödüllendirme, tartışmalara yer verecek niteliktedir.

TMK ile TCK'nın 220. maddesi hükmü birbirini tutmamakta, çelişkiler içermektedir.

4422 sayılı kanunun yürürlükten kaldırılması iyi olmuş, ancak getirilen düzenleme, yetersiz olmuştur.

Tarihi kanun koyucunun, örgütlü suç ve suçluluğu, geçerli bir doktrine dayanmaksızın düzenlemiş olması; geçmişte oluşan doktrin ve uygulamayı bilerek ve isteyerek kullanılmaz kılmış bulunması; geçmişini olmayan bir düzenleme yaratıldığından, ileride, telafisi zor, ciddi sıkıntılara neden olacaktır.



# EVLİLİK MALLARINA UYGULANACAK HUKUK HAKKINDA LA HAYE SÖZLEŞMESİ'NİN ÖZELLİKLERİ VE SÖZLEŞME'NİN ONAYLANDIĞI ÜLKELERDEKİ TÜRK VATANDAŞLARINA ETKİSİ

Necla ÖZTÜRK\*

## Giriş

*La Haye* Sözleşmeleri, uluslararası özel hukukun önemli kaynaklarından<sup>1</sup> biri olup, *La Haye* Konferansları diye bilinen örgüt tarafından hazırlanmaktadır. 1893 yılından beri Hollanda'nın *La Haye* kentinde yapılan *La Haye* Uluslararası Özel Hukuk Konferanslarında, evlilik hukuku ile ilgili olarak, 1902 - 1905 yılları arasında, yani üç yıl gibi kısa bir sürede, üç sözleşme tasarısı hazırlanmış ve imzaya açılmıştır.<sup>2</sup>

Bu sözleşmelerden ilki, 12 Haziran 1902 tarihli, Evliliğe Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme (*The Convention of Governing Conflict of Laws Concerning Marriage*);<sup>3</sup> ikincisi, Boşanma ve Ayrılık Konularında

\* Dr. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

<sup>1</sup> Uluslararası Özel Hukuk alanında, *La Haye* Sözleşmelerinin yanısıra, Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu da, aile hukukunun konusuna giren alanlarda pek çok sözleşme düzenlemektedir. Bu bağlamda olmak üzere, Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu evlilik ile ilgili sözleşmeler hazırlamıştır. Bunlardan ilki "Yabancı Ülkelerde Yapılan Evlilik Merasiminin Kolaylaştırılmasına Dair Sözleşme" dir. Sözleşme metni için bkz., <http://www.nvi.gov.tr/Content/Attached/NVI/Ahvalisahsiye/VIINOLUSOZLESME.doc>. (Erişim Tarihi: 4 Mayıs 2007). Komisyonun bu alanda hazırlamış olduğu ikinci sözleşme ise "Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme" dir. Sözleşme metni için bkz., <http://www.nvi.gov.tr/Content/Attached/NVI/Ahvalisahsiye/XINOLUSOZLESME.doc>. (Erişim Tarihi: 4 Mayıs 2007). Ancak, Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonunun, münhasıran evlilik mallarına uygulanacak hukuku düzenleyen bir sözleşmesi ya da dolaylı olarak - başka konuda düzenlenmiş bir sözleşmede bu konuda hüküm konulması sureti ile evlilik malları konusuna yer verilen herhangi bir düzenlemesi bulunmamaktadır.

<sup>2</sup> Siehr, G. Kurt, "Family Unions in Private International Law" NILR., Vol. 50, 2003, s. 420.

<sup>3</sup> Sözleşmenin Fransızca metni için bkz., [http://hcch.e-vision.nl/index\\_en.php?act=](http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=)

Kanunlar İhtilâfı ve Yargı Yetkisi Uyuşmazlıkları Hakkında Sözleşme (*The Convention of Governing Conflict of Laws and Conflict of Jurisdiction Concerning Divorce and Separation*);<sup>4</sup> üçüncüsü ise, 17 Temmuz 1905 tarihli, Evliliğin, Eşlerin Şahsî ve Malî İlişkilerine Etkileri ile Hukuk Seçimi Hakkında Sözleşme'dir (*The Convention of Concerning Conflict of Laws Relating to the Effects of Marriage on the Rights and Duties of Spouses Inter se and on the Spouses' Property*).<sup>5</sup> Adı geçen son Sözleşmede, asıl olarak, eşlerin birbirlerine karşı hak ve ödevleri düzenlenmiş olmakla birlikte, diğer sözleşmelerden farklı olarak, evlilik mallarına uygulanacak hukuka ilişkin hükümler de yer almaktadır. Bu özelliği nedeni ile 1905 Evlilik Sözleşmesi, evlilik mallarına uygulanacak hukuka ilişkin hükümler içeren ilk sözleşme olma özelliğini taşımaktadır.<sup>6</sup>

1905 tarihli bu sözleşmeden sonra, uzun bir süre, evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

text.display&tid=13. (Erişim Tarihi: 4 Mayıs 2007). Bu Sözleşme; Belçika, Almanya, Fransa, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Polonya, Portekiz, Romanya, İsveç, İsviçre ve Macaristan tarafından onaylanmıştır. Avusturya ve İspanya Sözleşmeyi imzalamışlar ama onaylamamışlardır: Osnabrück, Von Christian v. Bar, 'Die Eherechtlichen Konventionen der Haager Konferenz(en)', RabelsZ, Vol. 57, 1993, s. 66-67. Bu sözleşme, evliliğin aslı ve şekli şartlarına uygulanacak hukuk, evlenme engelleri, evlenme ehliyeti gibi konuları düzenlenmiş olmakla birlikte, evlilik mallarına ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir: Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Osnabrück, s. 66 vd.; ayrıca, Sözleşme hükümlerine ilişkin açıklamalar için bkz., Metya, Nusret, *Devletler Hususi Hukuku, Ders Notları*, Ankara 1939, s. 125-129.

<sup>4</sup> Sözleşmenin Fransızca metni için bkz., [http://hcch.e-vision.nl/index\\_en.php?act=text.display&tid=14](http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=text.display&tid=14). (Erişim Tarihi: 4 Mayıs 2007). Anılan Sözleşme, boşanma veya ayrılık dâvalarında yargı yetkisi ile bu tür uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuka ilişkin hükümler getirmektedir. Ancak, evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda, bu sözleşmede de herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Sözleşme hakkında bkz., Osnabrück, s. 75 vd. 12 Haziran 1902 tarihli *La Haye Konferansında*, bu iki sözleşme dışında bir üçüncü sözleşme olarak, "Vesayete İlişkin Sözleşme" de (*Convention of 12 June 1902 Relating to the Settlement of Guardianship of Minors*) hazırlanmıştır. Sözleşmenin Fransızca metni için bkz., [http://hcch.e-vision.nl/index\\_en.php?act=text.display&tid=15](http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=text.display&tid=15) (Erişim Tarihi: 4 Mayıs 2007). 5 Ekim 1961 tarihli "Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Sözleşme" (*Convention of 5 October 1961 Concerning the Powers of Authorities and the Law Applicable in Respect of the Protection of Minors*), bu Sözleşmenin yerini almıştır. Sözleşme metni için bkz., [http://hcch.e-vision.nl/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=39](http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.text&cid=39). (Erişim Tarihi: 4 Mayıs 2007).

<sup>5</sup> Sözleşmenin Fransızca metni için bkz., [http://hcch.e-vision.nl/index\\_en.php?act=text.display&tid=17](http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=text.display&tid=17). (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2007).

<sup>6</sup> Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Öztürk Yılmaz, Necla, *Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2006, s. 143 vd.

mıştır. Ancak, 1960'lı yıllara gelindiğinde, evlilik malları, hem millî hukuklarda reform çalışmaları ile hem de milletlerarası kongrelerde önem kazanmaya başlamış,<sup>7</sup> bunun sonucu olarak da, 1972 yılında, *La Haye* Konferansının on ikinci oturumunda, evlilik mallarına uygulanacak hukuk sorununun, bir sonraki oturumda tartışılmasına karar verilmiştir.<sup>8</sup>

Bu çalışmanın amacı, 1972 *La Haye* Konferansı'nda, bir sonraki oturumda gündeme alınmasına karar verilen ve evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunu münhasıran düzenleyen ilk sözleşme olma niteliğini taşıyan 14 Mart 1978 tarihli Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesi konusunda genel açıklamalarda bulunmak, sözleşmenin ilkelerini ve kanunlar ihtilâfı kurallarını kısaca incelemek, sözleşmenin getirdiği kuralların bazı karakteristik özelliklerine dikkat çekmek ve sözleşmenin, sözleşmeye taraf olan ülkelerde yaşayan Türk vatandaşlarına etkisini ayrıntılı bir şekilde değerlendirmektir.

Çalışmanın kapsamına, 1905 Evlilik Sözleşmesi ve evlilik mal rejimleriyle ilgili *La Haye* Konferansı'nın bazı üye devletlerini bağlayan ve evlilik malları yanında başka konulara da uygulanacak hukuku düzenleyen diğer sözleşmeler<sup>9</sup> dahil edilmemiştir. Çünkü konu ile doğrudan ilgili tek uluslararası sözleşme olma özelliği taşıyan uluslararası belge, 14 Mart 1978 tarihli Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesi'dir ve sadece bu sözleşme içerdiği hükümler nedeniyle Türk vatandaşları üzerinde bir etkiye sahiptir.

## I. Sözleşmenin Yapısı ve Yürürlüğe Girme Süreci

Sözleşme toplam 31 maddeden oluşmaktadır. İlk iki maddede, sözleşmenin kapsamı ve evrensellik ilkesi; 3 ve 6. maddelerde, evlilik anında veya daha sonra evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda belirlenebilecek sübjektif bağlama kuralları; 4, 5 ve 15. madde-

<sup>7</sup> Philip, Allan, Comments; "Hague Draft Convention on Matrimonial Property", Am. J. Comp. L., Vol. 24, 1976, s. 307.

<sup>8</sup> Overbeck, E. Alfred, *Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes*, La Haye 1978, s. 13-14; Philip, s. 307.

<sup>9</sup> Örneğin, Latin Amerika ülkelerinin çoğunu bağlayan *Lima* Sözleşmesi (1879), *Montevideo* (1889-1940) Sözleşmeleri ve *Mustamante* Sözleşmesi (1928) gibi: Overbeck, s. 14.

lerde, objektif bağlama kuralları; 10 ilâ 13. maddelerde, evlilik sözleşmesinin şekli yanında, uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin şekil ve usul konuları düzenlenmiştir. Kamu düzeni istisnası 14. maddede; sözleşmenin diğer sözleşmelerle ilişkisi ve zaman bakımından uygulanmasına ilişkin hükümler 16 ilâ 21. maddelerde; sözleşmenin yürürlüğe girmesine ilişkin konular ile sonuç hükümleri ise, 22 ilâ 31. maddelerde yer almaktadır.

Sözleşmenin yürürlüğe girme koşulları, 24. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, sözleşme, 22 ve 23. maddelerde belirtildiği üzere, onay, kabul ve uygun bulma koşullarına ilişkin belgelerin tevdi edilmesinden sonraki üç takvim ayının ilk günü yürürlüğe girer. Sözleşmenin yürürlüğe girmesi için, üç ülke tarafından onaylanması veya kabul edilmesi ya da uygun bulunması gerekmektedir. Üçüncü ülkenin onay veya kabul ya da uygun bulma koşullarını gerçekleştirmesinden sonra geçecek olan üçüncü ayın ilk günü sözleşme yürürlüğe girmiş olacaktır. Bu nedenle, sözleşmeyi onaylayan veya kabul eden ya da uygun bulan ülkelerin bu işlemleri yaptıkları tarihler büyük önem arz etmektedir.

Sözleşme, ilk olarak Fransa tarafından 26 Eylül 1978 tarihinde imzalanmış ve 26 Eylül 1979 tarihinde uygun bulunmuştur. Daha sonra, 14 Ekim 1982 tarihinde sözleşme Lüksemburg tarafından imzalanmış ve 19 Haziran 1984 tarihinde uygun bulunmuştur. Sözleşmeyi imzalayan ve uygun bulan üçüncü ülke ise Hollanda olmuştur. Hollanda, 14 Ekim 1988 tarihinde sözleşmeyi imzalamış, 25 Haziran 1992 tarihinde uygun bulunmuştur.<sup>10</sup> Sözleşmeyi uygun bulan üçüncü ülkenin, uygun bulma tarihinden sonraki üçüncü takvim ayının ilk günü olan 1 Eylül 1992 tarihinde de sözleşme yürürlüğe girmiştir. Görüldüğü gibi, 14 Mart 1978 tarihli sözleşme, akdedildiği tarihten on dört yıl sonra yürürlüğe girmiştir.

## II. Sözleşmenin İlkeleri

### a. Malların Birliği İlkesi

Evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunun görüşüldüğü 1978 *La Haye* Konferansı'nda, bazı *common law* ülkelerinin delegeleri,

<sup>10</sup> Sözleşmeyi imzalayan, onaylayan, kabul eden ve uygun bulan üye ülkelerin listesi için bkz., [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=87](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=87) (Erişim Tarihi: 2 Mayıs 2007).

kendi ülkelerinde kabul gördüğü şekilde, eşlerin taşınır ve taşınmaz mallarına farklı hukukların uygulanması yönünde görüş bildirmişlerdir. Ancak, sözleşmede, kural olarak, evlilik mallarının birliği ilkesi kabul edilmiş ve *common law* ülkelerinde geçerli olduğu şekilde, evlilik malları -taşınır ve taşınmaz mal ayrımı yapılmadan-, bir bütün olarak ele alınmıştır. Bunun yanı sıra, sözleşmenin 3. maddesinde, bu kuralı bir dereceye kadar esnekletiren, *lex rei sitae* yararına bir istisna da kabul edilmiştir.<sup>11</sup> Bu maddeye göre, eşler, taşınmaz mallarının tamamı veya bazıları hakkında, taşınmaz malın bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını belirleyebilirler.

### b. Sınırlı İstisnalarla Değişmezlik İlkesi

Sözleşmenin 7. maddesinin birinci fıkrasında, kural olarak değişmezlik ilkesi kabul edilmiştir. Bu maddeye göre, '*Sözleşme hükümlerine göre uygulanacak hukuk, eşler farklı bir hukuku tayin etmedikleri sürece, vatandaşlıklarındaki veya mutad meskenlerindeki değişiklikler dikkate alınmaksızın uygulanmaya devam eder*'. Görüldüğü gibi bu hüküm ile evlilik mallarına uygulanacak hukukun değişmezliği ilkesi kabul edilmiş ve eşlerin vatandaşlık ya da mutad meskenlerindeki değişikliklerin uygulanacak hukuka bir etkisinin olmayacağı belirtilmiştir.

Değişmezlik ilkesinin iki sonucu olduğunu görüyoruz. Bunlardan birincisi, uygulanacak hukuk eşlerin özgür iradesi dışında sona erdirilemez; ikincisi ise, eşler evlilik süresince her zaman başka bir hukuku, uygulanacak hukuk olarak seçebilirler. Başka bir anlatımla, eşler, sözleşmenin 4. maddesindeki objektif bağlama kurallarına dayanarak belirlenen hukuku, evlilik süresince her zaman, evlilik mallarına veya sadece taşınmaz mallara ilişkin olarak, hukuk seçimi sözleşmesi yapmak suretiyle değiştirme yetkisine sahiptirler. Bu husus sözleşmenin 6. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, eşler evlilik süresince herhangi bir anda, evlilik mallarına uygulanmak üzere yeni bir hukuk belirleyebilirler. Görüldüğü gibi, sözleşmede, değişebilirlik ilkesine, eşlerin evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmış olması halinde izin verilmektedir.<sup>12</sup>

Sözleşmenin 7. maddesinin ikinci fıkrasında ise değişmezlik kuralının istisnaları, yani objektif bağlama noktalarının eşlerin iradesinden

<sup>11</sup> Overbeck, s. 15.

<sup>12</sup> Philip, s. 312.

bağımsız olarak değişebileceği haller sayılmıştır. Bu nedenle, 1978 Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye Sözleşmesi*'nde "sınırlı istisnalarla değişmezlik" ilkesinin kabul edildiğini ve bu hususun Sözleşmenin karakteristik özelliklerinden biri olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim sözleşmenin öngördüğü bazı koşulların gerçekleşmesi halinde kendiliğinden değişebilirlik mümkün olmaktadır. Böyle bir düzenleme, ne *common law* ülkelerinin, ne *civil law* ülkelerinin hukuk düzenlerinde, ne de uluslararası sözleşmelerde sıklıkla görülen bir düzenleme şeklidir.

Sözleşmenin 7. maddesine göre, eşler uygulanacak hukuku tayin etmemiş veya evlilik sözleşmesi de yapmamışlarsa, önceki uygulanacak hukuk yerine, eşlerin her ikisinin sahip olduğu mutad mesken ülkesinin iç hukuku uygulanır hale gelebilir. Bunun mümkün olabileceği haller şunlardır:

Maddenin birinci bendine göre, eşlerin mutad mesken olarak yerleştikleri ülke, eşlerin ortak millî hukuku ise veya o ülkeye yerleşmelerinden itibaren bu ülkenin vatandaşlığını kazanacaklarsa, bu ülke hukuku eşlerin evlilik mallarını idare edecektir.

Aynı maddenin ikinci bendine göre, sözleşmeyi onaylayan ülkelerde, on yıldan fazla süredir mutad meskene sahip olan eşlerin evlilik mallarını, bu ülke hukuku idare edecektir.<sup>13</sup>

Konu ile ilgili son istisna ise, sözleşmenin 7. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü bendinde düzenlenmiştir. Bu hüküm, eşlerin aynı ülkede ortak mutad meskene sahip olur olmaz, ortak millî hukuk uygulamasının değişeceğini düzenlemektedir.

Görüldüğü gibi, bu istisnaların hepsi, mutad mesken yararına getirilmiş istisnalardır. Bu durum, sözleşmenin '*mutad mesken*' bağlama noktasına büyük önem atfettiğine işaret etmektedir. Ayrıca, getirilen bu düzenleme ile uygulanacak hukuka ilişkin değişiklik kendiliğinden olmakta, yani eşlerin iradeleri dışında evlilik mallarına uygulanacak hukuk değişmektedir. Bu nedenle, konu çok tartışılmış ve sonuçta sözleşmenin 8. maddesi kabul edilerek, bu değişikliğin geleceğe yönelik olduğu hükmü kabul edilmiştir.<sup>14</sup> Bu husus, en iyi çözüm olmasa da,

<sup>13</sup> Bu husus aşağıda 'Sözleşmenin Türk Vatandaşları Üzerindeki Etkisi' başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

<sup>14</sup> Bu konu, Konferansta en çok tartışılan ve eleştirilen konulardan biri olmuştur. Yöneltilen eleştirilerin başında, uygulanacak hukukun kendiliğinden değişmesi halin-

en azından kötünün iyisi olarak sözleşmede yer almıştır. Aslında, evlilik mallarına iki farklı hukukun uygulanması sonucunda doğabilecek bütün olası kombinasyonlar için tatmin edici şekilde kurallar formüle etmek gerçekten de imkânsız görünmektedir. Bu nedenle, her somut olayda tatmin edici bir çözüm üretmek mahkemelere düşmektedir.<sup>15</sup>

### c. Evrensellik İlkesi

Uygulanacak hukukla ilgili olarak, 1951 yılından bu yana hazırlanan *La Haye Sözleşmeleri*'nin büyük bölümünde olduğu gibi, bu sözleşmenin kanunlar ihtilâfı kuralları da, akit devletlerde ortaya çıkan ve sözleşmenin kapsamına giren bütün uyumsuzlukları idare eder. Sözleşmenin 2. maddesinde, sözleşmeye göre uygulanacak hukuk olarak belirlenen hukukun akit bir devletin hukuku olması şartı aranmamaktadır. Dolayısıyla, sözleşme karşılıklılık şartı aranmaksızın uygulanacaktır. Sözleşmenin 2. maddesine göre, bu sözleşmenin uygulanacak hukuk olarak gösterdiği eşlerin millî hukukunun veya mutad mesken hukukunun ya da daha sonraki maddelerden dolayı uygulanacak başka bir hukukun, akit devlet hukuku olmaması halinde bile sözleşme uygulanacaktır.

## III. Sözleşme Hükümlerine Göre Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk

Sözleşmenin 3 ilâ 14. maddelerinden oluşan ikinci bölüm, "*Uygulanacak Hukuk*" başlığını taşır ve konu ile ilgili olarak sübjektif ve objektif bağlama kurallarını düzenler.

---

de, eşlerin evlilik mal rejimlerine iki farklı hukukun arka arkaya uygulanmasının neden olacağı güçlükler gelmektedir. Özellikle, eşlerin millî hukuklarında evlilik mal rejimine ilişkin hükümlerde değişiklikler yapıldığında, genellikle çok karmaşık geçiş hükümlerine gerek duyulduğu Konferansta vurgulanmıştır. Bunun yanı sıra, konu ile ilgili uyumsuzluklarda temel sorunlar, eşlerin bazı mallarının, başka malların yerine geçmesiyle ortaya çıkmakta ve birbiri ardına uygulanacak olan hukuklardaki malların kazanımı veya devrine ilişkin sonuçların neler olacağını tespit etmek her zaman kolay olmayacaktır. Ancak benzer sorunlara, eşlerin evlilik mallarına uygulanacak hukukun, tek bir hukuk olduğu hallerde de rastlanabilmektedir: Overbeck, s. 34-35.

<sup>15</sup> Overbeck, s. 35.

### a. Sübjektif Bağlama Kuralları

Sözleşmenin temel yeniliği, eşlerin evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçmesine izin vermiş ve irade muhtariyeti ilkesini kabul etmiş olmasıdır. Ancak, sözleşme hükümlerine göre, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusunda, eşlere tanınan irade muhtariyeti sınırsız değildir. Bu seçim özgürlüğünün sınırı, sözleşmede belirtilen bağlama noktalarıyla çizilmiştir. Sözleşme, tarafların seçebileceği hukukları belirlerken hukuk seçiminin evlilik öncesinde ve evlilik sonrasında yapılması halleri arasında ayırım yapmaktadır.

Sözleşmenin 3. maddesi, eşlere, evlilikten önce evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak şu hukuklardan birini seçme imkânı tanımaktadır: Eşlerden birinin millî hukuku, mutad mesken hukuku, gelecekteki mutad mesken hukuku ve taşınmaz mallar bakımından taşınmaz malın bulunduğu yer hukuku.

Sözleşmenin 6. maddesi ise, eşlere, evlilikten sonra, eşlerden birinin millî hukukunu ya da mutad mesken hukukunu evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak seçme imkânı tanımıştır. Ayrıca, 3. maddedeki düzenlemeye paralel olarak, taşınmaz mallar bakımından, taşınmaz malın bulunduğu yer hukuku da uygulanacak hukuk olarak belirlenebilir.

Subjektif bağlama kurallarının belirlenmesinde de, Sözleşmenin bazı karakteristik özellikler taşıdığı göze çarpmaktadır.

Bunlardan birincisi, subjektif bağlama noktası olarak *'gelecekteki mutad mesken'* hukukunun sözleşmede yer almış olmasıdır. Gerçekten de, *'gelecekteki mutad mesken'* bağlama noktası; millî hukuk, ikametgâh hukuku ya da mutad mesken hukuku gibi sık sık karşılaştığımız bir bağlama noktası değildir. Sözleşmenin 3. maddesi, eşlere, evlilikten sonra mutad mesken olarak yerleşecekleri ülkenin hukukunu seçme imkânını vermiştir.

Subjektif bağlama noktaları ile ilgili olarak bir diğer özellik, eşlerin seçebilecekleri hukuklar belirlenirken, sözleşmede evlilik öncesi ve evlilik sonrası ayırımının yapılmış olmasıdır. Evlilik öncesinde yapılan hukuk seçimlerinde, seçebilecek hukuklar arasında eşlerin gelecekteki mutad mesken hukuku da bulunmaktadır. Buna karşılık, evlilik sonrası yapılacak hukuk seçimlerinde gelecekteki mutad mesken hukukunun seçilmesine imkan tanınmamıştır. Eşlere tanınan se-



çim özgürlüğünün sınırları konusunda yarattılan bu farklılık, hukuk seçiminin evlilikten sonra yapılması halinde, 'gelecekteki mutad mesken hukukunun' seçilebilmesinin zaten mümkün olmadığı gerekçesine dayandırılmaktadır. Bununla beraber, eşler evlendikten sonra ve hukuk seçiminin yapıldığı anda bir mutad meskene sahip olamayabilirler. Bu durumda, eşlerin daha sonra mutad mesken olarak yerleşmeyi düşündükleri ülkenin hukukunu niçin seçemeyeceklerini anlamak güçtür.

Evlilik öncesinde taraflarca seçilebilecek olan 'gelecekteki mutad mesken hukuku'nun tespitinde bazı sorunlarla karşılaşılabilir. Şöyle ki, evlilikten sonra, ancak, mutad mesken olarak düşünülen yere henüz yerleşmeden önce ortaya çıkan uyuşmazlıklara hangi hukuk uygulanacaktır? *La Haye* Konferansı'nda bu husus delegelerce tartışılmış ve böyle bir durumda, eşlerin yaptığı hukuk seçiminin etkili olmayacağı kabul edilmiştir. Buna göre, böyle bir sorunla karşılaşıldığında, sanki hukuk seçimi hiç yapılmamış gibi kabul edilecek ve uygulanacak hukuk konusunda objektif bağlama kurallarına gidilecektir.<sup>16</sup> Oysaki eşlere, gelecekteki mutad mesken hukukunu seçmeleri yönünde bir seçim hakkı verilmiş ve eşler buna uygun olarak gelecekte yerleşmeyi düşündükleri ülkenin hukukunu evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak seçmişlerse, artık bu hukukun uygulanması gerektiği kanısındayız. Zira sözleşme, eşlere sınırlı irade muhtariyeti çerçevesinde bazı hakları seçme olanağı tanımaktadır. "Gelecekteki mutad mesken" de bunlardan biridir ve uyuşmazlık çıktığı anda, eşlerin mutad mesken olarak yerleşmeyi planladıkları ülkeye, bizzat yerleşmiş olmaları şartının aranmaması gerektiği kanısındayız.

## b. Objektif Bağlama Kuralları

Sözleşmede, objektif bağlama kurallarının belirlenmesinde, cinslerin eşitliği ilkesi gereğince, eşlerden biri diğerine üstün tutulmamış, her iki eş için ortak unsurlar dikkate alınmıştır.

Sözleşmenin 4. maddesine göre, eşler evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmamışlarsa, evlilikten sonraki ilk ortak mutad mesken hukuku evlilik mallarını idare edecektir. Ancak, objektif bağlama kuralı, evlilikten sonraki ilk ortak mutad mesken hukuku olmakla beraber, sözleşme, bazı şartların gerçekleşmesi halinde, eşlerin ortak

<sup>16</sup> Overbeck, s. 43.

millî hukukunun iç maddî hukuk kurallarının uygulanmasına imkân vermiştir. Nitekim 4. maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiş olan üç ihtimalden biri gerçekleştiği takdirde eşlerin ortak millî hukukunun iç maddî hukuk kuralları uygulanacaktır. Bu ihtimallerin ilk ikisinde, eşlerin evlilikten sonraki ilk mutad meskenleri aynı ülkede bulunmakla beraber, eşler aynı zamanda ortak bir millî hukuka da sahip bulunmaktadırlar. Sözleşme, bu iki ihtimal çerçevesinde, eşlerin evlilikten sonra ilk ortak meskenleri hukuku yerine, bazı şartların gerçekleşmesi halinde, onların ortak millî hukukun uygulanmasını tercih etmiştir. Üçüncü ihtimalde ise, eşlerin ortak millî hukukunun uygulanmasının nedeni, eşlerin evlilik sonrasındaki ilk mutad meskenlerinin aynı ülkede bulunmamasıdır; yani bu ihtimal çerçevesinde 4. maddede belirtilmiş olan evlilik sonrası ilk mutad mesken hukukunun uygulanmasına zaten imkân yoktur.

İlk ihtimal çerçevesinde eşlerin ortak millî hukukun uygulanabilmesi için, eşlerin her ikisinin de vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devletin, 5. maddede öngörülen bildirimde bulunan bir devlet olması<sup>17</sup> ve bu bildirim eşlere uygulanmasının 5. maddenin ikinci fıkrası<sup>18</sup> hükümleri tarafından hariç tutulmamış olması gerekir. Örneğin, evlilik sonrası ilk ortak mutad meskenlerini evlilikten sonraki 4 yıl süre ile Almanya'da tesis etmiş bulunan Hollanda vatandaşlığını taşıyan eşler bakımından, eğer hukuk seçimi yapılmamış ise, ilk ortak mutad mesken sıfatıyla Alman hukuku değil, ortak millî hukuk sıfatıyla Hollanda hukuku uygulanacaktır. Zira her iki eşin de vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devlet (Hollanda), sözleşmenin 5. maddesinde öngörülen bildirimde bulunmuş olan bir devlettir ve eşler Almanya'da evlilik sonra 4 yıl süreyle ortak mutad meskene sahip olmuşlardır.

İkinci ihtimal çerçevesinde eşlerin ortak millî hukukunun uygulanabilmesinin ön şartı, eşlerin her ikisinin de vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devletin akit bir devlet olmaması ve söz konusu devletin uluslararası özel hukuk kurallarına göre kendi iç hukukunun uygu-

<sup>17</sup> Bu maddeye göre, herhangi bir devlet, imza, kabul, onay veya katılma anından sonra olmamak üzere, 4. maddenin ikinci fıkrasının 1 nolu bendine göre kendi iç hukukunun uygulanmasını talep eden bildirimde bulunabilir.

<sup>18</sup> Bu fıkraya göre, bu devlet bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen bildirim yapan bir devlet ise ya da uluslararası özel hukuk kurallarına göre, kendi millî hukukunun uygulanmasını gerektiren imzacı bir ülke değilse, bu bildirim, o ülkede evlilik tarihinden itibaren beş yıldan az olmamak üzere mutad meskene sahip olan eşlere uygulanmaz.

lanacak hukuk olmasıdır. Bu durumda, eşlerin ortak millî hukukun uygulanabilmesi, eşlerin evlilikten sonraki ilk ortak mutad meskeninin şu iki ülkeden birinde bulunmasına bağlıdır: Söz konusu mutad mesken, alternatif olarak, ya 5. maddede öngörülen bildirim yapan devlette bulunmalıdır; ya da, ilk ortak mutad meskenin bulunduğu devlet, akit olmayan bir devlet olmalı ve bu devletin uluslararası özel hukuk kuralları da millî hukukun uygulanmasını öngörmüş bulunmalıdır. Örneğin, evlendikten sonra ilk mutad meskenlerini 3 yıl süreyle Hollanda'da tesis etmiş bulunan Türk vatandaşları bakımından, millî hukuk sıfatıyla Türk hukukunun iç maddî hukuk kurallarının uygulanması ihtimali ortaya çıkabilir. Zira her iki eşin de millî hukuku olan Türk hukukunun milletlerarası özel hukuk kuralları (MÖHUK, m. 14) ortak millî hukuku uygulanacak hukuk olarak belirlemiştir. Dolayısıyla ikinci ihtimalin uygulanması için gerekli olan ön şartlar gerçekleşmiş demektir. Bununla beraber, sözleşmeye göre, ortak millî hukuk sıfatıyla Türk hukukunun iç maddî hukuk kurallarının uygulanması için, ilk ortak mutad meskenin bulunduğu ülke ile ilgili şartın gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmak gerekir. Bu devlet, örneğimizde, sözleşmenin 5. maddesindeki bildirim yapan bir devlet (Hollanda) olduğundan, Hollanda mahkemelerinin, sözleşme uyarınca ortak millî hukuk sıfatıyla Türk iç maddî hukuk kurallarını uygulaması gerekmektedir. Eğer her ikisi de Türk vatandaşı olan eşlerin evlilikten sonraki ilk mutad meskenleri Avusturya olsaydı yine Türk hukuku uygulanacaktı. Zira eşlerin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devlet (Türkiye) sözleşmeye taraf değildir ve Türk milletlerarası özel hukuk kurallarına göre evlilik mallarına uygulanacak hukuk ortak millî hukuktur. Eşlerin evlilik sonrası ilk mutad meskene sahip oldukları devlet de (Avusturya) sözleşmeye taraf değildir ve Avusturya kanunlar ihtilafı kurallarına göre de, seçimin olmaması halinde evlilik mallarına ortak millî hukuk uygulanmaktadır (Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 18/I (a)).

Ortak millî hukukun uygulanacağı üçüncü ihtimal ise, eşlerin evlilikten sonraki ilk mutad meskenlerinin aynı devlette bulunmaması halidir. Diğer bir ifadeyle, bu ihtimalde, eşlerin evlendikten sonraki ilk mutad meskenleri farklı ülkelerde bulunmaktadır. Örneğin, biri Hollanda'da, diğeri Almanya'da mutad mesken sahibi olan Türk vatandaşlarının evlendiklerini ve evlilikten sonra 3 yıl süreyle ortak bir mutad meskene sahip olmadıklarını varsayalım. Bu durumda, zaten

eşlerin evlilik sonrası ortak bir mutad meskeni bulunmadığından ilk ortak mutad mesken kuralının uygulanmasına da imkân yoktur; dolayısıyla, sözleşme uyarınca eşlerin ortak millî hukuku sıfatıyla Türk hukuku uygulanacaktır.

Eşlerin, evlilikten sonraki ilk mutad meskenleri aynı ülkede değilse ve bunlar ortak millî hukuka da sahip değilse, artık en yakın irtibatlı hukuk uygulanacaktır.

Görüldüğü gibi, 1978 Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesi, ilk ortak mutad mesken bağlama noktasını esas almışsa da, buna ortak millî hukuk lehine istisnalar getirmiştir. Hem ilk ortak mutad meskenin, hem de ortak millî hukukun bulunmadığı hallerde ise, her somut olayın özelliklerine göre tespit edilecek olan en yakın irtibatlı hukukun uygulanması tercih edilmiştir.

#### IV. Sözleşmenin Türk Vatandaşları Üzerindeki Etkisi

26 Ağustos 1955 tarihinden beri *La Haye* Konferanslarına üye olan Türkiye Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesini onaylamamış olmasına rağmen,<sup>19</sup> sözleşme, Türkiye bakımından, sözleşmenin onaylandığı ülkelerde yaşayan Türk vatandaşlarını ilgilendiren hükümleri nedeniyle dolaylı bir etkiye sahiptir.

Uluslararası özel hukukun en karmaşık sorunlarından birini düzenlemiş olan 14 Mart 1978 tarihli Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesi, 1 Eylül 2002 tarihinde yürürlüğe girmesinin onuncu yılını doldurması nedeniyle, bu sözleşmenin ilk olarak yürürlüğe girdiği üç ülkede (Hollanda, Fransa ve Lüksemburg) özel bir önem taşımaya başlamıştır.

Şöyle ki, sözleşmenin 7. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci bendi nedeniyle, sözleşmeyi onaylayan ülkelerde on yıldan fazla süredir mutad meskene sahip olan eşlerin evlilik mallarına eşlerin ortak mutad mesken hukuku uygulanır.

Hollanda, Fransa ve Lüksemburg'da 1 Eylül 1992 tarihinden bu yana yürürlükte olan sözleşme, bu tarihten itibaren on yıldır mutad

<sup>19</sup> Türkiye'nin katıldığı ve imzaladığı *La Haye* Sözleşmeleri'nin listesi ve üyelik bilgileri hakkında bilgi için bkz., [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=states.details&sid=74](http://www.hcch.net/index_en.php?act=states.details&sid=74). (Erişim Tarihi: 3 Mayıs 2007).

meskene sahip olan yabancı çiftlerin evlilik mal rejimini, eşlerin noter huzurunda aksini öngören bir sözleşme yapmaması halinde, re'sen bu ülkelerin iç maddî hukukuna tâbi tutmaktadır.

Görüldüğü gibi adı geçen maddeye göre, evlilik mallarına uygulanacak hukuk ister ortak millî hukuk, ister ilk mutad mesken hukuku olsun, evlilikten sonra eşlerin mutad mesken edindikleri ülkede on yıldan fazla bir süre mutad meskene sahip olmaları halinde, bu ülkenin hukuku, evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak kendiliğinden değişmektedir.

Örneğin, bu ülkelerden birinin iç maddî hukuk düzenlemesinde mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğunu kabul edelim. Eşler aksine bir sözleşme yapmadığı takdirde, on yıldır ortak mutad meskene sahip oldukları ülkenin mal rejimi -örnekte mal ayrılığı rejimi- kendiliğinden işlerlik kazanacak ve eşlerin evlilik mallarına, on yıldır ortak mutad meskene sahip oldukları ülkenin hukuku uygulanacaktır. Böyle bir düzenleme, bu ülkelerinde yaşayan Türk vatandaşlarını -ve elbette diğer yabancı çiftleri-, yakından ilgilendirmektedir.

Sözleşmeye böyle bir hükmün getirilmesinin nedeni, on yıl gibi uzun sayılabilecek bir sürenin geçmesinden sonra eşlerin ortak mutad meskene sahip oldukları ülke ile bütünleşmiş olacakları varsayımına ve eşlerin evlilik mallarına bu ülkenin hukukunun uygulanmasının yerinde olacağı düşüncesine dayanmaktadır.<sup>20</sup>

Belli bir sürenin geçmesinden sonra eşlerin mutad mesken hukukunun kendiliğinden evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak değişmesine ilişkin bu hüküm konusunda eşlerin bilgilendirilmesi gereği açıktır. Bu nedenle, başta sözleşmeye taraf olan ülkelerin (Hollanda, Fransa ve Lüksemburg) ve Konferans üyesi ülkelerin ulusal makamlarını ve ilgili mercilerini bilgilendirmeleri gerekmektedir.

Bu bilgilendirmeyi gerçekleştirmek üzere, TC *La Haye* Büyükelçiliği Türk Dışişleri Bakanlığı, Konsolosluk Daire Başkanlığı (KOEK) aracılığı ile Adalet Bakanlığı'na bir yazı göndermiş; buna sözleşme metni ve konu ile ilgili Hollanda basınında çıkan haberleri de eklemiştir.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Overbeck, s. 31.

<sup>21</sup> *La Haye* Büyükelçiliği'nin 27 Ağustos 2002 tarihli ve 44 faks sıra numarası ile Dışişleri Bakanlığı'na; Dışişleri Bakanlığı'nın da 5 Eylül 2002 tarih ve 339188 sayılı 'eşler arasındaki mal rejimi' konulu Adalet Bakanlığı'na gönderdiği yazı: Adalet Bakanlığı'ndan kişisel olarak temin edilmiştir.

NRC Handelsblad gazetesinde, “Yabancı Çiftlerin Evlilik Statüleri Birden-bire Değişti” (For Foreign Couples: Status Marriage Suddenly Different) başlığıyla yayınlanan haberde, 1 Eylül 1992 tarihinde yürürlüğe giren ve 1 Eylül 2002 tarihi itibarıyla, yürürlüğe girmesinin onuncu yılını dolduracak olan Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Sözleşme’nin ilgili hükümleri uyarınca, 1 Eylül 1992 tarihten itibaren Hollanda’da yaşayan ve on yıldır evli olan yabancı çiftlerin evlilik mallarına uygulanacak hukukun, re’sen Hollanda hukukuna tâbi olacağı ve Hollanda hukukunda uygulanan mal ortaklığı rejimine dönüşeceği belirtilmiştir. Haberde bu durumun özellikle, kendi millî hukukları farklı mal rejimini öngördüğü için, Türk<sup>22</sup> ve Faslı eşleri etkileyeceği ifade edilmektedir.

Sözleşmenin bu hükmüne tâbi olmak istemeyen, yani kendiliğinden değişimi kabul etmeyen eşlerin yapması gereken nedir? Böyle bir durumda, eşler, bir sözleşme yaparak uygulanacak hukukun kendiliğinden değişimini engelleme imkânına sahiptir. Başka bir anlatımla, 1978 Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesi’nin bu hükmünden etkilenen olan çiftler, evlilik mallarına uygulanacak hukukun değişmesini istemiyorlarsa, bunu engellemek üzere notere başvurmalı, ya kendilerine uygulanmasına istedikleri yeni mal rejimini ya da zaten uygulanmakta olan evlilik mal rejimini seçtiklerine ilişkin bir sözleşme yapmalıdırlar. Ancak, objektif bağlama kurallarına göre belirlenmiş olan uygulanacak hukukun iç maddî hukuk kuralları, eşlerin evlilik sırasında evlilik mallarına ilişkin böyle bir sözleşme yapmasına izin vermiyorsa, bu olanak da ortadan kalkmaktadır.<sup>23</sup>

Evlilik mallarına uygulanacak hukukun kendiliğinden değişmesi halinde, bu hangi andan itibaren geçerli olacaktır? Bu konu, sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, evlilik mallarına uygulanacak hukuktaki kendiliğinden değişiklik, sadece geleceğe yöneliktir; geçmişe etki etmez.

Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse;

Türk vatandaşı (E) ile İngiliz vatandaşı (K) nin, 01 Ocak 1990 yılında Türkiye’de evlendiğini ve 01 Ocak 1994 yılına kadar Türkiye’de mutad mesken sahibi olduklarını farz edelim. Eşler bu tarihten sonra

<sup>22</sup> Türk hukukunda 1 Ocak 2002 tarihinden önce ‘mal ayrılığı rejimi’ geçerli idi.

<sup>23</sup> Overbeck, s. 33.

Hollanda'ya yerleşmişler ve hâlâ Hollanda'da yaşamaktadırlar. Eşler, 01 Mayıs 2007 tarihinde Hollanda'da boşanmışlardır.

Bu olayda önem arz eden tarihleri şu şekilde belirleyebiliriz:

01 Ocak 1990 – Eşlerin Türkiye'de evlendikleri tarih.

01 Ocak 1994 – Eşlerin Hollanda'ya yerleştikleri tarih.

01 Ocak 2002 – Yeni Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih.

01 Ocak 2004 – Eşlerin Hollanda'da mutad mesken sahibi olmalarının onuncu yılı.

01 Mayıs 2007 – Eşlerin boşandıkları tarih.

Bu olayda esasen üç farklı dönem olduğunu görüyoruz.

Birinci dönem (01 Ocak 1990 - 01 Ocak 2002), eşlerin evlendikleri tarih ile yeni Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçen dönemdir. Davaya bakan Hollanda Mahkemesi, sözleşme hükümlerine göre uygulanacak hukuku belirleyecektir. Eşlerin evlilikten önce ya da sonra, evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda herhangi bir sözleşme yapmamış olmaları halinde- ki olayımızda böyle bir sözleşmenin olmadığını farz ediyoruz-, uygulanacak hukuk objektif bağlama kurallarına göre tespit edilecektir. Objektif bağlama kuralları ise, sözleşmenin 4. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, eşlerin evlilik mal rejimini, evlilikten sonra ilk mutad mesken olarak yerleştikleri ülkenin iç maddî hukuk kuralları idare eder. Örneğimizde, eşler, Türkiye'de evlenmiş ve mutad mesken sahibi olmuşlardır. Bu nedenle, bu dönemde eşlerin evlilik mallarına uygulanacak hukuk, evlilik sonrası ilk mutad mesken hukuku sıfatıyla Türk hukuku; dolayısıyla Türk iç maddî hukuk kurallarıdır. O dönemde geçerli olan Türk Medenî Kanunu hükümleri uyarınca, mal ayrılığı rejimine göre tasfiye gerçekleşecektir.

İkinci dönem (01 Ocak 2002 - 01 Ocak 2004), yeni Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih ile eşlerin Hollanda'da mutad mesken sahibi olmalarının onuncu yılını doldurduğu dönemdir.<sup>24</sup> Bu dönemde de, yine sözleşmenin 4. maddesi uyarınca, evlilik sonrası ilk ortak mutad mesken hukuku sıfatıyla Türk hukuku, dolayısıyla Türk

<sup>24</sup> *La Haye Sözleşmesi*'nin 7. maddesinin ikinci fıkrasına göre, on yıllık periyot, eşlerin Hollanda'da mutad mesken sahibi olmalarından itibaren başlar.

iç maddî hukuk kuralları uygulanacaktır. Ancak, artık bu dönemde yeni Türk Medenî Kanunu'na göre, eşlerin evlilik malları, edinilmiş mallara katılma rejimine göre tasfiye edilecektir.

Üçüncü dönem (01 Ocak 2004 - 01 Ocak 2007), eşlerin mutad mesken olarak Hollanda'da on yılı doldurmaları ile boşanmaya kadar geçen süredir. Sözleşmenin 7. maddesinin ikinci fıkrasına göre, evlilik mal rejimine uygulanacak hukuk kendiliğinden değişecek ve eşlerin on yıldır mutad meskene sahip oldukları ülke hukukuna -Hollanda hukukuna- göre malları tasfiye edilecektir.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için farklı bir örnek daha verelim.

Her ikisi de Türk vatandaşı olan eşlerin, 1 Ocak 1994 tarihinde, Hollanda'da evlendiklerini ve evlendikleri tarihten itibaren de Hollanda'da yaşadıklarını farzedelim. Evlilik anında kocanın malvarlığı değeri 100.000 birim, kadının malvarlığı değeri ise 20.000 birim olsun.

1 Ocak 2002'de kocanın malvarlığı değerinin 100.000 birim daha fazlaştığını (toplam 200.000 birim), kadının malvarlığı değerinin ise halâ 20.000 birimde kaldığını kabul edelim.

1 Ocak 2004 tarihinde kocanın malvarlığı 100.000 birim (toplam 300.000 birim) daha artmış, kadının malvarlığı değeri ise değişmemiştir.

Eşler 01 Mayıs 2007 tarihinde boşanmaya karar verdiklerinde ise, kocanın malvarlığının toplam değeri 400.000 birim, kadının malvarlığı değerinin ise 20.000 birim olarak tespit edilmiştir.

Görüldüğü gibi, eşlerin toplam malvarlığı değeri 420.000 birimdir.

Eşlerin evlilik mal rejimi sözleşmesi yapmamış olduğu varsayımından hareketle malların hangi hukuka göre ve nasıl paylaşılacağını tespit etmeye çalışalım.

Bu olayda, önem arz eden tarihleri şu şekilde belirleyebiliriz:

1 Ocak 1994 - Eşlerin evlendikleri tarih

1 Ocak 2002 - Yeni Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih



1 Ocak 2004 – Eşlerin Hollanda’da mutad meskene sahip olmalarının onuncu yılı.

1 Mayıs 2007 – Eşlerin boşanma tarihi

Bu olayda da üç farklı dönem olduğu görüyoruz:

İlk dönem (1 Ocak 1994 -1 Ocak 2002), eşlerin evlendikleri tarih ile Türk iç maddî hukukunda mal rejimleri konusunda yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçen süredir. Eşler evlilik mal rejimi sözleşmesi yapmadıkları için, uygulanacak hukuk objektif bağlama kurallarına göre tespit edilecektir. Sözleşmenin 4. maddesine göre, evlilikten önce eşlerin evlilik mal rejimi sözleşmesi yapmamış olması halinde uygulanacak hukuk, her iki eşin de evlilikten sonraki ilk ortak mutad mesken hukuku sıfatıyla Hollanda hukuku olmakla beraber, burada sözleşmenin 4. maddesinde düzenlenen ve eşlerin ortak millî hukuku sıfatıyla Türk hukukunun uygulanmasını gerektiren sözleşmenin 4 (2). maddesinin (a) bendinde düzenlenen<sup>25</sup> istisnâî durum gerçekleşmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla burada, eşlerin evlilik mallarına, ortak millî hukukları olan Türk hukukunun iç maddî hukuk kuralları uygulanacaktır. O halde, eski Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre, kanunî mal rejimi olan, mal ayrılığı rejimine göre tasfiye yapılır ve koca 200.000 birim; kadın 20.000 birim alır.

İkinci dönem (1 Ocak 2002 – 1 Ocak 2004), Yeni Türk Medenî Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarih ile eşlerin on yıldır mutad meskene sahip oldukları ülkede yaşamalarına kadar geçen dönemdir. Bu dönemde de, yine eşlerin ortak millî hukuku sıfatıyla Türk hukuku uygulanacaktır. Bununla beraber, bu kez, konuya ilişkin Türk iç maddî hukuk kuralları yeni Türk Medenî Kanunu ile değiştirilerek ‘*edinilmiş mallara katılma rejimi*’, kanunî mal rejimi haline getirildiğinden, paylaşım bu rejim çerçevesinde yapılacaktır. Buna göre, koca malvarlığının yarısını, yani 50.000 birim; kadın da malvarlığının yarısını, yani 50.000 birim alacaktır.

<sup>25</sup> Anılan maddeye göre, evlilik mallarına, eşlerin ortak millî hukukunun iç maddî hukuk kurallarının uygulanabilmesi için, eşlerin ortak millî hukuka sahip oldukları ülkenin sözleşmeye taraf olmaması ve bu ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre iç hukukun uygulanabiliyor olması ve ayrıca eşlerin evlilikten sonraki ilk mutad meskenlerini, sözleşmenin 5. maddesindeki bildirim yapan devlette tesis etmiş olmaları gerekmektedir. Örneğimizde, eşler evlilikten sonraki ilk mutad meskenlerini, 5. maddeye göre bildirimde bulunmuş olan Hollanda’da tesis etmişlerdir.

Üçüncü dönem (1 Ocak 2004 - 1 Mayıs 2007), eşlerin on yıldır mutad meskene sahip oldukları ülkede geçerli olan mal rejimine tâbi oldukları tarih ile boşanmanın gerçekleştiği tarihe kadar geçen dönemdir. Bu dönemde artık eşler, sözleşmenin 7. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci bendine göre, on yıldır ortak mutad meskene sahip oldukları ülkenin hukukuna -olayda Hollanda hukukuna-, tâbidirler. Bu nedenle, Hollanda'da geçerli olan tam mal ortaklığı rejimine (*algehele gemeenschap van goederen*) göre paylaşırma yapılır ve koca 50.000 birim; kadın 50.000 birim alır.

Böyle bir paylaşırma sonucunda, toplamda koca 300.000 birim; kadın ise 120.000 birim alacaktır. Oysa baştan itibaren Hollanda hukuku uygulanmış olsa idi, her bir eş 210.000 birimi hak edecekti.

Türk vatandaşları açısından, sözleşmenin 7. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanabilmesi için, eşlerin tek ortak millî hukukunun olması gerekir. Başka bir anlatımla, eşlerin birden fazla millî hukukunun bulunmaması gerekir. Çünkü bu halde, eşler çifte vatandaşlığa sahip olacaklardır ve sözleşmenin 15. maddesine göre, 7. maddenin ikinci fıkrasının birinci bendinde gönderme yapılan durumlar hariç,<sup>26</sup> eşlerin ortak millî hukukuna gönderme yapan hükümler, eşlerin birden fazla millî hukukunun bulunması halinde uygulanmaz.

## Sonuç

1978 Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesinin karakteristik özelliklerinden ilki, sözleşmenin 7. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan ve eşlerin evlilik mallarına uygulanacak hukuku belirlemedikleri takdirde, bazı şartların gerçekleşmesi halinde, uygulanacak hukukun eşlerin iradesi dışında, kendiliğinden değişebilmesinin mümkün olmasıdır.

Eşlere, "*gelecekteki mutad mesken hukuku*"nu yani evlilikten sonra mutad mesken olarak yerleşecekleri ülkenin hukukunu seçme olanağının verilmiş olması da bir diğer özelliktir. Her ne kadar bu seçim özgürlüğü, eşlerin evlilik mallarına uygulanacak hukuk seçimini evlilikten önce yapmaları hali ile sınırlandırılmış olsa da, bu husus sözleşmede düzenlenmiş bulunmaktadır.

<sup>26</sup> Sözleşmenin 7. maddesinin 2. fıkrasının 1. bendinde gönderme yapılan durumlarda ise, birden çok millî hukukun olduğu hallerde dahi 7.2 (1) uygulanacaktır.

Bu özellikler bir bütün olarak düşünüldüğünde, sözleşmede '*mutad mesken*' bağlama noktasının ağırlıklı bir önemi haiz olduğunu söyleyebiliriz. Gerçekten de, sözleşmedeki kendiliğinden değişebilirlik ilkesi tamamen mutad mesken yararına mümkün olabilmektedir. Bunun yanı sıra, yeni bir bağlama noktası olarak göze çarpan '*gelecekteki mutad mesken*' hukuku da bu hususu işaret etmektedir.

Sözleşmenin bu karakteristik özellikleri yanında, özellikle kendiliğinden değişebilirlik ilkesi nedeniyle de sözleşmenin, *common law* ve *civil law* ülkelerinin düzenlemelerinden farklı bir düzenlemeye sahip olduğu görülmektedir. Bu ilke, sözleşmenin onaylandığı ülkelerde yaşayan Türk vatandaşlarının evlilik mal rejimlerinin de, sözleşmede öngörülen şartlar gerçekleştiğinde, kendiliğinden değişmesine yol açmaktadır.

## EVLİLİK MALLARINA UYGULANACAK HUKUK HAKKINDA SÖZLEŞME<sup>27</sup>

### BÖLÜM I- SÖZLEŞMENİN KAPSAMI

#### Madde 1

Bu sözleşme evlilik mal rejimlerine uygulanacak hukuka karar verir.

Sözleşme,

1. Eşler arasındaki nafaka yükümlülüklerinde,
2. Sağ kalan eşin miras haklarında,
3. Eşlerin ehliyeti konularında uygulanmaz.

#### Madde 2

Bu sözleşme, eşlerin vatandaşlığı veya mutad meskeni veya daha sonraki maddelerden dolayı uygulanacak hukukun, akit ülke olmaması halinde dahi uygulanır.

<sup>27</sup> Makalenin yazarı tarafından yapılan çeviridir.

## BÖLÜM II- UYGULANACAK HUKUK

### Madde 3

Evlilik mal rejimine, evlilik öncesinde eşler tarafından belirlenmiş olan iç hukuk uygulanır. Eşler şu hukukların sadece birini belirleyebilirler.

1. Eşlerden birinin, belirleme anındaki milli hukuku,
2. Eşlerden birinin, belirleme anındaki mutad mesken hukuku,
3. Eşlerden birinin, evlilik sonrasında yerleştiği yeni mutad mesken hukuku,

Böylece tayin edilen hukuk, eşlerin tüm malvarlığına uygulanır.

Bununla birlikte, önceki fıkralarda bir hukuk tayin etmiş olup olmamalarına bakılmaksızın, eşler taşınmaz mallarının tamamı veya bazıları hakkında, taşınmaz malın bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını belirleyebilirler. Eşler, ayrıca, sonradan edinilen taşınmaz malın, taşınmaz malın bulunduğu yer hukukunca idare edileceği koşulunu koyabilirler.

### Madde 4

Eşler, evlilikten önce, uygulanacak hukuku belirlememişlerse, eşlerin evlilik mal rejimini, eşlerin evlilikten sonraki ilk mutad mesken olarak yerleşilen ülkenin iç hukuku idare eder.

Bununla birlikte, şu durumlarda, evlilik mal rejimini eşlerin ortak millî hukukunun iç hukuku idare eder:

1. Madde 5'deki bildirim o devlet tarafından yapıldığında ve bunun eşlere uygulanması, aynı maddenin ikinci fıkrası hükümlerince hariç tutulmadığında;

2. Devlet, sözleşmeye taraf değilse ve o devletin uluslararası özel hukuk kurallarına göre iç hukuk uygulanabiliyorsa ve eşler evlilikten sonraki ilk mutad mesken olarak

a. Madde 5'teki bildirim yapan devlette, ya da

b. Sözleşmeye taraf olmayan ve uluslararası özel hukuku, eşlerin millî hukukunun uygulanmasına imkân veren devlette yerleşmişlerse;

3. Eşler evlilikten sonra aynı ülkede ilk mutad meskene sahip olmadıklarında.

Eşler aynı ülkede mutad meskene sahip değillerse veya ortak millî hukukları yoksa onların evlilik malları rejimini, bütün şartlar göz önüne alınarak, en yakın irtibatlı ülkenin iç hukuk kuralları idare eder.

### **Madde 5**

Herhangi bir devlet, imza, kabul, onay veya katılma anından sonra olmamak üzere, 4. maddenin ikinci fıkrası, 1. nolu bendine göre, iç hukukunun uygulanmasını talep eden bildirimde bulunabilir.

Bu devlet bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen bildirim yapan bir devlet ya da uluslararası özel hukuk kurallarına göre, millî hukukun uygulanmasını gerektiren akit devlet değilse; bu bildirim, o ülkede evlilikten itibaren beş yıldan az olmamak üzere mutad meskene sahip olan eşlere uygulanamaz.

### **Madde 6**

Evlilik süresince eşler, evlilik mal rejimine, önceki uygulanacak hukuktan başka bir iç hukukun uygulanmasını hüküm altına alabilirler.

Eşler şu hukuklardan sadece birini belirleyebilirler.

1. Eşlerden birinin, belirleme anındaki millî hukuku;
  2. Eşlerden birinin, belirleme anındaki mutad mesken hukuku
- Böylece belirlenen hukuk eşlerin tüm malvarlığına uygulanır.

Bununla birlikte, önceki fıkralarda veya 3. maddeye göre bir hukuk tayin etmiş olup olmamalarına bakılmaksızın, eşler taşınmaz mallarının tamamı veya bazıları hakkında, taşınmaz malın bulunduğu yer hukukunu tayin edebilir. Eşler, ayrıca, sonradan edinilen taşınmaz malın, taşınmaz malın bulunduğu yer hukukunca idare edileceği koşulunu koyabilirler.

### **Madde 7**

Sözleşme hükümlerine göre uygulanacak hukuk, eşler farklı bir hukuku tayin etmedikleri sürece, vatandaşlıklarındaki veya mutad meskenlerindeki değişiklik dikkate alınmaksızın uygulanmaya devam eder.

Bununla birlikte, eşler uygulanacak hukuku tayin etmemişse veya evlilik sözleşmesi yoksa önceki uygulanacak hukuk yerine, eşlerin her ikisinin sahip olduğu mutad mesken ülkesinin iç hukuku uygulanır hale gelir.

1. Mutad mesken olarak yerleştikleri ülke, eşlerin ortak millî hukuku ise veya o andan itibaren eşler bu ülkenin vatandaşı olacaklarsa,

2. Evlilikten sonraki mutad mesken on yıldan daha az bir süre devam etmemişse veya

3. Mutad meskene yerleşildiğinde, evlilik mal rejimi 4. maddenin ikinci fıkrasının 3 nolu bendi nedeniyle sadece ortak millî hukuka tâbi olduğu durumlarda,

### **Madde 8**

7. maddenin ikinci fıkrasına uygun olarak, uygulanacak hukukun değişmesi, sadece geleceğe yönelik olarak etki doğurur ve değişiklikten önce eşlerin sahip olduğu mallar, yeni uygulanacak hukuka tâbi değildir.

Bununla birlikte, eşler her zaman, 13. maddeye uygun şekilde olmak üzere, yeni hukuka tâbi bütün malvarlığını, taşınmaz mallar hakkında 3. maddenin dördüncü fıkrası ve 6. maddenin dördüncü fıkrasındaki hükümlere hâlel getirmeksizin yeni hukuka tâbi kılabilirler.

### **Madde 9**

Eşlerle üçüncü kişiler arasındaki yasal ilişkilerde evlilik mal rejiminin etkileri, Sözleşme'ye göre evlilik mal rejimine uygulanacak hukuka tâbidir.

Bununla birlikte, akit devletin hukuku, evlilik mal rejimine uygulanacak hukuk eşlerden birinin veya üçüncü kişinin mutad meskeninin olduğu yerdeki üçüncü kişiye karşı olan eşe dayanmamayı sağlayabilir, aksi halde,

1. aleniyete ilişkin gereklilikler veya tescil, uyum sağlayan bu hukuk tarafından belirlenir veya

2. bu eşle üçüncü kişi arasındaki yasal ilişkiler, üçüncü kişinin ya evlilik mal rejimine uygulanacak hukuku bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda ortaya çıkar.

Taşınmaz malın bulunduğu yer sözleşmeye taraf ülke ise, bu taşınmaz mallar ilgili eşler ve üçüncü kişi arasındaki yasal ilişkilerde paralel bir kural sağlayabilmeyi tayin ettirir.

Sözleşmeye taraf ülke, bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları kapsamını bir bildirimle açıkça belirtebilir.

#### **Madde 10**

Uygulanacak hukuk olarak belirlenen hukukta eşlerin rızasıyla ilgili her türlü ihtiyaca bu hukukça karar verilebilmelidir.

#### **Madde 11**

Uygulanacak hukukunun belirlenmesi sarih bir şekilde yapılabilir veya evlilik sözleşmesinin hükümlerinden zımnî olarak anlaşılır.

#### **Madde 12**

Evlilik sözleşmesi, şekil olarak evlilik mal rejimine uygulanacak hukukun iç hukukuna veya yapıldığı yerin iç hukukuna uygunsa geçerlidir. Her halükarda, evlilik sözleşmesi her iki eş tarafından yazılı, tarihli ve imzalı olmalıdır.

#### **Madde 13**

Açıkça şart konularak uygulanacak hukukun belirlenmesi, ya eşlerin belirlediği hukukun iç hukukuna veya yapıldığı yerin iç hukukundaki evlilik sözleşmesi için öngörülen şekle uygun olmalıdır. Her halükarda, uygulanacak hukukun belirlenmesi her iki eş tarafından yazılı, tarihli ve imzalı olmalıdır.

#### **Madde 14**

Sözleşmeye göre karar verilen hukukun uygulanması, sadece kamu düzenine (*ordre public*) açıkça aykırılık halinde bertaraf edilebilir.

### **BÖLÜM III- TAMAMLAYICI HÜKÜMLER**

#### **Madde 15**

Sözleşmenin amacı doğrultusunda, sadece şu hallerde, vatandaşlık, eşlerin ortak vatandaşlığı olarak değerlendirilir.

(1) her iki eşin evlilikten önceki sahip olduğu vatandaşlık, her iki eş de, evlilikten önce o vatandaşlığa sahipse,

(2) eşlerden biri, bir bildirimde bulunmak ya da yeni vatandaşlığın kazanılmasına engel olmak için kendisine verilen hakkı kullanmamak suretiyle, evlilikten önce ya da sonra, diğer eşin vatandaşlığını kendi iradesi ile kazanmış ise,

(3) her iki eş de evlilikten sonra bu vatandaşlığı iradî olarak kazanmış ise,

7. maddenin ikinci fıkrasının birinci bendindeki gönderme yapıldığı durumlar hariç, eşlerin ortak millî hukukuna gönderme yapan hükümler, eşlerin birden fazla ortak millî hukukunun bulunması halinde uygulanmaz.

### **Madde 16**

Sözleşmenin amacı doğrultusunda, evlilik mallarına uygulanacak farklı sistemlere sahip, iki veya daha fazla bölgesi bulunan ülkelerde, millî hukuka yapılan atıflar, bu ülkenin yürürlükteki kurallarına göre karar verilen sisteme atıf yapılmış gibi yorumlanır.

Böyle bir kuralın olmaması halinde, 3. maddenin ikinci fıkrasının ikinci bendinde ve 6. maddenin ikinci fıkrasının birinci bendindeki amaçlar doğrultusunda, eşlerden birinin vatandaşı olduğu ülkeye yapılan bir atıf, eşin son mutad meskeninin bulunduğu bölgesel birlik olarak yorumlanır ve 4. maddenin ikinci fıkrasının amacı doğrultusunda eşlerin ortak vatandaşlığının olduğu ülkeye yapılan bir atıf ise her birinin, eğer varsa, mutad meskeninin bulunduğu son bölgesel birlik olarak yorumlanır.

### **Madde 17**

Sözleşmenin amacı doğrultusunda, evlilik mallarına uygulanacak farklı sistemlere sahip, iki veya daha fazla bölgeye sahip ülkelerde, mutad meskene yapılan her türlü atıf, bu ülkenin bir bölgesindeki mutad meskene atıf olarak yorumlanır.

### **Madde 18**

Sözleşmenin amacı doğrultusunda, evlilik mallarına uygulanacak farklı sistemlere sahip, iki veya daha fazla bölgeye sahip akit devlet, bu tür bölgeler arasındaki uyumsuzluklarda, sözleşmeden dolayı uy-



gulanacak başka bir ülke hukukunun olmadığı hallerde, sözleşme kurallarının uygulanması zorunda bırakılamaz.

### **Madde 19**

Sözleşmenin amacı doğrultusunda, farklı şahsiyet kategorilerinin evlilik mallarına uygulanacak iki veya daha fazla yasal sisteme sahip bir ülkede, böyle bir ülke hukukuna atıf yapıldığında, bu ülkenin yürürlükteki kurallarınca karar verilen sisteme atıf yapılmış gibi yorumlanır.

Böyle bir kuralın olmaması halinde, eşlerin ortak millî hukukunun iç hukuku, 4. maddenin birinci fıkrasındaki şartlara göre ve 7. maddenin ikinci fıkrasının ikinci bendindeki şartlara uygun olarak her birinin devam eden mutad mesken ülkesinin iç hukuku uygulanır. Eşlerin ortak millî hukukunun olmaması halinde 4. maddenin üçüncü fıkrası uygulanır.

### **Madde 20**

Sözleşme, imzacı veya taraf haline gelen ülkenin, bu sözleşme tarafından idare edilen konulardaki hükümleri de içeren uluslararası diğer enstrümanları etkilemez.

### **Madde 21**

Sözleşme, her bir akit devlette, sadece sözleşmenin bu ülkede yürürlüğe girmesinden sonra evlilik mal rejimine uygulanacak hukuku belirleyen veya evlenen eşlere uygulanır.

Sözleşmeye taraf olan bir ülke bildirimle, sözleşmenin diğer eşlere de uygulanmasını kapsamına alabilir.

## **BÖLÜM IV- NİHAÎ HÜKÜMLER**

### **Madde 22**

Sözleşme, Uluslararası Özel Hukuk *La Haye* Konferansı'nın on üçüncü oturumunda üye ülkelerin imzasına açıktır. Sözleşme, Hollanda Dışişleri Bakanlığı'nın güvencesinde onay, kabul ve uygun bulmaya ilişkin belgelerle kabul edilir, onaylanır ve uygun bulunur. Sözleşmenin imza, kabul ve onay belgeleri Hollanda Dışişleri Bakanlığı'na tevdi edilir.

**Madde 23**

Herhangi bir ülke de Sözleşmeye katılabilir.

Katılma belgeleri Hollanda Dışişleri Bakanlığı'na emanet edilir.

**Madde 24**

Her ülke; imza, onay, kabul, uygun bulma veya katılma tarihinde, sözleşmenin, sorumlu olduğu uluslararası ilişkilerin birini ya da daha fazlasını da kapsamına alacağını bildirebilir. Bu tür bir bildirim, sözleşmenin o ülke için yürürlüğe girdiği tarihten itibaren etki doğurur. Sonradan yapılacak genişletmelerle birlikte böyle bir bildirim, Hollanda Dışişleri Bakanlığı'na bildirilmelidir.

**Madde 25**

Evlilik mallarına uygulanan hukuk konusunda farklı sistemlere sahip iki ya da daha fazla bölgesel birliğe sahip akit bir devlet, imza, onay, kabul, uygun bulma ya da katılma sırasında, sözleşmenin, bütün bölgesel birliklerden birine veya daha fazlasına da uygulanacağını bildirebilir ve bu bildirim ondan sonra herhangi bir süre uzatabilir.

Bu bildirimler Hollanda Dışişleri Bakanlığı'na bildirilmeli ve sözleşmenin uygulanacağı bölgesel birlik açıkça belirtilmelidir.

**Madde 26**

Sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihte karmaşık bir millî bağlılık sistemine sahip bir akit devlet, bildirimle, sözleşmenin amaçları doğrultusunda kendi millî hukukuna nasıl atıf yapılacağını zaman zaman bildirebilir.

**Madde 27**

Sözleşmeye çekince konamaz.

**Madde 28**

5. maddede, 9. maddenin dördüncü fıkrasında, 21. maddede ya da 26. maddede belirtilen şekliyle bildirimde bulunmak isteyen herhangi bir akit devlet, bu bildirimini Hollanda Dışişleri Bakanlığı'na bildirmelidir.

Böyle bir bildirim düzenleme ya da bildirim geri alma halinde de bildiri aynı şekilde yapılır.

**Madde 29**

Sözleşme, 22 ve 23. maddelerde bahsi geçen imza, kabul, onay ya da katılım belgelerinin teslim edilmesinden sonra, üçüncü takvim ayının ilk günü yürürlüğe girer.

Böylece, Sözleşme:

(1) İmzalayan, kabul eden, onaylayan ya da sonradan katılan her bir ülke için imza, kabul, onay ya da katılım belgelerinin teslim edilmesinden sonraki üçüncü takvim ayının ilk günü;

(2) 24. maddeye uygun olarak sözleşmenin uzatıldığı bölge için o maddede belirtilen bildirimden sonraki üçüncü takvim ayının ilk günü;

yürürlüğe girer.

**Madde 30**

Sözleşme, 29. maddenin ilk fıkrası gereğince, sözleşmeyi sonradan imzalayan, kabul eden, onaylayan ya da sözleşmeye katılan ülkelerde bile yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl yürürlükte kalır.

Eğer fesih söz konusu değilse, sözleşme her beş yılda bir zımnem yenilenir.

Herhangi bir fesih, beş yıllık dönemin bitiminden en az altı ay önce, Hollanda Dışişleri Bakanlığı'na bildirilmelidir. Fesih, sözleşmenin uygulandığı bazı bölgeler ya da bölge birlikleri ile sınırlandırılabilir.

Fesih, sadece fesih bildiriminde bulunan ülkeye etki eder. Sözleşme, diğer akit devletlerde yürürlükte kalır.

**Madde 31**

Hollanda Dışişleri Bakanlığı, Konferans'ın üye ülkelerine ve 23. maddeye göre katılan ülkelere aşağıdakileri bildirmelidir:

- (1) 22. maddede belirtilen imzaları, onayları ve kabulleri;
- (2) 23. maddede belirtilen katılımları;
- (3) 29. maddeye göre, Sözleşme'nin hangi tarihte yürürlüğe gireceğini;
- (4) 24. maddede belirtilen uzatmaları;
- (5) 30. maddede belirtilen fesihleri;
- (6) 25, 26 ve 28. maddelerde belirtilen bildirimleri.

# REKABETİN DİKEY KISITLANMASINA GRUP MUAFİYETİNİN UYGULANABİLMESİ BAKIMINDAN PAZAR PAYI SINIRLAMALARI

Özlem KARAMAN COŞGUN\*

## Giriş

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK), yasaklanan faaliyetler olarak rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları (m. 4), hakim durumun kötüye kullanılmasını (m. 6), birleşme ve devralmaları düzenledikten sonra, m. 4'teki yasaklamaya istisna olarak m. 5'te muafiyet kurumunu düzenlemiştir. Bu hükmünde öncelikli olarak bireysel muafiyet ve şartlarına yer verilmiş, hükmün son paragrafında ise grup muafiyetine ilişkin düzenleme yapılmıştır.<sup>1</sup> Bu düzenlemeye göre; Rekabet Kurulu m 5/1'de belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayacak, bu muafiyetten yararlanabilmenin şartlarını gösterecek tebliğler<sup>2</sup> çıkarabilir.

Rekabet Kurulu RKHK m. 5 hükmüne dayanarak, 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (1997/3 sayılı tebliğ), 1997/4 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (1997/4 sayılı tebliğ), 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (1998/7 sa-

---

\* Dr. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Ar. Gör.

<sup>1</sup> Bireysel muafiyet ile grup muafiyeti arasındaki farklılıklar için bkz., Karaman Coşgun, Özlem, Rekabetin Dikey kısıtlanması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 27-29.

<sup>2</sup> Rekabet Kurumu tarafından grup muafiyeti rejimini düzenlemek üzere çıkarılmış olan Tebliğler, mevzuatımızdaki diğer Tebliğlerden farklı olup, kendine özgü bir niteliğe sahiptirler. Bu hususta bkz İnan, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - II, Kayseri 09.04.2004, s. 47.

yılı tebliğ), 1998/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (1998/3 sayılı tebliğ), 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (2002/2 sayılı tebliğ), 2003/2 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (2003/2 sayılı tebliğ), 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (2005/4 sayılı tebliğ) çıkarmıştır. Bu tebliğlerden 2002/2, 2003/2 ve 2005/4 sayılı tebliğler yürürlükte olup, 1997/3, 1997/4, 1998/7 sayılı tebliğler 2002/2 sayılı tebliğ ile 1998/3 sayılı tebliğ ise 2005/4 sayılı tebliğ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Gerek yürürlükten kaldırılan gerek yürürlükte olan tebliğlerde anlaşma ve uyumlu eylemlerin grup muafiyetinden yararlanabilmelerinin şartları düzenlenmiştir. Bu şartlar her bir tebliğde, o tebliğ ile düzenlenmekte olan anlaşma ve uyumlu eylem grubunun özelliklerine uygun olması bakımından farklılık taşımaktadır. Bu şartlardan biri de pazar payı olup, yukarıda anılan grup muafiyeti tebliğlerinden motorlu taşıtlar sektörü ile ilgili 2005/4 sayılı tebliğ, motorlu taşıtlar sektörü dışında kalan sektörlerde yapılmış dikey anlaşmalar ile ilgili 2002/2 sayılı tebliğ ve araştırma ve geliştirme anlaşmalarına ilişkin 2003/2 sayılı tebliğde pazar payı şartına yer verilmiştir.<sup>3</sup> Pazar payı sınırlaması ile az sayıda teşebbüsün faaliyette bulunduğu,<sup>4</sup> etkin rekabetin mevcut olmadığı piyasalarda yapılan dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanamamasının temini amaçlanmaktadır. Yürürlükten kaldırılan tebliğler ise, grup muafiyetinin uygulanması bakımından açık bir pazar payı sınırı getirmemelerine karşın, benzer amaca hizmet eden,

<sup>3</sup> 2005/4 ve 2002/2 sayılı tebliğlerin pazar payı sınırlaması ile ilgili hükümleri, makalenin ilerleyen bölümlerinde detaylı olarak ele alınacaktır. 2003/2 sayılı tebliğin pazar payı sınırlaması ile ilgili hükmü olan m. 5/a, b'ye göre ise, bu tebliğ ile düzenlenen grup muafiyetinden yararlanabilmek için,

“(a) Anlaşma, sonuçların ortak kullanımını içermekte ve taraflardan en az ikisi ilgili pazarda rakip teşebbüsler konumunda ise, tarafların tümünün ilgili pazardaki toplam pazar paylarının %40'ı aşmaması,

(b) Anlaşma konusu ürünlerin dağıtım hakkının münhasıran taraflardan birine ya da taraflarca kontrol edilen bir teşebbüse ya da taraflarca birlikte tayin edilen üçüncü bir teşebbüse verilmiş olması halinde ise, tarafların tümünün ilgili pazardaki toplam pazar paylarının %20'yi aşmaması” gerekmektedir.

<sup>4</sup> Otomotiv sektöründe motorlu kara taşıtları piyasası hariç olmak üzere, alt piyasaların firma sayıları bakımından rekabetçi piyasa özelliklerine sahip olmadıkları hususunda bkz., Aslan, İ. Yılmaz/Katırcıoğlu, Erol/Toksoy, M. Fevzi/Ilıcak, Ali/Ardıyok, Şahin/Bilgel, Fırat, *Otomotiv Sektöründe Rekabet Hukuku ve Politikaları*, 2006, s. 7.

özellikle yüksek pazar payları sebebiyle ilgili piyasadaki rekabetin ortadan kaldırılmasına ve piyasanın diğer teşebbüslere kapanmasına yol açacak anlaşma hükümlerinin grup muafiyetinden yararlanmasına izin verilmediği görülmektedir.<sup>5</sup> Bu hükümlerin ayrıntılarına, söz konusu tebliğlerin yürürlükten kaldırılmış olmaları sebebiyle girilmeyecek olup, bu çalışmada 2005/4 sayılı tebliğdeki pazar payı sınırlaması ve 2007/2 sayılı tebliğ<sup>6</sup> ile yapılan değişiklik neticesinde 2002/2 sayılı tebliğ ile düzenlenen grup muafiyeti rejiminin uygulanabilmesi için de getirilen pazar payı sınırlamaları üzerinde durulacaktır.

### Pazar Payı ve Hesaplanma Usulü

Pazar payının hesaplanabilmesi için öncelikli olarak tespiti gereken husus '*ilgili pazar*' dır. Nitekim bir teşebbüsün pazar payı, söz konusu teşebbüsün ilgili pazarda sahip olduğu pay olup, bu pazarda sahip

<sup>5</sup> Örneğin, 1997/3 sayılı tebliğin 4. maddesine göre grup muafiyetinin kapsamı dışına kalan koşul ve yükümlülükler şu şekildedir;

“ a) Aynı malların veya kullanıcı tarafından nitelikleri, fiyatı ve kullanım amaçları bakımından eş sayılan malların üreticilerinin bu mallar için kendi aralarında karşılıklı olarak tek elden dağıtım anlaşmaları yapmaları,

b) Aynı malların veya kullanıcı tarafından nitelikleri, fiyatı ve kullanım amaçları bakımından eş sayılan malların üreticilerinin bu mallar için kendi aralarında tek taraflı olarak tek elden dağıtım anlaşmaları yapmaları,

c) Kullanıcının, anlaşma konusu malları anlaşmada belirtilen bölgede sadece tek elden dağıtıcıdan elde edebilmesi ve anlaşmada belirlenen bölge dışında alternatif temin kaynaklarının olmaması,

d) Taraflardan birinin veya her ikisinin, araçların veya kullanıcıların anlaşma konusu malları ülke içindeki diğer satıcılardan veya alternatif temin kaynaklarının bulunmaması halinde ülke dışından elde etmelerini zorlaştırmaları.”

Muafiyetin geri alınmasına ilişkin 6. maddede de, etkin rekabetin bulunmadığı bir takım durumlarda muafiyetin geri alınmasına imkan tanıyan düzenlemelere yer verilmiştir. Yine aynı şekilde 1997/4 sayılı tebliğde de 4 ve 6. maddeye benzer düzenlemelere yer verilmiştir. 1998/7 sayılı tebliğin 9. maddesinde de muafiyetin geri alınabileceği hususlar arasında şunlar sayılmıştır; “a) İlgili pazara giriş veya bu pazardaki rekabet, rakip üreticiler veya dağıtıcılar tarafından akdedilen benzer anlaşmaların oluşturduğu paralel ağların toplam etkisiyle önemli ölçüde kısıtlanır ise, b) Franchise hakkının konusu olan mal veya hizmetler açısından, ülkenin önemli bir bölümünde, özellikleri, fiyatı ve kullanım amacı bakımından aynı veya kullanıcıları tarafından eşdeğer sayılan mal veya hizmetler ile etkili bir rekabet söz konusu değilse” Yine motorlu taşıtlar sektörü ile ilgili yürürlükten kaldırılan 1998/3 sayılı tebliğde de benzer nitelikte düzenlemelere yer verilmiştir.

<sup>6</sup> 2007/2 sayılı '2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ 25.05.2007 tarih ve 26532 sayılı RG'de yayınlanmış olup, 01.07.2007 tarihinde yürürlüğe girecektir (m. 6).

olduğu gücü gösterecektir. İlgili pazarın tespitinde de ikili bir değerlendirme yapılarak, ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazarın belirlenmesi gerekmektedir. “İlgili ürün pazarının tespitinde, birleşme veya devralma konusu olan mal veya hizmetlerle, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilir.” “Coğrafi pazar, teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir.” (1997/1 sayılı “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” m. 4)<sup>7</sup> İlgili ürün ve coğrafi pazarların tespiti, bu pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsleri ve pazar paylarını tespit imkanı sağlamaktadır. İlgili pazarda toplam pazar büyüklüğü ve pazar payları ise çoğu zaman araştırma şirketlerinin verilerinden ya da meslek birliklerinin yaptığı araştırmalardan elde edilebilirken, bu mümkün olmadığında

<sup>7</sup> İlgili ürün ve coğrafi pazarların tespitinde dikkate alınan kriterler ile ilgili olarak bkz., İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz Taslağı, <http://www.rekabet.gov.tr/word/ilgilipazartaslakKlavuzson.doc>, 26.04.2007, s. 6 vd. Nitelik bakımından farklı bir ürünü ele alması ve detaylı bir değerlendirmeye yer vermiş olması bakımından, 20.09.2004 tarih ve 04-60/869-206 sayılı Rekabet Kurulu Kararı, ilgili ürün pazarının tespiti bakımından örnek niteliğinde olup, bu kararda Kurul, online yemek siparişi hizmetlerini gerek restoranlar gerek sipariş veren müşteriler bakımından ayrı ayrı değerlendirerek ve bu hizmeti ikame edebilecek hizmetlerin neler olduğunu da ele alarak, ilgili ürün pazarını online paket servisi hizmetleri pazarı olarak tespit etmiştir. Aynı kararda ilgili coğrafi pazar ise, “İlgili teşebbüslerin mal ve hizmetlerini arz ettikleri ve başka bölgelerdeki teşebbüslerce üretilen ürünlerin rekabetçi baskısıyla karşılaşmadıkları alan ilgili coğrafi pazarı oluşturacaktır. Bu çerçevede kısaca coğrafi pazar, bir teşebbüsün pazar gücünü kullanabildiği en küçük alanı ifade etmektedir.” şeklinde açıklanmıştır. Kararda online paket servisi hizmetlerinin nitelikleri ve özellikle de bu hizmetten gerek restoran gerek müşteri olarak yararlananların genellikle büyük şehirlerde olmaları dikkate alınarak, ilgili coğrafi pazarın İstanbul ve Ankara olduğu tespit edilmiştir. Kararın tam metni için bkz., [www.rekabet.gov.tr/pdf/04-60-869-206.pdf](http://www.rekabet.gov.tr/pdf/04-60-869-206.pdf), 20.04.2007. Benzer şekilde çips ürünü ile ilgili olarak detaylı bir şekilde yapılan ilgili ürün pazarı değerlendirmesi ve ilgili ürün pazarının tespitinde dikkate alınan argümanlar için bkz., Rekabet Kurulu’nun 04.05.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı kararı, <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/04-32-377-95.pdf>, 23.04.2007. Yine özellik arz etmesi ve örnek niteliğinde olması bakımından, Rekabet Kurulu tarafından bira ürünü ile ilgili olarak yapılan ilgili pazar değerlendirmesi ve açık bira satışı yapan noktalar ile kapalı bira satışı yapan noktaların ayrı pazarlar olarak değerlendirilmesi hususunda bkz., Rekabet Kurulu’nun 03-71/867-371 sayılı ve 06.11.2003 tarihli kararı, [www.rekabet.gov.tr/pdf/03-71-867-371.pdf](http://www.rekabet.gov.tr/pdf/03-71-867-371.pdf), s. 3,4, 20.04.2007.

ya da mevcut tahminler güvenilir bulunmadığında ilgili pazardaki her bir tedarikçiden kendi satış rakamını bildirmesi istenebilmektedir.<sup>8</sup>

Pazar payının hesaplanmasında dikkate alınacak olan mal ve hizmetler, anlaşma konusu mallar ve hizmetler ile alıcı tarafından ürünlerin özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından ikame edilebilir olarak görülen, sağlayıcı tarafından sağlanan diğer mallar ve sağlayıcının dağıtım ağına mensup teşebbüsler tarafından satılan hizmetlerdir. Bu kapsamda bağlı dağıtıcılara satış amacıyla sağlanan tüm mal ve hizmetler de pazar payının hesaplanmasında dikkate alınacaktır. (2002/2 sayılı tebliğ m. 6 a, 2005/4 sayılı tebliğ m. 8).

Pazar payı, yeni motorlu taşıtların dağıtımının söz konusu olduğu durumlarda, malların adedi üzerinden, yedek parçaların dağıtımının ve bakım ve onarım hizmetlerinin sunumunun söz konusu olduğu durumlarda ise, malların ve hizmetlerin değeri üzerinden hesaplanacaktır. Pazar payının hesaplanmasında adet verisi temin edilemiyorsa değer, değer verisi temin edilemiyor ise adet verisi kullanılabilir, bu bilgi de elde edilemiyorsa güvenilir pazar bilgilerinden yola çıkılarak yapılacak tahminler kullanılabilir. Alıcının pazar payının hesaplanmasının gerektiği tek elden sağlama yükümlülüğünün söz konusu olduğu dikey anlaşmalarda ise, sırasıyla pazardaki satın alım hacmi ya da pazardaki satın alış değeri, bunların bulunamaması durumunda ise güvenilir tahminler kullanılabilir. (2005/4 sayılı tebliğ m. 8) Motorlu taşıtlar sektörü dışında kalan diğer sektörlerdeki dikey anlaşma ve uyumlu eylemlerde ise, pazar payı hesaplamasında mal veya hizmetlerin pazar satış değerleri esas alınacak, bu verilerin bulunmaması durumunda ise, satış miktarları da dahil olmak üzere diğer güvenilir pazar bilgilerine dayanan tahminler kullanılabilir. Alıcının pazar payının hesaplanacağı durumlarda, ya pazar alım değerleri ya da bunun tahminleri pazar payının hesaplanmasında kullanılacaktır. (2002/2 sayılı tebliğ m. 6 a)<sup>9</sup>

<sup>8</sup> İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz Taslağı, <http://www.rekabet.gov.tr/word/ilgilipazartaslakKlavuzson.doc>, 26.04.2007, s. 11.

<sup>9</sup> Rekabet Kurumu İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz Taslağı'nda ise, pazar paylarının belirlenmesindeki referans noktasının çoğunlukla satış rakamları olduğu, buna karşın ilgili ürün veya endüstrinin özelliklerine bağlı olarak kapasite, ihale pazarlarındaki aktör sayısı, havacılıkta olduğu gibi filo büyüklüğü ya da madencilik benzeri sektörlerde olduğu gibi kontrol edilen rezerv miktarı gibi başka göstergelerin de kullanılabilirdiği açıklamasını yapmaktadır. <http://www.rekabet.gov.tr/word/ilgilipazartaslakKlavuzson.doc>, 26.04.2007, s. 11.



Pazar paylarının hesaplanması sırasında kullanılacak olan veriler, bir önceki yılın verileridir (2005/4 sayılı tebliğ m. 8/a, 2002/2 sayılı tebliğ m. 6/a). Bu şekilde pazar payının hesaplanmasında yıllık bir değerlendirme yapılması kabul edilmiştir. Bir önceki yılın verilerinden neyin anlaşılması gerektiği, hangi tarih esas alındığında bir önceki yılın verisinin dikkate alınacağına ilişkin bir açıklama ise söz konusu düzenlemelerde bulunmamaktadır. Teşebbüslerin pazar payları grup muafiyetinin uygulanıp uygulanamayacağını tespit bakımından hesaplandığından ve grup muafiyetinin uygulanması bakımından da bildirimde gerek bulunmayıp, bu değerlendirmeyi esas itibarıyla teşebbüslerin kendilerinin yapması istendiğinden, bir önceki yılın verisi ifadesi ile anlaşmanın yapıldığı tarih itibarıyla bir önceki yılın verileri kastedilmektedir.<sup>10</sup> Rekabet Kurulu tarafından anlaşmanın icrası sırasında bir soruşturmanın başlatılması durumunda ise, kanaatimce Kurul anlaşma tarihinden bir önceki yılın verilerini kullanarak anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanıp yararlanmadığını tespit etmesinin yanı sıra, soruşturmanın yapıldığı tarih itibarıyla bir önceki yılın verilerini de kullanarak bir değerlendirme yapmalı ve anlaşmanın pazar paylarına ilişkin düzenleme bakımından halen grup muafiyetinden yararlanmaya devam edip edemediğini tespit etmelidir. Nitekim bir anlaşmanın yapıldığı sırada grup muafiyetinden yararlanıyor olması, anlaşmanın sona ermesine kadar bu durumun devam etmesi anlamına gelmemektedir.

Pazar payının hesaplanmasında zorluk yaşanabilecek durum, yeni bir ürünün pazara girmesi ya da mevcut bir ürünün yeni bir coğrafi pazara girmesidir. Bu durumda ilgili ürünün pazar payını saptamak mümkün olmayıp, ürünün özelliği sebebiyle pazar payı kısa sürede çok yüksek seviyelere de tırmanabilmektedir. Ancak yeni bir ürünün lansmanının yüksek pazar paylarının elde edilmesini sağlaması, genel olarak potansiyel rekabeti tehdit eder yönde değerlendirilmemektedir.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Aynı görüşte bkz., Songör, Tuncay, *Rekabet Hukukunda Muafiyet Çerçevesinde Motorlu Taşıtlar Sektöründe Grup Muafiyeti*, Ankara Şubat 2006, s. 96.

<sup>11</sup> Esin, Arif, *AB Rekabet Hukuku Grup Muafiyet Rejiminde Son Gelişmeler, Perşembe Konferansları*, Ocak 2000, (Grup Muafiyeti Rejimi), s. 127.

### 2005/4 Sayılı Tebliğ'de Pazar Payı Sınırları

Bir dikey anlaşma ya da uyumlu eylemin 2005/4 sayılı tebliğ ile düzenlenen grup muafiyetinden yararlanabilmesi için, tarafların ilgili pazardaki paylarının tebliğin 4. maddesinde belirlenen pazar payı sınırını aşmaması gerekmektedir. Bu sınır ise kural olarak sağlayıcının motorlu taşıt veya yedek parça ya da bakım ve onarım hizmeti sağladığı ilgili pazarda %30'dur. Motorlu taşıtların dağıtımını için niceliksel seçici dağıtımın tercih edildiği anlaşmalar ve uyumlu eylemlerde ise pazar payı sınırı %40 olarak belirlenmişken, niteliksel seçici dağıtım sisteminin tercih edildiği dikey anlaşma ve uyumlu eylemlere grup muafiyetinin uygulanabilmesi için herhangi bir pazar payı sınırı getirilmemiştir. Alıcının pazar payı ise tek elden sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşma ve uyumlu eylemlerde önem taşımakta, alıcının anlaşma konusu malları ve hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payının %30'u aşmaması koşuluyla grup muafiyeti uygulanabilmektedir. Pazar payına ilişkin bu sınırların aşılmış aşılmadığı, grup muafiyetinin uygulanmayacağı rekabet sınırlamalarının dikey anlaşmada bulunup bulunmadığına ilişkin olarak yapılacak incelemeden önce araştırılmalı, belirlenen pazar payı sınırlarının aşıldığının tespiti durumunda, artık anlaşma hükümlerinin tebliğ hükümlerine uygun olup olmadığı değerlendirilmesi yapılmamalıdır.

Grup muafiyetinin uygulanabilmesi bakımından aşılmaması gereken pazar payı sınırının tek elden sağlama yükümlülüğü getiren dikey anlaşmalar ile diğer dikey anlaşmalar ve niteliksel ile niceliksel seçici dağıtım sistemi oluşturan anlaşmalar bakımından farklı belirlenmiş olması, bu anlaşmaların özellikleri sebebiyledir. Tekelden temin yükümlülüğünün söz konusu olduğu anlaşmalarda pazar payı hesaplanacak teşebbüsün sağlayıcı değil, alıcı olmasının sebebi, bu tür anlaşmalarda ekonomik açıdan daha güçlü olan ve ilgili piyasadaki rekabeti anlaşma hükümleri ile ihlal etme ihtimali yüksek olan tarafın alıcı olmasıdır. Niceliksel ve niteliksel seçici dağıtım sistemlerinin söz konusu olduğu durumlar için getirilmiş farklı düzenlemenin sebebi ise, bu sistemlerin özelliklerine binaen motorlu taşıtların dağıtımını ve servisi ile ilgili piyasada doğurdıkları etkilerin farklı olmasıdır. Niceliksel seçici dağıtım sisteminde sağlayıcı dağıtıcıları ve tamircileri seçerken bu teşebbüslerin sayılarını doğrudan sınırlandıracak ölçütler kullanabilmektedir (2005/4 sayılı tebliğ m. 3/g). Özellikle hâkim durumda olan sağlayıcılar, bu sistemi benimseyerek dağıtıcı ve tamircilerin faaliyetlerini sür-

dürdükleri piyasayı diğer teşebbüslere kapatabilmekte, bu piyasadaki rekabeti ortadan kaldırebilmektedirler. Niteliksel seçici dağıtım sisteminde ise, dağıtıcıların ve tamircilerin sayısını doğrudan sınırlamayan ölçütler kullanılmamakta, sağlayıcı dağıtıcılar ve tamirciler için sadece niteliksel olan, anlaşma konusunu oluşturan mal ve hizmetlerin niteliğinin gerektirdiği ölçütler getirebilmekte, bu ölçütleri de sisteme dâhil olmak için başvuran tüm dağıtıcılar ve tamirciler için yeknesak bir biçimde, ayrımcılık yapmaksızın uygulaması gerekmektedir. (2005/4 sayılı tebliğ m. 3/h) Bu sistem, sağlayıcının dikey anlaşma ve uyumlu eylemler ile ilgili pazardaki rekabeti ortadan kaldırmasına, piyasayı diğer teşebbüslere kapatmasına imkân tanımamaktadır. Bu durum dikkate alınarak, niceliksel seçici dağıtım sisteminin benimsendiği anlaşma ve uyumlu eylemlere grup muafiyetinin uygulanabilmesi için pazar payı sınırı getirilmesi kabul edilmişken, niteliksel seçici dağıtım sisteminin mevcut olduğu durumlarda herhangi bir pazar payı sınırı getirilmemiş, teşebbüsler kurmak istedikleri dağıtım ağında niteliksel seçici dağıtım sistemini tercih etmeye yönlendirilmişlerdir. Bu şekilde satış sonrası hizmetlerde bağımsız tamirciler, yatırım yaparak sağlayıcının standartlarını yerine getirmeleri durumunda yetkili servis olma imkânını elde etmektedir. Özellikle geçmişte yetkili servis olarak çalışmakta iken anlaşmaları feshedilmiş olan bağımsız tamirciler için bu imkan büyük önem taşımakta, buna karşın motorlu taşıt üreticileri yetkili servis standartlarını arttırmadır.<sup>12</sup>

Niteliksel ve niceliksel seçici dağıtım sistemleri arasında pazar payına ilişkin bu farklılığın yanı sıra, uygulanacakları anlaşma ve uyumlu eylemlerin konuları bakımından da bir farklılık öngörülmüştür. Şöyle ki; grup muafiyeti, “... sağlayıcının motorlu taşıt veya yedek parça ya da bakım ve onarım hizmeti sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %30’u; motorlu taşıtların dağıtımını için niceliksel seçici dağıtımın tercih edildiği anlaşmalarda ise %40’ı geçmemesi durumunda uygulanır. Niteliksel seçici dağıtım sistemi oluşturan anlaşmalar için pazar payı eşiği bulunmamaktadır.” (2005/4 sayılı tebliğ m. 4/1) Bu düzenlemede %30’luk pazar payı bakımından motorlu taşıt, yedek parça ve bakım-onarım hizmetleri ayrı ayrı sayılırken, niceliksel seçici dağıtım sistemlerine ilişkin düzenlemede sadece motorlu taşıtların dağıtımını için bu sistemin tercih edilmiş olması öngörülmüştür. Bu durum karşısında, motorlu taşıtlar dışında

<sup>12</sup> Gazioğlu, Uygur, *Motorlu Taşıtlar Sektöründe Rekabet: Dağıtım ve AB Düzenlemeleri*, Ankara 2005, s. 53.

kalan yedek parça ve bakım-onarım hizmetlerini konu alan anlaşmalarda niceliksel seçici dağıtım sistemi benimsenmişse, bu dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanabilmesi için sağlayıcının pazar payının %30'u geçmemesi gerekmektedir. Motorlu taşıtların dağıtımını ile satış sonrası hizmetler ve yedek parçaların dağıtımına ilişkin anlaşma ve uyumlu eylemler arasındaki bu farklılığın sebebi ise, teşebbüslerin motorlu taşıtların dağıtımına nazaran bu alanlarda daha yüksek pazar paylarına sahip olmaları, dolayısıyla bu hususlarda yapılan anlaşma ve uyumlu eylemlerde teşebbüsleri niceliksel değil, niteliksel seçici dağıtım sistemine yönlendirme düşüncesidir.<sup>13</sup>

Pazar payı şartına ilişkin bu düzenlemelerin yanı sıra, dolaylı da olsa anlaşmaya taraf teşebbüslerin pazar paylarına ve anlaşmanın bu sebeple ilgili piyasada doğuracağı etkilere önem veren bir düzenleme de, m. 2/3'de yer almaktadır. Buna göre; motorlu taşıtlar sektöründe birbirlerine rakip olan teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmalar da muafiyetten yararlanamayacaktır. Pazar payına ilişkin şarttan farklı olarak bu düzenlemede, anlaşmanın taraflarının birbirlerinden bağımsız olarak sahip oldukları pazar paylarına değil, tarafların söz konusu dikey anlaşma ile oluşturdukları işbirliği neticesinde elde edecekleri pazar payı gücüne önem verilmiştir. Nitekim tebliğde yer alan bu düzenlemeye getirilmiş istisnalar incelendiğinde de, bu husus daha açık bir şekilde ortaya çıkmakta, taraf teşebbüslerin karşılıklı olarak güçlerini birleştirerek ilgili piyasayı diğer teşebbüslere kapatma imkanlarının olmadığı anlaşmalara grup muafiyetinden yararlanma olanağı açılmaktadır. Şöyle ki; karşılıklılık koşulu bulunmayan rakip teşebbüsler arası anlaşmalara ve sağlayıcının anlaşma konusu malların üreticisi ve dağıtıcısı olduğu, buna karşılık alıcının bu mallarla rekabet eden malların üreticisi olmayıp dağıtıcısı olduğu veya sağlayıcının anlaşma konusu bakım ve onarım işinin çeşitli aşamalarında faaliyet gösterdiği, alıcının ise bu hizmetleri satın aldığı aşamada rakip hizmetleri sağlamadığı anlaşmalara muafiyet uygulanacaktır.

Pazar payına önem veren bir diğer düzenleme, benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağların ilgili pazarın önemli bir bölümünü kapsamasına ilişkindir (2005/4 sayılı tebliğ m. 7/2). Bu durumda Rekabet Kurulu, çıkaracağı yeni bir tebliğ ile belirli sınırlamaları içeren dikey anlaşma ve uyumlu eylemleri sağlanan grup mu-

---

<sup>13</sup> Songör, s. 66.

afiyetinin dışına çıkarabilecektir. Bu düzenleme ile pazar payı yüksek tek bir teşebbüsün yapacağı dikey anlaşma ya da uyumlu eylemlerin değil, pazar payları sınırın altında kalan birden çok teşebbüsün benzer hükümler içeren dikey anlaşmalar yapmaları suretiyle ilgili pazarda aynı şekilde rekabeti sınırlamalarının önüne geçilmiş olmaktadır.

### 2002/2 Sayılı Tebliğ'de Pazar Payı Sınırları

2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'ni 2005/4 sayılı tebliğden ayıran en temel özellik, kapsamına giren anlaşma ve uyumlu eylemlere konu mal ve hizmetlerdir. 2005/4 sayılı tebliğin kapsamına, konusu yeni motorlu taşıtlar, bunların yedek parçaları ya da tamir ve bakım hizmetlerinin alımı, satımı veya yeniden satımı olan dikey anlaşmalar ve uyumlu eylemler girmekte iken, 2002/2 sayılı tebliğin kapsamına 2005/4 sayılı tebliğin kapsamında olmayan bütün dikey anlaşma ve uyumlu eylemler girmektedir. 2007/2 sayılı tebliğ ile 2002/2 sayılı tebliğde değişiklik yapılmasına kadar, anlaşma ve uyumlu eylemlerin konusu bakımından ortaya çıkan bu farklılığın yanı sıra, içerdikleri hükümler bakımından her iki tebliğ arasında ortaya çıkan en önemli farklılık, grup muafiyetinin uygulanması için bir pazar payı sınırına yer verilip verilmemesiydi. 2005/4 sayılı tebliğ, yukarıda detaylı bir şekilde açıklandığı üzere, grup muafiyetinin uygulanması bakımından belirli bir pazar payı sınırının aşılmamış olması şartını aramakta iken, 2002/2 sayılı tebliğde 2007/2 sayılı tebliğ ile yapılan değişiklikten önce bu yönde bir sınırlama getirilmemişti.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Rekabet Kurulu 04-60/869-206 sayılı kararında 2002/2 sayılı tebliğde pazar payı sınırının bulunmayışını, grup muafiyetinin geri alınması kurumunu, özellikle ilgili pazarda önemli ölçüde pazar gücüne sahip teşebbüslerin yaptığı dikey anlaşmaların yol açabileceği olumsuzluklara karşı kullanılacak en temel araç, Tebliğin bel kemiği haline getirdiği şekilde yorumlamıştır. <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/04-60-869-206.pdf>, 20.04.2007. Benzer şekilde bkz., Rekabet Kurulu'nun 04.05.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı kararı, <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/04-32-377-95.pdf>, 24.04.2007. 2002/2 sayılı tebliğde pazar payı sınırı kabul edilmemiş olmasının AB Rekabet Hukuku mevzuatı kapsamındaki 2790/1999 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün ekonomik mantığı ile çeliştiği, dikey kısıtlamaların rekabet sorunlarına markalar arası rekabetin az olduğu, teşebbüslerin pazar paylarının yüksek olduğu durumlarda yol açtıkları, grup muafiyetinin geri alınması prosedürü işletilebilecek olmasına karşın, pazar payı sınırı getirilmeyerek bireysel muafiyet için yapılacak bildirim sayısı azaltılırken, grup muafiyetinin geri alınması sürecinde benzer bir iş yükünün ortaya çıkabileceği hususunda bkz., Karakurt, Alper, *Avrupa Topluluğu ve*

Rekabet Kurulu 2006 yılında, 2002/2 sayılı tebliğde yapmayı düşündüğü değişikliğe ilişkin bir tebliğ taslağı yayınlamış ve bu tebliğ ile düzenlenen grup muafiyetinin uygulanması bakımından da pazar payı sınırı öngörmüştü. Tebliğ Taslağı 2007/2 sayılı tebliğ olarak yayınlanmış olup, 01.07.2007 tarihinde yürürlüğe girecektir (m. 6). 2007/2 sayılı tebliğ ile 2002/2 sayılı tebliğin 2. maddesine eklenen 2. ve 3. fıkra hükümlerine göre, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %40'ı geçmemesi durumunda grup muafiyeti uygulanabilecektir. Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü<sup>15</sup> içeren dikey anlaşma ve uyumlu eylemlere ise grup muafiyeti, alıcının dikey anlaşma konusu malları ve hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payının %40'ı aşmaması koşuluyla uygulanabilecektir.<sup>16</sup> Niteliksel ve niceliksel seçici dağıtım sistemlerine ilişkin özel bir düzenlemeye ise yer verilmemiştir. 2005/4 sayılı tebliğ ile 2002/2 sayılı tebliğ arasındaki bu farklılık, 2005/4 sayılı tebliğin belirli bir sektör ile ilgili olarak ve bu sektörde var olan rekabet koşulları dikkate alınarak çıkarılmış olması sebebiyledir. Nitekim niteliksel ve niceliksel seçici dağıtım sistemleri ile ilgili özel düzenlemenin sebebi de, motorlu taşıtlar sektöründeki rekabet koşullarıdır.<sup>17</sup> 2002/2 sayılı tebliğ ise motorlu taşıtlar sektörü dışında kalan tüm sektörler ile ilgili olup, sadece

*Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar*, Ankara 2005, (Münhasır Dikey Anlaşmalar) s. 187-190.

<sup>15</sup> Motorlu taşıtlar sektöründeki dikey anlaşma ve uyumlu eylemler ile ilgili grup muafiyetini düzenleyen 2005/4 sayılı tebliğde 'tek elden sağlama yükümlülüğü' ifadesine yer verilmiş olmasına karşın, motorlu taşıtlar sektörü dışında kalan tüm sektörlerdeki dikey anlaşma ve uyumlu eylemlere uygulanacak grup muafiyetini düzenleyen 2002/2 sayılı tebliğde 'tek alıcıya sağlama' yükümlülüğü ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadeye ilişkin olarak yapılan tanımlarda ise tek farklılık, 2002/2 sayılı tebliğ m. 2/h'de 'Türkiye içerisinde' ifadesine yer verilmiş olmasıdır. Bu durum karşısında kanaatimce, bir ifade karmaşasına yol açmaması bakımından yeknesaklığın sağlanması daha doğru olacaktır.

<sup>16</sup> Pazar payı sınırları ile ilgili olmamakla birlikte, 2007/2 sayılı tebliğde tek alıcıya sağlama yükümlülüğünü içeren anlaşmalar bakımından getirilen bir diğer farklılık, 2002/2 sayılı tebliğ m. 6/1'de yapılan değişikliktir. Bu düzenleme, Rekabet Kurulu'nun vereceği bir karar ile bir anlaşma ya da uyumlu eylemin yararlanmakta olduğu grup muafiyetini geri almasına ilişkindir. Düzenlemenin değişiklikten önceki şekline göre, bu durumda Rekabet Kurulu, karar vermeden önce tarafların her ikisinin de yazılı ve/veya sözlü görüşlerini isteyecekken, 2007/2 sayılı tebliğ ile yapılan değişiklik neticesinde, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren anlaşmalarda alıcının, diğer durumlarda ise sağlayıcının yazılı ve/veya sözlü görüşünü isteyecek, anlaşmanın diğer taraflarının ve ilgili üçüncü kişilerin yazılı ve/veya sözlü görüşlerini ise istemek konusunda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır.

<sup>17</sup> Bkz., '2005/4 sayılı Tebliğ'deki Durum' başlığı altında yapılan açıklamalar.

belirli bir sektördeki dikey anlaşmaları konu almaması sebebiyle, bu tebliğde benzer yönde bir düzenleme yapılmamıştır.

2002/2 sayılı tebliğde yapılan pazar payına ilişkin değişikliğin sebepleri, RKHK'nda m. 4 kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları için bildirim yükümlülüğünün kaldırılmış olması<sup>18</sup> ve 2002/2 sayılı tebliğin geçmişteki 4 yıllık uygulamasıdır. Şöyle ki, bildirim yükümlülüğünün kaldırılmasından önce pazar payı sınırlaması getirilmesi durumunda, bu sınırın üzerinde kalan ve hatta pazar payı sınırını aşmış aşmadığı hususunda tereddüt duyan her teşebbüs Rekabet Kurulu'na bildirimde bulunacak, dolayısıyla da Rekabet Kurulu'nun iş yükünü arttırarak, rekabet üzerinde daha ağır olumsuz etkiler doğuran ihlaller üzerinde yoğunlaşmaya engel olacaktır. Bildirim zorunluluğunun kaldırılmış olması ve bireysel muafiyet kararlarının geriye yürütülmesine imkan tanınarak, anlaşmanın veya uyumlu eylemin yapıldığı tarihten itibaren geçerli olmasının sağlanmasından sonra ise, 2002/2 sayılı tebliğde pazar payı sınırı getirilmemesinin sebeplerinden birisi ortadan kalkmış olmaktadır.<sup>19</sup>

2002/2 sayılı tebliğin dört yıllık uygulamasında, ilgili pazarda güçlü durumda olan teşebbüslerin taraf olduğu dikey anlaşmaların RKHK m. 5'de düzenlenen muafiyet koşullarını sağlamadığının görüldüğünü belirten Rekabet Kurulu, 2002/2 sayılı tebliğde pazar payı sınırı getirilmek istenmesinin bir sebebinin de bu tespit olduğunu belirtmekte,<sup>20</sup> dikey anlaşmalardan beklenen faydaların<sup>21</sup> gerçekleşmesinin,

<sup>18</sup> RKHK m. 4 kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları için bildirim yükümlülüğü, 02.07.2005 tarih ve 5388 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun ile kaldırılmış olup, bu kanun 13.07.2005 tarih ve 25874 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

<sup>19</sup> www.rekabet.gov.tr/word/TebliğTaslagivegerekesison.doc, 29.04.2007, s. 2.

<sup>20</sup> Nitekim, Rekabet Kurumu tarafından 2002/2 sayılı tebliğde yapılan değişikliği açıklamak amacıyla yapılan toplantılarda da, pazar payı sınırı getirilmekle hakim durumdaki teşebbüslerin tebliğden yararlanamamasının hedeflendiği, bunun sebebinin ise aynı anlaşmanın RKHK m. 6 sebebiyle kanuna aykırı sayılabilmesi olduğu, dolayısıyla da Pazar payı eşliğinde üst sınırın %40 olabileceği, pazar payı sınırının bu oranın üzerine çıkarılamayacağı ifade edilmiştir.

<sup>21</sup> Dikey anlaşmaların olumlu ve olumsuz etkileri ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz., *AT Rekabet Politikasında Dikey Kısıtlamalar Hakkında Yeşil Kitap*, COM (96) 721, Rekabet Kurumu Yayın No: 35, s. 2, 30-32, 57; *Komisyon Bildirimi Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz (OJ 2000/C291/01) AEA İle Bağlantılı Metin*, Çev. İ. Yılmaz Aslan, Rekabet Kurumu Yayın No: 46, paragraf 103, 115 vd.; *Topluluk Rekabet Kurallarının Dikey Sınırlamalara Uygulanması Konusundaki Komisyon Mektubu-Dikey Sınırlamalar Konulu Yeşil Rapor Sonrasındaki Durum*, Rekabet Kurumu Yayın No: 44, s. 20-22,

markalar arası rekabetin yoğun olmasına, önemli bir pazar gücünün söz konusu olmamasına bağlı olduğunu ifade etmektedir.<sup>22,23,24</sup> Buna karşın, Rekabet Kurulu 2003 yılında vermiş olduğu bir kararda, etkin rekabetin bulunmadığı pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin ta-

26-30; Karaman Coşgun, s. 21 vd.; Ersin, Mehmet Akif, *AB Rekabet Hukuku ve Politikasında Son Gelişmeler*, Rekabet, Düzenlemeler ve Politikalar Kongresi, 25-26 Eylül 2003, Rekabet Kurumu Yayın No: 0162, s. 164; Peepkorn, Luc, *Dikey Anlaşmaların İktisadi Boyutu*, Çev. Meltem Bağış, *Rekabet Dergisi* S. 10, Nisan-Mayıs-Haziran 2002, s. 79 vd.; Sanlı, Kerem Cem, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Ankara 2000, s. 171, 172 dn 157; Çamlıbel, Esin, *Ortak Pazar Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar*, Prof. Dr. Selçuk T. Tırak'ın Anısına Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, Yıl 1993, s. 265-267; Ayber, Murat, *Marka İçi ve Markalar Arası Rekabetin Dengelemesi Gereken Hallerde Rekabet Otoritelerinin Yaklaşımı*, Ankara 2003, s. 29 vd.; Karakurt, Münhasır Dikey Anlaşmalar, s. 41 vd.

<sup>22</sup> www.rekabet.gov.tr/word/TebliğTaslagivegerekcesison.doc, 29.04.2007, s. 2.

<sup>23</sup> Türkiye'deki 6 yıllık uygulamada, hakim teşebbüsler rakip mal satma yasağı içeren dikey anlaşmalar yolu ile piyasaları yeni girişlere kapatmış ve bu yolla kartel anlaşmaları kadar ağır sonuçlar doğuran rekabet ihlallerine sebep olmuşlardır. Karakelle, İsmail Hakkı, *Pazara Giriş Engellerine Karşı Rekabet Hukuku ve Politikası*, Rekabet, Düzenlemeler ve Politikalar Kongresi, 25-26 Eylül 2003, Rekabet Kurumu Yayın No: 0162, s. 22. Nitekim Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan şu kararlarda da, sağlayıcının ilgili pazarda sahip olduğu güç dolayısıyla grup muafiyetinin geri alınmasına karar verilmiştir; 20.09.2004 tarih ve 04-60/869-206 sayılı (www.rekabet.gov.tr/pdf/04-60-869-206.pdf, 20.04.2007), 15.07.2004 tarih ve 04-47/610-147 sayılı (www.rekabet.gov.tr/pdf/04-47-610-147.pdf, 20.04.2007), 22.04.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı (www.rekabet.gov.tr/word/dergi22/14\_EFPA.doc, 20.04.2007), 04.05.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı (http://www.rekabet.gov.tr/pdf/04-32-377-95.pdf, 24.04.2007); 15.08.2003 tarih ve 03-57/671-304 sayılı (http://www.rekabet.gov.tr/pdf/03-57-671-304.pdf, 25.04.2007) kararlar. Rekabet Kurulu'na verilmiş olan BİRYAY I ve BİRYAY II kararları ile ilgili olarak ise bkz., Geçgil, Bayram Ali, *Medya Piyasalarında Hukuki Düzenlemeler ve Rekabet Hukuku Uygulamaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 72, Ankara 2005, s. 49-51. Dikey anlaşmaların piyasa kapama etkisi ile ilgili olarak AB ve ABD Rekabet Hukukları kapsamındaki uygulama için bkz., Karakurt, Alper, *Ekonomik ve Hukuki Açından Piyasa Kapama Etkisi*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 67, Ankara 2005, s. 30 vd., s. 45 vd.

<sup>24</sup> Dikey anlaşmalardaki rekabet kısıtlamalarının ilgili pazardaki markalar arası rekabetin yoğunluğuna göre farklı etkiler doğuracak olmasına karşın, hemen hemen tamamının dağıtımda rasyonelleşme ve üretimde uzmanlaşma sağladıkları, bu olumlu etkileri sebebiyle de Rekabet Kurulu'nun çıkardığı grup muafiyeti tebliğlerinin tamamının dikey anlaşmalarla ilgili olduğu hususunda bkz., Aslan, İ. Yılmaz, *Rekabet Kurumu'nun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler*, *Rekabet Dergisi* C. 1, S. 2, Haziran 2000, s. 17. Aynı dikey kısıtlamanın pazarın yapısına ve söz konusu dikey kısıtlamayı uygulayan teşebbüsün pazar gücüne bağlı olarak farklı sonuçlar doğurabileceği, çoğu pazarın bir hayli rekabetçi olduğundan hareketle, örneklerin çoğunda dikey kısıtlamaların olumsuz etkiler ortaya çıkarmasının ise neredeyse imkansız olduğu hususlarında bkz., Peepkorn, s. 77, 79.



raf olduğu dikey anlaşmaların yürürlükte bulunan 2002/2 sayılı tebliğ kapsamında hiçbir zaman grup muafiyetinden yararlanamayacaklarını söylemenin mümkün olmadığı, bu durumda etkin rekabetin bulunmamasına söz konusu dikey anlaşmaların katkısının ne olduğunun inceleneceği değerlendirilmesinde bulunmuştur.<sup>25</sup> Bu inceleme akabinde varılacak neticeye göre ise, söz konusu anlaşma için yürürlükte bulunan 2002/2 sayılı tebliğ çerçevesinde yararlanılan grup muafiyetinin geri alınıp alınmayacağına karar verilecektir.

Rekabet Kurulu bu sebeplerle 2002/2 sayılı tebliğ kapsamında grup muafiyetinin uygulanabilmesi için de pazar payı sınırı getirmiştir. Değişikliğe ilişkin Tebliğ Taslağı'nda bu sınır %30 iken, 2007/2 sayılı tebliğde pazar payı sınırı %40 olarak belirlenmiştir. Bu oranın neden daha düşük ya da daha yüksek belirlenmediği sorusuna ise şu cevap verilmektedir; Kural olarak Avrupa Topluluğu ve Türkiye'deki Rekabet Hukuku uygulamasında % 40 pazar payı sınırının altında kalan teşebbüslerin hakim durumda olmadıkları, % 50 pazar payının üzerinde kalan teşebbüslerin ise aksi durumu gösteren şartlar olmadıkça hakim durumda oldukları kabul edilmektedir. Hakim duruma ilişkin olarak yapılan değerlendirmede başlangıç eşiği % 40 olarak varsayılmakta<sup>26</sup>, % 30 ilâ % 40 arası pazar payına sahip teşebbüslerin ise, hakim durumda olmamalarına rağmen ilgili pazarda önemli bir pazar gücüne sahip oldukları söylenebilmektedir.<sup>27</sup> Tebliğ Taslağı'nda %30 pazar payı sı-

<sup>25</sup> Rekabet Kurulu'nun 03-71/687-371 sayılı ve 06.11.2003 tarihli kararı, [www.rekabet.gov.tr/pdf/03-71-867-371](http://www.rekabet.gov.tr/pdf/03-71-867-371), s. 12, 20.04.2007. Rekabet Kurulu bir diğer kararda ise, tarafların pazar paylarının yüksek olduğu durumlarda işlem sonucunda ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin sınırlanması ihtimalinin büyük olduğunu, yapılan değerlendirmelerde pazara giriş engelleri ile rakiplerin gücü ve büyüklüğü, pazara giriş engelleri, ilgili ürünün özellikleri ve tüketicilerin bu ürüne olan bağımlılıklarının derecesi gibi diğer faktörlerin de önem taşıdığı belirtilmiştir. Bkz., Rekabet Kurulu'nun 04.05.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı kararı, <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/04-32-377-95.pdf>, 24.04.2007

<sup>26</sup> Amerikan ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuklarında hakim durumun belirlenmesinde kabul edilen piyasa payı miktarları için bkz., Sanlı, s. 285, dn 78.

<sup>27</sup> Nitekim Rekabet Kurulu 06.04.2006 tarih ve 06-24/304-71 sayılı kararında, pazar payının teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının tespiti için temel kriter görevini gördüğü, giriş engelleri olan bir pazarda belli bir süre yüksek pazar payına sahip olmanın zaman zaman hakim durum için yeterli görülebildiği, teşebbüsün yüksek pazar payının ne olması gerektiğine ilişkin ise kesin bir ölçü verilmediği, Rekabet Hukuku'nda pazar payına ilişkin farklı değerlendirmeler yapıldığı, bunlardan ilkinde teşebbüsün pazar payının %45-50 seviyelerinde olması ve yakın pazar payına sahip bir başka teşebbüsün ilgili pazarda bulunmaması durumunda başka olgularla birlikte bu durumun hakim durum karinesi olarak kabul edildiği,

nırı kabul edilerek hâkim durumda olan teşebbüslerin yanı sıra hâkim durumda olmayan ancak ilgili pazarda önem pazar gücüne sahip olan teşebbüslerin dikey anlaşmalarının da grup muafiyetinden yararlanamamasının temin edilmesi amaçlanmaktaydı.<sup>28</sup> Bu şekilde, hâkim durumda olmamalarına rağmen ilgili pazara önemli ölçüde etki yapma imkânına sahip teşebbüslerin dikey anlaşma ve uyumlu eylemlerinin de Rekabet Kurulu tarafından yapılacak bireysel muafiyet incelemesinden geçmeleri temin edilmiş olmaktadır. Ancak Rekabet Kurumu'nun Tebliğ Taslağının açıklanması amacıyla yapmış olduğu toplantılarda bu oranın yükseltilmesine ilişkin sektör temsilcilerinden talepler gelmiştir. Bu talepler üzerine Kurum yetkilileri söz konusu toplantılarda, Rekabet Kurumu'nun geçmiş yıllarda elde etmiş olduğu veriler değerlendirildiğinde teşebbüslerin büyük çoğunluğunun pazar payının %30'un altında kaldığı, %30'luk oranın kabulü halinde teşebbüslerin %83'ünün, %40'lık oranın kabulü halinde ise teşebbüslerin %89.'nun grup muafiyetinden yararlanabileceği, teşebbüslerin sadece %6'sının %30 ile %40 oranları arasında pazar payına sahip oldukları, dolayısıyla bu iki orandan birinin pazar payı olarak kabulü durumunda grup muafiyetinden yararlanabilecek teşebbüslerin sayısında önemli bir farklılığın ortaya çıkmayacağı açıklamasında bulunmuşlardır. Doktrinde Esin tarafından ise tüm sektörler bakımından tek bir pazar payı sınırı kabul edilmiş olması eleştirilerek, bazı sektörlerde bu oranın her daim aşılabileceğini, diğer bir kısım sektörlerde ise pazar paylarının bu orana ulaşmadığı gibi, bu oranın da çok altında kalabileceğini, bu sebeplerle de pazar payına ilişkin sınırlama getirmeden önce sektör bazında detaylı araştırmalar yapılması gerektiği belirtilmektedir.<sup>29</sup>

2002/2 sayılı tebliğde yapılan değişiklik ile 2005/4 sayılı tebliğde de olduğu gibi, tek alıcıya sağlama yükümlülüğünü içeren dikey anlaşma ve uyumlu eylemlerde grup muafiyetinin uygulanıp uygu-

---

teşebbüsün pazar payının %65'i aşması durumunda ise, önemli bir rakibin de bulunmaması kaydıyla hakim durum karinesinin çürütülmesi imkansız hale gelebildiği, bir başka görüşe göre pazar payının %40'tan daha fazla olduğu durumlarda aşağıda incelenecek kriterlerin önem taşıyacağı, bir diğer değerlendirmeye göre ise pazar payının %50 olması durumunda diğer şartların araştırılması ile hakim durum değerlendirilmesinin yapılabildiği belirtilmiş, sadece pazardaki lider teşebbüsün pazar payına bakılmasının hakim durumun tespitinde yeterli olmadığı, diğer teşebbüslerin de bu açılardan değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kararın tam metni için bkz., <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/06-24-304-71.pdf>, 01.05.2007, s. 42.

<sup>28</sup> [www.rekabet.gov.tr/word/TebliğTaslagivegerekcesison.doc](http://www.rekabet.gov.tr/word/TebliğTaslagivegerekcesison.doc), 29.04.2007, s. 3.

<sup>29</sup> Esin, *Grup Muafiyeti Rejimi*, s. 127, 128.

lanmayacağını tespit için alıcının dikey anlaşma konusu malları ve hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payının %40'ı aşır aşmadığına bakılacağı belirtilmiştir. Alıcının pazar payının önem taşıdığı tek durumun tek alıcıya sağlama yükümlülüğünün söz konusu olduğu ihtimaller olması, günümüzde özellikle zincir mağazalar olarak adlandırılmakta olan hipermarketlerin alım gücü dikkate alındığında yetersiz kalmaktadır. Söz konusu hüküm, perakende sektöründeki yoğunlaşmalarla mücadele hususunda yetersiz kalmaktadır. Örneğin Türkiye çapında tek bir alıcı yerine iki farklı alıcının tayin edildiği dikey anlaşma ve uyumlu eylemlerde de, tebliğin alıcının pazar payına ilişkin düzenlemesi uygulanamayacaktır.

Rekabet Kurulu hakim durumda olmayan ancak ilgili pazarda önemli ölçüde etkide bulunabilecek olan anlaşma ve uyumlu eylemler ile ilgili olarak %40 pazar payı sınırlaması değişikliğinin yanı sıra, bir başka pazar payı sınırına daha tebliğde yer vermiştir. 2002/2 sayılı tebliğde yapılan değişiklikten önce, benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağların ilgili pazarın önemli bir bölümünü kapsamaması durumunda, Rekabet Kurulu'nun çıkaracağı bir tebliğ ile ilgili pazarda belli sınırlamaları içeren anlaşmaları grup muafiyetinin dışına çıkartabileceği hükme bağlanmıştı (m. 6/2). *“İlgili pazarın önemli bir bölümünü kapsamaması durumunda”* şeklindeki muğlak ifade, 2007/2 sayılı tebliğ ile yapılan değişiklik ile *“ilgili pazarın %50'sinden fazlasını kapsıyorsa”* şeklinde düzenlenmiştir. Kurum bu değişikliğin amacının, yayımlanacak bir tebliğ ile muafiyetin geri alınması ihtimali için objektif bir kriter getirilmesi ve bu şekilde hukuki belirliliğin artırılması olduğunu belirtmektedir.<sup>30</sup> 2007/2 sayılı tebliğ ile m. 6 hükmüne eklenen bir diğer hüküm de, m. 6/2'ye uygun bir tebliğin çıkarılması durumunda teşebbüslere hukuki güvenlik sağlanmasını amaçlamakta, çıkarılacak olan bu tebliğlerin yayımlandıkları tarihin üzerinden en az 6 ay geçmedikçe yürürlüğe girmeyecekleri hükme bağlanmaktadır.

Tebliğ Taslağı'nda ve 2007/2 sayılı tebliğde m. 6/2'de yapılan değişiklikte pazar payı sınırı olarak neden %50 oranının belirlendiğine ilişkin bir açıklama yapılmazken, mehz Avrupa Topluluğu Tüzüğü'nde de % 50 pazar eşiği öngörüldüğü belirtilmekle yetinilmektedir. Kanaatimce, bu hususta Türk ekonomisinin ve piyasaların özellikleri dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalı, benzer nitelikteki dikey sınırlamaların ne ölçüde yaygın olması durumunda ilgili

<sup>30</sup> www.rekabet.gov.tr/word/TebliğTaslagivegerekesison.doc, 29.04.2007, s. 4.

piyasanın kapanmasına, rekabetin ortadan kalkmasına yol açabileceği üzerinde durularak bir oran belirlenmeliydi. Bu hususta da her bir piyasanın kendine has özellikleri söz konusu oranın belirlenmesine etki edebilecek olmakla birlikte, şayet tüm piyasalar için tek bir oran belirlenmek isteniyorsa, bu hususta da hâkim duruma ilişkin tespitlerden ve geçmiş yıllardaki deneyimlerden yararlanılmalıydı.

2002/2 sayılı tebliğde yapılan %40 pazar payı sınırına ilişkin değişiklik, bu tebliğ ile düzenlenen grup muafiyetinin kapsamı bakımından bir daralmaya sebep olacaktır. Grup muafiyetinden yararlanan dikey anlaşma ve uyumlu eylemler için önemli bir statü değişikliği meydana gelecektir. Rekabet Kurulu bu durumu dikkate alarak, dikey anlaşma ve uyumlu eylemlere taraf olan teşebbüslere hukuki güvenlik de sağlanması bakımından, yeni duruma uyum için bir yıllık bir geçiş süreci öngörmüştür (Geçici Madde 2).

### **Pazar Payı Sınırlarının Aşılmasının Neticeleri**

Yukarıda detaylı bir şekilde üzerinde durulmuş olan pazar payı sınırlarının aşılmasının yaptırımı, söz konusu dikey anlaşma ya da uyumlu eylemin geçersizliği değildir. Bu durumda anlaşma ya da uyumlu eylem grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Geçersiz olup olmadığı ise, RKHK m. 4, 5 hükümleri çerçevesinde yapılacak değerlendirme neticesinde tespit edilebilecektir. Nitekim Rekabet Kurulu'na grup muafiyeti tebliğleri çıkarmak hususunda verilen yetki, belirli konulardaki anlaşma<sup>31</sup> türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlamak ve bunun şartlarının tespiti hususundadır (RKHK m. 5). Anlaşma ve uyumlu eylemlerin geçersiz olup olmadıklarını belirlemek değil. Bir dikey anlaşma ya da uyumlu eylem tebliğ hükümleri çerçevesinde grup muafiyetinden yararlanıyorsa, artık RKHK m. 4'deki yasaklamaya tabi olup olmadığı üzerinde durulmayacaktır. Grup muafiyetinden yararlanılmadığının tespiti durumunda ise anlaşma ya da uyumlu eylemin RKHK m. 4 hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu düzenlemedeki geçersizlik yaptırımına tabi olup olmadığına karar veril-

<sup>31</sup> RKHK m. 5'de Rekabet Kurulu'nun çıkaracağı tebliğler ile grup olarak muafiyet tanıyacağı hususun anlaşma olduğu belirtilmiş, uyumlu eylemler için bu tür bir yetki verildiğinden ise bahsedilmemiştir. Ancak Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan grup muafiyeti tebliğlerinin kapsamlarına gerek dikey anlaşmalar ve gerekse uyumlu eylemler girmektedir. Bu hususta değerlendirme için bkz., Karaman Coşgun, s. 28.

mesi gerekmektedir. Bu değerlendirme neticesinde RKHK m. 4'e aykırılık bulunmadığı neticesine ulaşılması durumunda, anlaşma ya da uyumlu eylem geçerli iken, aykırılığın tespiti durumunda RKHK m. 5 çerçevesinde bireysel muafiyet kararı verilip verilemeyeceği değerlendirilecektir. Hakkında bireysel muafiyet kararı verilen bir anlaşma ya da uyumlu eylemin de geçersizliğinden söz edilemezken, bireysel muafiyet alamayacağına karar verilmesi durumunda artık söz konusu anlaşma ya da uyumlu eylem geçersizlik yaptırımını<sup>32</sup> ile karşı karşıya kalacaktır.

Pazar payı sınırının aşılmasının yaptırımları bakımından ele alınması gereken bir husus da, anlaşma ya da uyumlu eylemin yapıldığı sırada değil, uygulanmaya başlanmalarından sonra bu sınırların aşılmış olmasının grup muafiyetinden yararlanmaya engel olup olmayacağıdır. 2005/4 sayılı tebliğde bu hususta kademeli bir düzenleme getirilmiştir (m. 8/c, d, e). Buna göre, pazar payı başlangıçta sırasıyla %30 ve %40'dan fazla olmayıp, sonradan sırasıyla %35 ve %45'i aşmayacak şekilde yükselmişse, grup muafiyeti pazar payı sınırının ilk aşıldığı yılı takip eden sonraki iki yıl boyunca da uygulanmaya devam edecektir. Bu ihtimalde %35 ve %45'in üzerine çıkmış ise, grup muafiyeti iki yıl boyunca değil, pazar payı eşiklerinin ilk aşıldığı yılı takip eden yıl boyunca uygulanmaya devam eder. Pazar payı sınırı aşılmış olmasına karşın grup muafiyetinin uygulanmasına imkan veren bu durumlar, muafiyetin uygulanacağı sürenin iki takvim yılını aşmasına neden olacak şekilde birleştirilemeyecektir. Bu imkanlara, yapılan değişiklik ile

<sup>32</sup> Rekabet Hukuku açısından geçersizlik yaptırımı, muafiyet kurumunun bu yaptırımın niteliğine etkisi hususunda bkz., Yrg. 13. HD'nin 25.12.2002 tarih ve 2002/12626 E., 2002/14028 K. Sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Gürzümur, Osman B., Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi, *Rekabet Dergisi*, S. 12, Ekim-Kasım-Aralık 2002, s. 3-75; İnan, s. 43 vd.; Karaman Coşgun, s. 251 vd.; Sanlı, s. 393 vd.; Aslan, İ. Yılmaz, *Rekabet Hukuku*, 3. Bası, 2005, s. 144, 378; Aksoy, M. Nazlı; *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 52 Ankara 2004, s. 29 vd; Sayhan, İsmet, *Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık*, *Rekabet Dergisi*, S. 12, Ocak-Şubat-Mart 2004, s. 34; Topçuoğlu, Metin, *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 7, Ankara 2001, s. 200 vd.; Badur, Emel, *Türk Rekabet Hukuku'nda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, (Uyumlu Eylem ve Kararlar)* Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Ankara 2001, s. 159-160; Şensoy, Barış, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalar Sonucu Karşılaşılacak Yaptırımlar*, İstanbul 2002, Yayınlanmamış YL Tezi, s. 85 vd.

2002/2 sayılı tebliğde de yer verilmiştir. Ancak 2002/2 sayılı tebliğde pazar payı sınırı %40 olarak belirlendiğinden, teşebbüsün pazar payının %45'i aşp aşmadığına göre grup muafiyetinin 1 yıl mı yoksa 2 yıl mı uygulanmaya devam edeceği belirlenecektir (m. 6/a).

### Sonuç

Rekabet Kurulu'nun dikey anlaşmalara uygulanacak grup muafiyetini düzenlemek için çıkardığı 2005/4 ve 2002/2 sayılı tebliğler arasındaki en önemli farklılık, bu tebliğler çerçevesinde grup muafiyetinden yararlanabilecek anlaşma ve uyumlu eylemlerin konusunu oluşturacak mal ve hizmetlerdir. 2002/2 sayılı tebliğde 207/2 sayılı tebliğ ile yapılan değişiklikten önce, tebliğlerin kapsamı bakımından ortaya çıkan önemli bir diğer farklılık ise, grup muafiyetinin uygulanabilmesi için pazar payı sınırına yer verilip verilmediğiydi. Grup muafiyetinin uygulanabilmesi bakımından her iki tebliğ çerçevesinde pazar payı sınırının önemi, bu hususta 2002/2 sayılı tebliğde yapılan değişiklikler, pazar paylarının hesaplanması ve pazar payı sınırlarının aşılması hususları makale kapsamında detaylı bir şekilde incelenmiştir. Sonuç olarak üzerinde durulması gereken tespit ve değerlendirmeler ise kısaca şu şekildedir;

2005/4 sayılı tebliğde pazar payı sınırı ile ilgili detaylı bir düzenleme yapılarak, grup muafiyetinin uygulanabilmesi için %30'luk pazar payı sınırı kural kabul edilmiş, niceliksel ve niteliksel seçici dağıtım sistemleri ile tek elden sağlama yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlar için özel hükümler getirmiştir. 2002/2 sayılı tebliğde ise değişiklikten önce grup muafiyetinin uygulanabilmesi için her hangi bir pazar payı sınırı kabul edilmemişken, Rekabet Kurulu yayınlamış olduğu 2007/2 sayılı tebliğ ile pazar payı sınırına ilişkin değişiklikler yapmıştır. Ancak yapılan bu değişiklik 2005/4 sayılı tebliğdeki kadar detaylı olmayıp, niteliksel ve niceliksel seçici dağıtım sistemleri için ayrı pazar payı sınırlarına yer verilmemiştir. Pazar paylarının hesaplanması bakımından her iki tebliğde de bir önceki yılın verilerinin dikkate alınacağı kabul edilmiş olmakla birlikte, bir önceki yıldan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Kanaatimizce dikkate alınacak olan piyasa verileri, gerek anlaşmanın yapıldığı tarih itibarıyla bir önceki yılın verileri, gerekse Rekabet Kurulu tarafından bir soruşturmanın yürütülüyor olması durumunda, soruşturma tarihi

itibariyle bir önceki yılın verileri olmalıdır. Nitekim bir anlaşmanın yapıldığı sırada grup muafiyetinden yararlanıyor olması, sona erinceye kadar bu durumunu koruması anlamına gelmemektedir.

2002/2 sayılı tebliğde yapılan değişiklik ile getirilen pazar payı sınırlarında alıcının pazar payının önem taşıdığı tek ihtimal, tek alıcıya sağlama yükümlülüğünün mevcudiyeti olup, bu düzenleme perakende sektöründeki yoğunlaşmalarla mücadele bakımından yetersizdir. Nitekim Türkiye çapında iki alıcının tayin edilmiş olduğu durumlarda alıcının pazar payı grup muafiyetinin uygulanmasına etkide bulunmayacak, bu hususta sağlayıcının pazar payı belirleyici olacaktır.

2002/2 sayılı tebliğde pazar payı sınırının getirdiği bir diğer düzenleme, benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağlar sebebiyle grup muafiyetinin yeni bir tebliğ çıkarılması suretiyle geri alınmasına ilişkindir. Yapılan değişiklikte söz konusu paralel ağların ilgili pazarın %50'sinden fazlasını kapsamaması şartı getirilmiş iken, 2005/4 sayılı tebliğin bu hususa ilişkin hükmünde '*ilgili pazarın önemli bir bölümü*' ifadesi yer almaktadır. 2002/2 sayılı tebliğde belirli bir pazar payı oranı getirilmesi, daha belirgin olması bakımından hukuk güvenliği açısından önem taşımaktadır. Buna karşın, ilgili piyasanın yeni girişlere kapanması etkisinin ortaya çıkmasında her piyasanın kendine özgü niteliklerinin etkili olması sebebiyle, 2005/4 sayılı tebliğdeki düzenleme Rekabet Kurulu'na somut şartları değerlendirmek bakımından takdir hakkı tanımakla daha isabetli kararların verilmesine imkan tanımaktadır.

Pazar payı sınırları ile ilgili olarak dikkat çekilmesi gereken bir husus da, bu sınırların aşılmasının yaptırımının gerek 2002/2 gerekse 2005/4 sayılı tebliğ açısından geçersizlik değil, grup muafiyetinden yararlanamamak olduğudur. Geçersizlik yaptırımının söz konusu olup olmayacağı ise, RKHK m. 4, 5 hükümleri çerçevesinde yapılacak değerlendirme neticesinde tespit edilebilecektir. Bu hususta önem taşıyan bir düzenleme de, anlaşma ya da uyumlu eylemlerin yapıldığı sırada değil, uygulanmaya başlanmalarından sonra pazar payı sınırlarının aşılmış olmasının belirli sınırlar dahilinde grup muafiyetinden yararlanmaya engel olmadığına ilişkindir. Bu husus gerek 2005/4 gerek 2002/2 sayılı tebliğlerde birbirine paralel şekilde düzenlenmiş olup, kademeli bir şekilde 2 yıla yayılabilen bir geçiş sürecine izin verilmiştir.

# İLAÇ PATENTLERİ YÖNÜNDEN DENEY AMAÇLI FİİLLER VE RUHSATLANDIRMA; BOLAR HÜKMÜ YA DA BOLAR İSTİSNASI

Murat YILDIRIM\*

## I. GİRİŞ

İlaç sektörü, fikri ve sınai haklar yönünden diğer sektörlerle göre bazı özellikler taşımaktadır. Deneme amaçlı fiillerin gerçekleştirilmesi, genel olarak patent haklarına tecavüz sayılmamaktadır. İlaçlar yönünden ise ruhsatlandırma, biyoeşdeğerlik, klinik deney, stabilite gibi özel çalışma ve başvuruların bulunması nedeniyle bu gibi çalışma ve başvuruların deneme amaçlı fiiller istisnası içerisine girip girmediği tartışma konusu olmuştur.

Bu tartışmaların ardından ilaçların ruhsatlandırılması amacıyla gerçekleştirilen test, deney gibi faaliyetlerin deneme amaçlı fiiller istisnası içerisinde olduğu sonucuna ulaşılmış, bu sonuç hem ilaç politikası hem de hukuk açısından kabul edilir hale gelmiştir.

Türkiye’de ise Patentlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de deneme amaçlı fiillerin patent haklarının bir istisnası olduğu kabul edilmişken, ilaç ruhsatları yönünden bir ekleme yapılmıştır. Bu ekleme, bütün Dünya’da bilinen ve yaygın olarak “*Bolar İstisnası*” ya da “*Bolar Hükmü*” adıyla uygulanmakta olan bir kurumun Türk Hukuku’na aktarılmasıdır.

Çalışmamızda Bolar İstisnası’nın tarihçesi, kapsamı, sınırları, çeşitli ülkelerdeki uygulamaları ile Türkiye’deki durum incelenecektir.

---

\* Avukat, İstanbul Barosu.



## II. BOLAR İSTİSNASI

Patentin amacı üretimi geliştirmek ve teknolojik bilginin yayılmasını sağlamaktır. Patent sistemi mevcut olmasaydı kişiler araştırma ve geliştirme faaliyetleri konusunda isteksiz davranacaklardı. Patent koruma sistemi olmadığı takdirde yeni buluşlar rakipler tarafından kolaylıkla kopya edilebilir ve orijinal buluş sahibinin verdiği fiyatın altında bir fiyatla piyasaya sürülebilir. Ayrıca eğer bir patent sistemi olmasaydı rakipler kendi buluşlarını ticari bir sır olarak saklayacaklardı ve bu hiçbir şekilde rakiplere açıklanmayacaktı. Ticari sırlar ise toplumun ortak bilgisinin ilerlemesine yardımcı olamaz ve diğer kişileri aynı sahada ikinci bir araştırmayı yapmaktan alıkoyabilir.<sup>1</sup> Durum böyle olmakla birlikte, patentin sağladığı haklar da mutlak değildir ve bilhassa ilaçlar yönünden çeşitli sınırlandırmalar kabul edilmiştir.

İlaç sektörü bakımından jenerik üretim son derece önemlidir. Jenerik ilaç üretimi ile ilaç fiyatları ucuzlamakta ve ilaç ihtiyacı olan hastalar daha düşük fiyatlarla ilaç edinebilmektedirler. Bu ise sosyal güvenlik sistemlerinin geri ödeme mekanizması açısından maliyetlerin de düşmesi anlamına gelmektedir.

Yaygın hastalıkların görüldüğü gelişmemiş ve fakir ülkeler bakımından da jenerik ilaç üretimi teşvik edilmektedir. Örneğin; Dünya Sağlık Örgütü ve Birleşmiş Milletler'in HIV/AIDS Konusundaki Programı, patent koruma süresi sona ermeden, jenerik üretim<sup>2</sup> amacıyla yapılacak çalışmalarını desteklemektedir.<sup>3</sup>

Jenerik firmaların ruhsatlandırma amacıyla bazı test ve deneyleri, patent koruma süresi içerisinde yapıp yapamayacağı hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde tartışılmış ve neticede bu türden test ve deneylerin patent koruma süresi sona ermeden de yapılabileceği kabul edilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, görülen bir davanın ardın-

<sup>1</sup> Thomas, John R., *Scientific Research and the Experimental Use Privilege in Patent Law*, 28.01.2004, s. 3.

<sup>2</sup> "Jenerik ilaç referans ilaç ile aynı farmasotik formda ve aktif maddeleri nitelik ve nicelik olarak aynı bileşimde olan ve referans ilaç ile biyodeşdeğerliliği uygun biyodeşdeğerlik çalışmalarıyla ispatlanmış ilaçtır", Işıklı, Hasibe, *İlaçlarda Test ve Deney Verilerinin Korunması: Avrupa Birliği'nde Yeni Sistem*, Ankara 2005, s. 39'da yer alan 2004/27/EC ile değiştirilmiş 2001/83/EC sayılı direktifin 10 (2) (b) maddesine ilişkin çeviri.

<sup>3</sup> Correa, Carlos, *Integrating Public Health Concerns into Patent Legislation in Developing Countries*, October 2000, Geneva, s. 70.

dan yasalarda yapılan değişikliklerle bu istisna pozitif bir hüküm olarak kabul edilmiştir. Bu değişikliğe sebebiyet veren davanın taraflarından birinin ticaret unvanı olan Bolar, istisna hükmüne adını vermiştir ve bu nedenle tüm dünyada benzeri istisna hükümleri ya da yaklaşımları “*Bolar İstisnası*” ya da “*Bolar Hükmü*” olarak adlandırılmıştır.

Jenerik firmalar, orjin firmalarla karşılaştırıldığında jenerik firmaların ruhsatlandırma işlemlerini daha kısa sürede neticelendirdiği söylenebilir. Bolar hükümleri, yapılan ölçümlere göre jenerik firmalara en az iki yıl bir süre avantajı sağlamaktadır.<sup>4</sup>

Şimdi çeşitli ülkeler ve Türkiye bakımından istisna hükümlerini inceleyeceğiz.

### III. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Araştırmacıların bir başka kimseye ait patentlenmiş buluşu, izin olmaksızın kullanmaları tecavüze sebebiyet verebilir. Fakat mahkemeler deney amaçlı kullanım imtiyazı olarak bilinen ve patent tecavüzüne istisna teşkil eden bir görüşü kabul etmektedir. Hukuk tarafından tanınan bu doktrin son derece dar ve kısıtlı bir uygulamaya imkan vermektedir. Deney amaçlı fiiller araştırmacılara, patent sahibinin izni olmaksızın ya da patent sahibine herhangi bir tazminat ödemeksizin kullanma imkanı sunmaktadır. Fakat söz konusu fiiller sadece “*filozofik deneyler*” ya da “*patentte yer alan üretim tanımının yeterli olup olmadığını saptamaya dönük deneyler*” şeklinde gerçekleşmesi mümkündür. Eğer araştırmacının amacı bu iki unsurun kapsamı dışına çıkmışsa *common law*, deney amaçlı fiile engel olacaktır ve araştırmacılar patente tecavüz iddiasıyla karşı karşıya kalacaklardır.<sup>5</sup>

Amerika Birleşik Devletleri’nde Kongre ise bir *common law* geleneği olan deney amaçlı fiillerin tecavüz kapsamı dışında bırakılması fikrini desteklemiştir. Hatch-Waxman adlı kanunun bir parçası olarak yürürlüğe giren bu istisna patentli farmasotikler, tıbbi cihazlar ve FDA (Food and Drug Administration- Gıda ve İlaç İdaresi) tarafından düzenleme konusu yapılabilen belirli bazı ürünleri tecavüz kapsamı dışında bırakmıştır. Deney amaçlı fiillerin tecavüz kapsamı dışında bı-

<sup>4</sup> Zeitoun, Suzanna, *Are Legislators Able to Meet Efficiency Goals? – An Analysis of The Pharmaceutical Industry*, 29.05.2004, s. 22.

<sup>5</sup> Thomas, s. 1.

rakılmasına dönük ilk karar 1813 tarihli *Whittemore v. Cutter* davasında verilmiştir.<sup>6</sup>

*Hatch-Waxman* adını taşıyan kanun, deneysel amaçlı fiillerin tecavüz teşkil etmediğine dair patent hukuku alanında ilk kanundur. Bu imtiyaz, FDA tarafından düzenlenen farmasotik ürünlerle tıbbi cihazlar konusunda uygulanmıştır. Firmalar bu ürünleri pazarlayabilmek için FDA onayı almak zorundadırlar. FDA ise bu onayı söz konusu ürünlerin güvenlik ve etkinliklerinin laboratuvar, hayvan ve klinik deneylerle ispatlanmış olması şartını aramaktadır. Bu türden çalışmalar oldukça zaman almakta ve yüksek maliyetli olmaktadır. FDA onayı kimi durumlarda yıllarca sürmektedir.<sup>7</sup>

Bazı firmalar FDA tarafından onaylanan bu ürün ve cihazları, patent sahiplerinin yanı sıra jenerik olarak satmak istemektedirler. *Hatch-Waxman* adlı kanundan önce jenerik firmalar iki önemli zorlukla karşı karşıya gelmişlerdir. Birincisi, jenerik firmalar FDA onayı için çok pahalı ve uzun süren klinik deneyler yapmaktadırlar. Bunun sebebi ise kimyasal olarak patentli bir ürünle aynı olan jenerik ürünün güvenli ve etkili sayılmasıdır. İkinci olarak, jenerik firmalar, patent sahibi firmaları dikkate almak durumunda kalmaktadır. 1980'lerin başından itibaren jenerik firmaların, patente rağmen klinik deneyler yapıp yapamayacağı konusunda hukuki belirsizlikler yaşanmaya başlanmıştır. Bu nedenle jenerik firmalar dava edilmiş ve FDA onayı için yapılması gerekli olan işlemlerden jenerik firmaların men edilmesi gündeme gelmiştir. Jenerik firmalar ise bu durum karşısında *common law* tarafından tanınan deney amaçlı fiiller doktrinine sığınmıştır. Bu ise mahkemelerce tartışılması gereken bir sorun durumuna dönüşmüştür. Nihayetinde konu Federal Mahkeme'nin önüne gelmiş ve bu konuda bir karar verilmiştir. *Roche Products, Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co.* davasında Federal Mahkeme, jenerik firmaların fiillerinin, *common law* tarafından kabul edilen deney amaçlı fiil istisnası kapsamına girmediğini ve bu nedenle söz konusu fiillerin tecavüz teşkil ettiğini kabul etmiştir. Bu davada Roche adlı firma "*Dalmane*" markalı ve "*flurazepam hcl*" etkin maddesini içeren ilaçlar satmaktaydı. Bolar firması ise *Dalmane* markalı ilacın jenerik eşdeğeri olan ilacı üretmek ve satmak istemişti. Roche'nin *Dalmane* markası ile ilintili patentine ait koruma süresi sona

<sup>6</sup> Thomas, s. 2.

<sup>7</sup> Thomas, s. 13.

ermeden önce, Bolar adlı firma yabancı bir üreticiden *flurazepam hcl* adlı etkin maddeyi temin etmişti. Bunun ardından Bolar, FDA onayı elde edebilmek için stabilite bilgilerini üretmek amacıyla dozaj form kapsülleri, dissolüsyon (çözünürlük) oranları, biyoeşdeğerlik çalışmaları ve kan serumu çalışmaları hazırlamıştır.<sup>8</sup>

Federal Mahkeme Bolar'ın bu faaliyetlerinin Roche firmasına ait patenti ihlal ettiğini kabul etmiştir. Federal Mahkeme; "*Boların gerçekleştirdiği deney fiillerinin yalnızca ticari amaçlı olduğunu ve keyfi bir amacının, boş bir merakın ya da kısıtlı filozofik bir araştırmanın sonucu olmadığını, Bolar'ın FDA onayı elde etmek için test verileri ürettiğini ve bunun Roche firmasına ait patenti ihlal ettiğini, bu fiillerin minimum deneysel fiiller olarak adlandırılmasının yanlış olduğunu...*" belirtmiştir. Kongre ise bu davanın ardından *Hatch-Waxman* adlı kanunu çıkarmıştır. Kanun, patent hukuku ile ilaç ve gıda hukukunda önemli değişiklikler getirmiştir. Bu değişikliklerin arasında jenerik ürünlerin ruhsatlandırılmasının hızlandırılması da bulunmaktadır. Ayrıca kanun ruhsatlandırma süreci ile ilgili aktiviteler konusunda yasal bazı istisnalar da getirmektedir. 16.11.1988 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren *Generic Animal Drug and Patent Term Restoration Act* ile veteriner ilaçları ve biyolojik ürünler konusunda da paralel düzenlemeler getirilmiştir.<sup>9</sup>

*Eli Lilly and Co. v. Medtronic* davasında bu kanun kapsamında bulunan ürünlerin neler olduğuna açıklık getirilmiştir. Davada Eli Lilly, *cardiac defibrillator* cihazı ile ilgili Medtronic firmasına karşı benzeri bir cihazı kullandığı için patent ihlali davası açmıştı. Medtronic firması ise *cardiac defibrillator* cihazını FDA onayı elde etmek için gerekli olan verileri toplamak amacıyla kullandığını ve bunun da yasada belirtilen istisna kapsamına girdiğini savunmuştu. Eli Lilly firmasına göre ilgili hüküm sadece ilaçları kapsamaktadır ve medikal aletler bu istisna kapsamında değildir. Temyiz Mahkemesi ise Medtronic firması lehine karar vermiştir. Temyiz Mahkemesi'ne göre sadece ilaçlar değil aynı zamanda medikal aletler, yiyecek katkı maddeleri, renklendiriciler ve biyolojik ürünler de istisna kapsamındadır, zira "*Food, Drug and Cosmetics Act*" sadece ilaçları değil diğerlerini de düzenleyen bir kanun niteliğindedir. Bu nedenle jenerik firmalar FDA onayı elde etmek için patente tecavüz edebileceği korkusu taşımadan ilgili ürünleri kullana-

<sup>8</sup> Thomas, s. 14.

<sup>9</sup> Thomas, s. 15.

bilirler. Diğer önemli bir karar ise doğası gereği *Hatch-Waxman Act* ile istisna tutulan faaliyetlerdir.<sup>10</sup>

Diğer bir Federal Mahkeme kararı da *Integra Lifesciences, I, Ltd. v. Merck* davasında verilmiştir. Integra, Merck firmasına karşı, büyüyen tümörlerin yok edilmesi ile ilgili birkaç patentine tecavüz ettiği gerekçesiyle dava açmıştır. Genel olarak potansiyel ilaçlar, arzu edilen protein aktivitelerinin olup olmadığının anlaşılabilmesi için bir protein deneyine tabi tutulmaktadırlar. Bu türden deneyler *HTS (High Throughput Screening)* olarak adlandırılmaktadır. Çünkü bu deneylerde binlerce kimyasal test edilmektedir. Bu deneylerde çözünme, toksikoloji ve bunun gibi bir kimyasalın resmi olarak aday ilaç olmasını sağlayacak veriler toplanır. Daha sonra aday kimyasallarda klinik testler yapılır. Merck firması, *arginine-glycine-aspartate* içeren üçlü amino asitli *RGD peptide* leri ile ilgili deneyler icra etmiştir. Bu ise tümörlerin büyümesini yavaşlatan bir *peptide* dir. Merck ise deneysel amaçlı istisna hükmüne dayalı bir savunma yapmıştı. Merck'in savunmasını isabetli bulmayan mahkeme, Integra lehine karar vermiştir. Verilen kararı ise Federal Mahkeme onamıştır. Federal Mahkemeye göre Merck'in yapmış olduğu deneyler FDA'na bilgi sunma amaçlı değildir. Daha ziyade Merck bu deneyleri hangi bileşimlerin en iyi sonuçlar vereceğini tespit etmek ve gelecekte ilaç olmaya aday bileşimi bulmaya çalışmak amacıyla yapmaktadır. Federal Mahkeme, 271 (e) maddesinde yer alan istisnanın “*yeni farmasotik bileşiklerin tanınlanması için genel biyomedikal araştırma*”ları kapsamadığını kabul etmiştir. Federal Mahkeme'ye göre Merck firması tarafından yapılan çalışmalar, FDA onayına sunulması için gerekli olan bilginin elde edilmesine yönelik değildir, bu çalışmalar FDA onayı için gerekli olan klinik testlerin konusu olmaya yöneliktir. İstisnalar, hayvanlarda yapılan çalışmalar gibi önklinik (preklinik) çalışmaları kapsamamaktadır. Fakat Temyiz Mahkemesi Federal Mahkemenin verdiği kararı bozmuştur. Temyiz Mahkemesine göre doğrudan FDA onayı için gerekli olmasa bile bu onayın hazırlanması için gerekli olan testlerin de istisna kapsamında değerlendirileceğini kabul etmiştir. Makul ölçüde ilgili bütün testler istisna kapsamına girmektedir.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Thomas, s. 16.

<sup>11</sup> Esmond, W. Robert/Schwartzman, Robert A., “*The Patent Infringement Exemption Land Grab*”, *Intellectual Property & Law Journal*, June 2005, Volume; 17, Number; 6, s. 13- 14; Noor, Marjan/Smith Camilla, “*EU Strikes Balance With New Bolar Provision*”, *Managing Intellectual Property*, London Jul/Aug 2005, s. 5; Thomas, s. 17; Valoir,

TRIPS anlaşması da istisna hükümleri getirilebileceğini belirtmektedir. Anlaşmanın 27. maddesi de aynı yöndedir.<sup>12</sup>

TRIPS 30. maddede de belirli şartlar altında kısıtlama getirilebileceği kabul edilmektedir. Almanya,<sup>13</sup> Japonya<sup>14</sup> ve İngiltere<sup>15</sup> gibi birçok ülke bu hükme dayanarak çeşitli düzenlemeler yapmıştır.<sup>16</sup>

#### IV. AVUSTRALYA

1990 tarihli Patent Kanunu'nda deneysel fiillerin istisna edildiğine dair herhangi bir açık hüküm bulunmamaktadır. Deneysel kullanımdan madde 9 (a) hükmünde bahsedilmektedir. Bu hüküm sadece gizli olarak yapılan makul deneme ve tecrübeleri istisna etmektedir. Eğer rüçhan tarihinden önce gizli bir kullanım varsa genel olarak patent verilmesi söz konusu değildir. Fakat gizli olsa bile makul tecrübe ve deneme söz konusu ise patent verilmesi kabul edilmiştir.<sup>17</sup>

#### V. JAPONYA

Japon Patent Kanunu'nun 69.1 maddesine göre patentten doğan haklar deney ya da araştırmalara şamil değildir. Bu hüküm ilk kez 1909 tarihinde, Japonya henüz gelişmekte olan bir ülke iken ve teknolojinin bütün alanlarında mühendisliğe ihtiyaç duyarken yürürlüğe girmiştir. Yeni teknoloji geliştirilebilmesi için deney amaçlı fiiller açıkça patentten doğan hakların kapsamı haricinde bırakılmıştır. 1987 yılında Japon Patent Kanunu'nda yapılan değişikliklerde, Biyoesdeğerlik çalışmalarını da dahil olmak üzere jenerik ilaçlarla ilgili test çalışmalarını istisna kapsamına alacak açık bir hüküm getirilmemiştir. Japon Temyiz Mahkemesi 1999 yılında benzeri testlerin istisna kapsamında olmadığına

---

Tamsen, "Drug Discovery After *Integra v. Merck*", *Intellectual Property & Technology Law Journal*, October 2005, Volume; 17, Number; 10, s. 2- 3.

<sup>12</sup> Thomas, s. 19.

<sup>13</sup> Thomas, [Alman Patent Kanunu, madde 11, § 2, Klinische Versuche (Klinik Denemeler) II (Case X ZR 68/94), Federal Temyiz Mahkemesi, BGHZ 135, 217, 1998, R. P. C. 423], s. 20.

<sup>14</sup> Thomas, [Japon Patent Kanunu, § 69 (1)], s. 20.

<sup>15</sup> Thomas, [ Birleşik Krallık Patent Kanunu, 1977, ch. 37, § 60(5)(b) ], s. 20.

<sup>16</sup> Thomas, s. 20.

<sup>17</sup> Advisory Council On Intellectual Property, Patents and Experimental Use, Issues Paper, February 2004, s. 1.

karar vermiştir. Japon Temyiz Mahkemesine göre biyoesdeğerlik çalışmaları deney amaçlı fiil olarak görülemez.<sup>18</sup>

## VI. AVRUPA BİRLİĞİ

### GENEL OLARAK

Patent koruma süresi sona ermeksizin, bir data yaratmak amacıyla klinik deneyler, testler, denemeler yapılmasına Avrupa Birliği içerisinde genel olarak izin verilmemektedir. Aynı zamanda deneme amaçlı fiiller konusunda da net ve birbiri ile uyumlu uygulamalar bulunmaktaydı. Bazı hukuk sistemlerinde diğerlerinin aksine patent süresi bitmeden önce testler yapılabileceğine ilişkin özel yasal hükümler bulunmaktadır.<sup>19</sup>

Bir çok Avrupa Ülkesinin patent kanunu, şu anda yürürlükte bulunan Alman Patent Kanunu'nun 11.2 maddesine benzeyen hükümler içermektedir. Alman Patent Kanunu'nun 11.2 maddesi; "*Patent tarafından sağlanan haklar, patent konusu buluşla ilgili deney amacıyla yapılan fiilleri kapsamaz*" şeklindedir. Benzer bir hüküm Konsey Tüzük Taslağı'nın 01.08.2000 tarihli metninde bulunmaktadır. Bu taslak ise ileride Topluluk Patentine temel teşkil edecektir. Avrupa ülkelerinin birçoğunda ve özellikle Almanya'da deney amaçlı fiiller farmasotikler yoluyla geliştirilmiştir. Diğer birçok hukuk sisteminde olduğu gibi en büyük sorun ilaç patentinin geçerli olduğu dönemde ön klinik ya da klinik deneylerin yapılıp yapılamayacağıdır. Almanya'nın tutumu bu konuda oldukça liberaldir ve söz konusu testlere izin vermektedir. İngiltere de dahil olmak üzere bir çok Avrupa Ülkesinde ise klinik testler, patent tecavüzü sayılmaktadır. Alman Temyiz Mahkemesi, "*Klinik Denemeler I ve II*" olarak bilinen davalarla uzmanlara ve deneylere izin vermektedir. İstemle koruma altına alınan farmasotik maddelerin özellikleri, istemlerden farklı endikasyonlar ve farmasotik maddenin bizzatı kendisi için izin verilmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi, Mayıs 2000'de Temyiz Mahkemesi'nin kararı ile paralellik arz eden bir karar vermiştir. Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre patent sahipli-

<sup>18</sup> ADVISORY COUNCIL ON INTELLECTUAL PROPERTY, s. 3.

<sup>19</sup> Stoate, Nigel, EU Enlargement, "*The Bolar Exemption and Parallel Imports: The Consequences for Market Exclusivity*", International Journal of Medical Marketing, Vol. 3, June 2003, s. 240,

rinin hakları yönünden getirilen bu türden kısıtlamalar, teknolojinin bilinen durumunun ilerletilebilmesi ve kamu yararı için zorunludur.<sup>20</sup>

30.10.2005 tarihinde Avrupa Birliği'nde geçerli olacak şekilde jenerik farmasotik endüstri lehine, Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi düzenlemeler yapılmıştır. 20 yılı aşkın bir zamandan bu yana ABD'nde jenerik Endüstri "*Bolar Hükmü*" olarak adlandırılan düzenlemeden faydalanmaktadır. Ruhsatlandırma için gerekli olan bilgiler toplanabilmekte ve deneyler yapılabilmektedir. Biyoeşdeğerlik çalışmaları da referans ürünü koruyan patentlere tecavüz söz konusu olmaksızın yapılmaktadır. Bu ise patent sona erer ermez jenerik firmaların piyasaya ürünlerin sunabilme imkanını getirmektedir. Avrupa Birliği'nde ise en son yapılan düzenlemelerden önce durum nispeten daha az belirgindi. Avrupa Birliği ülkeleri benzer fikirlere sahip olsalar da tamamıyla birbiriyle uyumlu bir yaklaşım sergilememekteydi. Avrupa Ülkelerinde mahkemeler birbirinden farklı kararlar vermiştir. Örneğin; 1977 tarihli Birleşik Krallık Patent Kanunu, patentlenmiş buluşun konusu olan patentli ürünlerle deney amaçlı fiillerin gerçekleştirilmesine izin vermektedir. Birleşik Krallık mahkemelerine göre ruhsatlandırma amacıyla yapılan denemeler ise bu kapsamda değildi. Fransız ve Alman mahkemeleri ise benzeri hükümleri farklı şekilde yorumlamışlardı. Bu türden farklılıklar patent korumasının denk bir şekilde yürümemesine ve rekabetin zarar görmesine sebep olmaktadır. Avrupa Birliği içerisindeki bu farklılıkların standardize edilmesi için, kısaltılmış başvuru yoluyla ruhsatlandırma için (jenerik başvurular) gerekli olan deneme ve çalışmalara izin verilmesi amacıyla yönetmelik hazırlanmıştır. Birleşik Krallık'ta ise bu yönetmeliğin geçerli olabilmesi için patent kanununun değiştirilmesi gerekmektedir. 30.10.2005 tarihi değişikliğin yapılması için son tarih olmasına rağmen henüz bu değişiklikler gerçekleşmiş değildir. Yönetmelikte, test materyallerinin sağlanması ya da ihraç edilmesinin istisna kapsamında olup olmadığı açık değildir. Bu konuda üye devletlerarasında ortaya çıkacak farklı uygulamalardan kaynaklanacak uyuşmazlıklar ECJ (European Court of Justice-Avrupa Adalet Divanı) tarafından çözümlenecektir.<sup>21</sup>

1996 yılında Avrupa Parlamentosu, istisna hükmünün yeniden düzenlenmesi konusunda bir teklif hazırlamıştı. Bu teklif, üye devlet-

<sup>20</sup> Advisory Council On Intellectual Property, s. 4.

<sup>21</sup> Ashurst, EU -v- US generic pharmaceuticals regulation, December 2005, s. 2.



lerin TRIPS madde 30 konusundaki farklı algılamaları yüzünden başarısız oldu. Yakın zamana kadar Avrupa'da ulusal hukuklar tarafından deney amaçlı istisnalar tanınmaktaydı. Avrupa'da deney amaçlı fiillerin patent korumasından istisna edilmesinin dayanağı ise 1975 tarihli Topluluk Patent Konvansiyonu'nun 31 (b) maddesidir. 31 (b) maddesi 1989 tarihli Avrupa Patenti ile İlgili Anlaşma ile 27 (b) maddesine alınmıştır.<sup>22</sup>

11.03.2004 tarihinde Avrupa Parlamentosu'nca onay verilmesinin ardından Avrupa Bakanlar Konseyi yeni bir farmasotik düzenleme paketini kabul etmiştir. Düzenleme paketi bir tüzükten (726/2004, hayvan ve insanlarda kullanılacak medikal ürünlerin ruhsatlandırılması ve idaresine ilişkin usulleri kapsamına almaktadır ve 2309/93 sayılı tüzüğün yerine geçerek Avrupa İlaç Ajansı'nı (European Medicines Agency) kurmaktadır) ve 2004/27/EC de dahil olmak üzere insanlarda kullanılan tıbbi ürünler ve Bolar istisnası olarak bilinen deney amaçlı kullanım istisnası konularında 2001/83/EC'yi değiştiren üç yönetmelikten oluşmaktadır. Bu düzenlemelerin temel amacı jenerik sektörün çok güçlü olduğu ABD'nde olduğu gibi Avrupa'da da farmasotik endüstrinin (ve özellikle jenerik ilaç endüstrisinin) aynı seviyeye ulaşmasını sağlamaktır.<sup>23</sup>

Jenerik ürünlerin piyasaya verilmesinin hızlandırılması için aynen ABD'nde olduğu gibi bir uygulamaya geçilebilmesi amacıyla yasama organı üzerinde jenerik firmaların uzunca bir zamandan bu yana lobi faaliyetleri bulunmaktaydı. Tıbbi ürünlerin düzenlenmesi ve onaylanması ile ilgili 2001/83 sayılı yönetmelik, 2004/27 sayılı yönetmelik ile değiştirilmiştir. Avrupa Birliği üyesi ülkeler ise bu değişikliği en geç 30.10.2005 tarihine kadar kendi ulusal hukuklarına aktarmak zorundadırlar. Yeni değişiklik ile topluluk hukuku ilk kez Bolar Hükümünü yürürlüğe sokmuş olmaktadır. Jenerik firmalarla, buluşçu firmaların menfaatlerinin dengelenebilmesi maksadıyla Bolar hükmü dışındaki diğer değişiklikler buluşçu firmaların lehine olacak şekilde yapılmıştır. Örneğin son değişikliklerle veri imtiyazı süresi uzatılmıştır.<sup>24</sup>

2004/27/EC sayılı yönetmeliğin 10 (6). Maddesine Bolar hükmü ithal edilmiştir. Bu hüküm şöyledir; *"gerekli olan deneme ve çalışmalara"*

<sup>22</sup> Ashurst (Generic), s. 2.

<sup>23</sup> Ashurst, The Bolar clause: Bringing the European generic pharmaceuticals industry into line with the US ?, April 2005, s. 1.

<sup>24</sup> Noor/Smith, s. 2.

rın... ve önemli uygulama ihtiyaçlarının gerçekleştirilmesi, patent haklarına ya da tıbbi ürünler için ek koruma belgelerine muhalefet olarak değerlendirilmeyecektir." Üye ülkeler 30.04.2004 tarihinden itibaren yönetmeliğin ulusal hukuklarına aktarılması için 18 aylık bir süreye sahip olacaklardır. Bolar hükmü ile birlikte farmasotik sanayinin ABD'ndeki duruma yakınlaşması sağlanacak ve ayrıca jenerik sanayinin deneysel amaçlı fiilleri gerçekleştirmek üzere üye olmayan ülkelere göçü duracaktır. Fakat Amerikan modeli ile Avrupa Bolar hükmü arasında bir eşitsizlik bulunmaktadır.

Avrupa Bolar hükmü "çalışmalar ve denemeler" ile "önemli uygulama ihtiyaçlarının gerçekleştirilmesi" şeklinde bir kısıtlama getirmektedir. Çeşitli materyallerin ihraç edilmesi ya da ithal edilmesinin Bolar hükmü kapsamına girip girmediği konusunda tereddütler bulunmaktadır. "Önemli uygulama ihtiyaçlarının gerçekleştirilmesi" şeklindeki ifade sarih bir ifade değildir ve anlamı konusunda tartışma yaratmaya açıktır. Bu türden belirsiz ifadelerin kullanılması ile Komisyon, istisna kapsamının ulusal mahkemeler tarafından yorum yoluyla belirlenmesini amaçlamıştır.<sup>25</sup>

Bazı ülkeler, buluşçu ilaç firmalarına yönetmelikte belirtildiğinden daha fazla lehe olacak şekilde, liberal bir yaklaşım sergileyebilirler. Bazı ülkeler ise ilacın daha da geliştirilmesi amacıyla ve yeni geliştirilen ilacın ruhsat başvurusunun gerektirdiği testleri Bolar istisnası kapsamında değerlendirebilirler. Fakat böylesi yaklaşımlar, Bolar istisnasının sınırlandırılmasına dayanak teşkil etmez. Jenerik firmaların desteklenmesi anlamına gelen Bolar istisnası, ruhsat başvurusunun gerektirdiği testlerin yapılmasını mutlak bir şekilde salık vermektedir. Almanya gibi bazı ülkelerde muhtemelen uygulama muhtemelen çok geniş olacaktır ve kısıtlayıcı bir yorum yapılmayacaktır. İtalya ise 04.03.2005 tarihinde yeni Bolar istisnasını olduğu gibi kabul etmiştir. İtalya'da kabul edilen düzenlemeye göre; "Sadece deneme amaçlı olmak üzere, tıbbi bir ürünün ruhsatının elde edilmesinin amaçlanması durumunda, farmakolojik etkin ham materyallerin bu amaçlar için lüzumlu olması sınırları dahilinde hazırlanması ve kullanılması amacıyla icra edilen fiiller" istisna kapsamındadır.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Noor/Smith, s. 3.

<sup>26</sup> Noor/Smith, s. 5.

## İNGİLTERE

İngiltere deneme amaçlı fiil istisnasını dar bir şekilde yorumlamaktaydı. *Monsanto v. Stauffer* davasında Temyiz Mahkemesi, ruhsatlandırmada kullanılmak üzere üçüncü kişilere klinik deneyler uygulamak yoluyla data oluşturmanın sadece deneme amaçlı fiil olmadığını ve bu yüzden söz konusu fiillerin patent haklarına tecavüz olarak yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir.<sup>27</sup>

İngiltere’de 1977 tarihli Patent Kanunu’nun 60 (5) (b) maddesinde Topluluk Patent Konvansiyonu’ndan alınmış bir istisna hükmü bulunmaktadır. 1985 yılında *Monsanto v. Stauffer* davasında deney amaçlı istisnaların ruhsatlandırma amaçlı denemeleri kapsamayacağı kabul edilmiştir. Fakat *Clinical Trials I (1995)* ve *Clinical Trials II (1997)* ve *Wellcome v. Paraxel International and Flamel Technology (2001)* davalarında Alman ve Fransız mahkemeleri tarafından verilen kararlar, *Monsanto v. Stauffer* davasında verilen karara zıt kararlar çıkmasına yardım etmiştir. Bütün bunlara rağmen Avrupa Birliği’nde deneysel amaçlı istisnalar konusunda bazı belirsizlikler bulunmaktaydı. Bu belirsizlik yüzünden 10 yeni üyenin 01.05.2004 tarihinde Birliğe katılmasından önce deney amaçlı fiillerin söz konusu katılan ülkelerde yapılması eğilimi bulunmaktaydı. Bu deneyler özellikle Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Polonya ve Slovenya’da yapılmaktaydı. Bu deneylerin yapılması ile ilgili olarak istihdam edilen kişi sayısı ise toplam on dört bin idi ve istihdam edilen bu kişilerin istisna konusundaki belirsizlik yüzünden işsiz kalma ihtimalleri belirmişti. Bu yüzden Avrupa Komisyonu farmasotik rejimi gözden geçirirken araştırmacı farmasotik endüstri ve jenerik farmasotik üreticilerin menfaatleri üzerine odaklanmıştı. Gözden geçirme sürecinin sonunda Komisyon jenerik üreticilere, patent koruma süresi henüz sona erme bile, ruhsatlandırma için denemeler yapmasına izin verilmesi gerektiğini kabul etti.<sup>28</sup>

## ALMANYA

Almanya’da Klinik Denemeler I (*Klinische Versuche 1,1997, RPC 623*) davasında deneme amaçlı fiiller yönünden ticari amaç bulunmasının, bu fiillerin tecavüz olarak değerlendirilmesine yeterli olama-

<sup>27</sup> Stoaite, s. 240.

<sup>28</sup> Noor/Smith, s. 2.

yacağı kabul edilmiştir. Klinik Denemeler II (*Bundesgerichtshof* X ZR 68/94, *Klinische Versuche*, 1998, RPC 424) davasında ise patent konusu ile ilgili yeni bilgilerin bulunmasının hedeflenmesinin tecavüz sayılmayacağına karar verilmiştir. Neticede eğer bir ilacın patentli ürün ile tıpatıp aynı olmasını teyit eden testlerden ziyade, patentli ürünün aktivitesi konusundaki bazı belirsizliklere açıklık getirmek amacı güden biyoeşdeğerlik çalışmalarına müsaade edilebilir.<sup>29</sup>

## FRANSA

Fransa'da Temyiz Mahkemesi, ruhsat başvurusu amacı yerine ilacın hastaya verilisinde yeni metotlar gibi patentli ürünle ilgili yeni uygulamaların bulunması amacı olduğu sürece klinik denemelere izin vermektedir (*Wellcome v. Paraxel*, TGI Paris, Üçüncü Daire, 20.02.2001, PIBD 2001, No 729, III, 530). İlk derece mahkemeleri kimi zaman ruhsatlandırma amaçlı klinik deneyler yapılmasına izin verilmesinin mümkün olabileceği yönünde kararlar verse de (*Science Union v. AJC Pharma*, 12.10.2002- *Science Union v. Biophelia*, 25.01.2002, PIBD No 747, III), Temyiz Mahkemesi istisna hükmünü dar bir şekilde yorumlamayı tercih etmektedir (*Patienti v. Peugeot*, 03.07.2002). Fransız Anayasa Mahkemesi, ulusal hukuk yönünden Bolar hükümlerinin uygulanmaya başlanması yönünde kararlar vermiştir.<sup>30</sup>

## İTALYA

İtalya, Ulusal Hukuku yönünden Bolar hükmüne sahiptir ve patent konusu ilaçla ilgili buluşun, patentin koruma süresinin sona ermesine 1 yıl kaldığı takdirde bu bir yıllık süre içerisinde ruhsatlandırma amacıyla kullanılmasına izin vermektedir. Bu bir yıllık süre dışında ise deneme amaçlı fiillerin yapılması durumunda ne olacağı ile ilgili önemli bir karar *Squibb & Sons v. Testaguzza* davasında (12.07.1995, *Giur. Annot. Di Dir. Industriale* 13) verilmiştir. İlaç ruhsatı hazırlanması amacı güdülse bile, ilaçla ilgili gerçek iyileştirme (ilacı ilerletme) amacı

<sup>29</sup> Dınca, Razvan, <The "Bermuda Triangle" of Pharmaceutical Law Is Data Protection a Lost Ship?>, *The Journal of World Intellectual Property*, s. 541; Stoate, s. 240.

<sup>30</sup> Stoate, s. 240.

olan deneylerin gerçek anlamda deneme amaçlı fiiller olduğu ve bu fiillerin patent haklarına tecavüz sayılamayacağına karar verilmiştir.<sup>31</sup>

## DİĞER ÜLKELER

Portekiz, Yunanistan ve İspanya'da jenerik firmaların ruhsatlandırma amacıyla deneyler yapılmasına izin verilmektedir. Bu durumun aleyhine gelişmiş herhangi bir içtihat hukuku mevcut değildir.<sup>32</sup>

## VII. KANADA

Kanada'da Bolar tipi istisna, sadece testlerin yapılmasını değil aynı zamanda ürünlerin patent koruma süresi sona erer ermez depolanması, üretimi gibi derhal piyasaya verilmesini sağlayacak fiilleri de kapsamaktadır (1993 tarihli Patent Kanunu'nun 55 (2) (2) maddesi). Avrupa Birliği, Kanada'ya karşı Dünya Ticaret Örgütü Paneli'ne, bu istisnadan dolayı şikayette bulunmuştur. Panel ise patent koruma süresi sona ermeksizin çalışmalar yapılabilmesinin TRIPS hükümleri ile uyumlu olduğunu kabul etmiştir. Fakat Panel, patent koruma süresi sona ermeksizin ilacın üretilmesi ve depolanmasının TRIPS anlaşmasına aykırı olduğuna karar vermiştir (*WT/DS114/R*, 17.03.2000).<sup>33</sup>

## VIII. DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜNÜN 17.03.2000 TARİHLİ KARARI

Avrupa'da Bolar istisnası savunmasının temel dayanaklarından bir tanesi de Avrupa Birliği'nin TRIPS çerçevesindeki yükümlülükleri olmuştur. Mart 2000'de, Dünya Ticaret Örgütü, Kanada ile Avrupa Birliği arasındaki anlaşma prosedürünü tartışmıştır. Dünya Ticaret Örgütü, *WT/DS114/R* sayılı kararı ile Kanada Patent Hukukunun

<sup>31</sup> Dinca, İtalyan Hukukundaki şu anda mevcut olan durum için bakınız; 05.07.2002 tarih ve 112 sayılı kanunla değiştirilmiş 63/2002 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesi, s. 540, 76 numaralı dipnot; Stoate, s. 241.

<sup>32</sup> Tosics, s. 49.

<sup>33</sup> Correa, s. 70; Tosics, Nóra, Patent Protection of Pharmaceuticals in the Context of Enlargement, *Retrospective Analysis of the Community Approach towards Central and Eastern European Countries*, Bruges, April 2003, s. 46.

jenerik şirketlere patent koruma süresi sona ermeden önce geliştirme çalışmaları konusunda verdiği izni kabul etmiştir. Dünya Ticaret Örgütü'ne göre bu durumda, ruhsatlandırma başvurusu için gerekli olan bilgilerin toplanmasına dönük olduğu sürece, patent sahibinin hakları haleldar olmamaktadır ve mezkur haklara bunun etkisi çok küçük ve dardır.<sup>34</sup>

## IX. TÜRKİYE'DE DURUM

551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'nin, "*Patentten Doğan Hakların Kapsamının Sınırları*" başlığını taşıyan 75. maddesinde, bazı fiillerin patentten doğan hakların kapsamı dışında kalacağı belirtilmiştir. Söz konusu maddenin b bendinde patent konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller de istisna kapsamına alınmıştır. Maddenin c bendinde ise yine ilaçlarla ilgili olmak üzere; "*Sadece bir reçetenin oluşturulması için eczanelerde yapılan ilaçların seri üretim olmadan hazırlanarak kullanılması ve bu şekilde hazırlanan ilaçlara ilişkin fiiller*" dahi istisna kapsamındadır.

75. maddeye, 22.06.2004 tarih ve 5194 sayılı kanunun 3. maddesi ile f bendi eklenmiştir. Eklenen f bendine göre; "*İlaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dahil olmak üzere, ruhsat konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller*" de istisna kapsamına alınmaktadır. Bu hüküm aslında "*deneme amaçlı fiiller*" şeklinde adlandırılan istisna hükmü kapsamında fakat ondan daha geniş ve ilaç sektörüne özgü bir hükümdür. Yapılan değişiklik, Bolar İstisnası ya da Bolar Hükümü olarak adlandırılan hüküm Türk hukukuna da girmiş olmaktadır. Yukarıda, diğer ülkeler yönünden yapılan tartışmalar göz önüne alındığında yapılan değişikliğin çok faydalı ve isabetli olduğunu söyleyebiliriz. Bu değişiklikte birlikte ruhsat başvurusunun ve ruhsat başvurusu amacıyla yapılan test ve deneylerin, deneme amaçlı fiiller kapsamında olup olmadığı yönünden bir tereddüdün yaşanması giderilmiştir. İlaçların ruhsatlandırılması da madde kapsamında olup, Sağlık Bakanlığı tarafından ilaçlara ruhsat verilmesi yönünden herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ruhsatlandırılan bir ilaç, patent koruması olup olmadığı, ya da ürünün patent koruması kapsamında olup olmadığına bağlı olarak piyasaya arz edilebilecektir.

<sup>34</sup> Stoate, s. 242.

5194 sayılı kanun ile yapılan bu değişiklikten önce yapılan ruhsat başvuruları ile bu başvuruların yapılması amacıyla gerçekleştirilen test ve deneyler 75. maddenin b bendinde yer alan istisnadan faydalanacaktır. Zira 75. maddenin b bendinin daraltıcı bir şekilde yorumlanmaması, amaçsal bir yorum yapılması lüzumludur. 75. maddenin b bendinde yer alan “*patent konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller*” yönünden ticari bir amaç olup olmaması da önemli değildir, çünkü söz konusu bentte; “*ticari amaç taşımaması*” şeklinde kısıtlayıcı bir şart bulunmamaktadır. Deneme amaçlı fiiller, patent koruma süresi sona erdikten sonrasına yönelik ticari bir amaç için yapılsa bile istisna kapsamındadır. “*Ticari amaç taşımayan*” şeklindeki şart maddenin a bendinde yer almıştır. Eğer b bendi içinde “*ticari amaç taşımama*” şartı olsaydı, bunun b bendine ya da 75. maddenin ilk cümlesine tüm bentleri kapsayacak şekilde yerleştirilmesi mümkündü. Kanun koyucu ise ticari amaç taşımama şartı olmaksızın b bendini düzenlemiştir. Dolayısıyla ticari amaç taşısın ya da taşımamasın, ruhsatlandırma amacıyla gerçekleştirilen fiiller istisna kapsamındadır.

Ruhsat başvurusunun yapılması ve ruhsat verilmesi bu değişiklikten önce yapılmış olsa bile patent haklarına tecavüz sayılamaz. 136. maddede patentten doğan hakka tecavüz sayılan fiiller teker teker sayılmıştır. Bunlar arasında ruhsat başvurusu yapılması yoktur. Ruhsat başvurusu yapılmasının, 136. maddede sayılan fiiller kapsamında değerlendirilmesi de söz konusu değildir.

## X. SONUÇ

Bolar İstisnası ya da Bolar hükmü adıyla bilinen ve ilaç patentleri yönünden deneme amaçlı fiilleri patentten doğan hakların bir istisnası kabul eden istisna son derece önemlidir.

Dünya Ticaret Örgütü, Bolar İstisnasının TRIPS’e bir aykırılık teşkil etmeyeceğine karar vermiştir.

Avrupa Birliği, EC 726/2004 sayılı Tüzük yoluyla yaptığı değişikliklerle Bolar İstisnası açık bir şekilde kabul edilmiştir.

Bolar istisnası sadece ruhsat başvurusu amacıyla test ve deney yapılmasını değil, aynı zamanda bu test ve deneylerin yapılmasını sağlayan öncül test ve deneylerin yapılmasını da kapsamaktadır.

Türkiye’de de Bolar İstisnası, 2004 yılında yapılan bir değişiklikle kabul edilmiştir. Fakat bu değişiklikten önce de ruhsat başvurusunun yapılması amacıyla gerçekleştirilen test ve deneyler 75/b hükmü gereği deneme amaçlı fiiller kapsamında değerlendirilecektir. Değişiklikten önce yapılan ruhsat başvurusu ise 136. madde gereği patentten doğan hakka tecavüz sayılmayacaktır, çünkü ruhsat başvurusunun yapılması patente tecavüz sayılan fiillerden değildir ve bu fiillerin kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

### KAYNAKÇA

- Advisory Council On Intellectual Property, Patents and Experimental Use, Issues Paper, February 2004, s. 1.
- Ashurst, EU -v- US Generic Pharmaceuticals Regulation, December 2005, (Ashurst’a ait diğer atıfla karışmaması için sonraki atıflarda “generic” şeklinde kısaltılmıştır).
- Ashurst, *The Bolar Clause, Bringing the European Generic Pharmaceuticals Industry Into Line With the US ?*, April 2005, s. 1.
- Correa, Carlos, Integrating Public Health Concerns into Patent Legislation in Developing Countries, October 2000, Geneva.
- Dinca, Razvan, <The “Bermuda Triangle” of Pharmaceutical Law Is Data Protection a Lost Ship?>, *The Journal of World Intellectual Property*.
- Esmond, W. Robert/Schwartzman, Robert A., “*The Patent Infringement Exemption Land Grab*”, *Intellectual Property & Law Journal*, June 2005, Volume; 17, Number; 6.
- Işıklı, Hasibe, İlaçlarda Test ve Deney Verilerinin Korunması, Avrupa Birliği’nde Yeni Sistem, Ankara, 2005.
- Noor, Marjan/Smith Camilla, “*EU Strikes Balance With New Bolar Provision*”, *Managing Intellectual Property*, London, Jul/ Aug 2005.
- Stoate, Nigel, EU Enlargement, “*The Bolar Exemption and Parallel Imports: The Consequences for Market Exclusivity*”, *International Journal of Medical Marketing*, Vol. 3, June 2003, s. 240.



Thomas, John R.; Scientific Research and the Experimental Use Privilege in Patent Law, 28.01.2004.

Tosics, Nóra; Patent Protection of Pharmaceuticals in the Context of Enlargement, *Retrospective Analysis of the Community Approach towards Central and Eastern European Countries*, Bruges, April 2003.

Valoir, Tamsen, "Drug Discovery After *Integra v. Merck*", Intellectual Property & Technology Law Journal, October 2005, Volume 17, Number 10.

Zeitoun, Suzanna, Are Legislators Able to Meet Efficiency Goals? - An Analysis of the Pharmaceutical Industry, 29.05.2004.

# REKABET HUKUKUNDA YASAK İLKESİNDEN MUAFİYET

Cemil GÜNER\*

## Giriş

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi gereğince yasaklanan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları,<sup>1</sup> RKHK'nın 5. maddesinin getirdiği muafiyet imkanı ile hukuka uygunluk niteliği kazanarak uygulamada yer bulmaktadır.

Muafiyet kavramı gibi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durumun rekabet hukukundaki yerinin tespiti bu bakımdan önem arz etmektedir. Bu çerçevede, öncelikle muafiyet kavramı üzerinde durularak niteliği tespit edilmeye çalışılacak; ardından da RKHK esas alınmak üzere, Avrupa Topluluğu rekabet hukukuyla ilgili olarak Kurucu Antlaşma'nın muafiyet hükmünü düzenleme yöntemine ilişkin bilgiler verilecektir.

Yasak ilkesinden muafiyet için gerekli şartlar, olumlu ve olumsuz şartlar şeklinde ikiye ayrılarak inceleme konusu yapılacaktır. İlgili şartlar hakkında öze ilişkin açıklamalarda bulunulurken Rekabet Kurulu'nun konuya ilişkin bazı kararları da örnek olarak verilecektir.

RKHK'da bireysel ve grup muafiyeti ayrımı yapılmasından hareketle, muafiyet türleri üzerinde incelemede bulunulacaktır.

Son olarak, muafiyetin etki ve sonuçları inceleme konusu yapılacaktır. Bu kapsamda, muafiyetin hangi süre için verilebileceği, tekrar

---

\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi araştırma görevlisi.

<sup>1</sup> Rekabeti kısıtlayan "teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları", bundan böyle kısaca "işbirliği uygulamaları" şeklinde ifade edilecektir.

aynı imkandan yararlanmanın mümkün olup olamayacağı, hangi hal-lerde Rekabet Kurulu'nun verdiği muafiyet kararının geri alınabileceği, muafiyet için şart ve yükümlülük getirme imkanı üzerinde durulacaktır. Ayrıca, muafiyet kararının sonuçları, muafiyet kapsamındaki işbirliği uygulamalarının diğer yasaklayıcı hükümler karşısındaki durumu ele alınacak ve muafiyet kararının menfi tespit kararı ile karşılaştırması yapılacaktır.

### A. GENEL OLARAK

Ekonomik yaşamda rekabetin önemli bir yeri vardır. Zira rekabetin var olduğu bir ekonomik sistemde, teşebbüsler, rekabetçi bir ortamda var olabilmek için yüksek kalitede hizmet ve ürün sunmakta, fiyat seviyesini düşürmekte, ürün yelpazesi genişlemek suretiyle, çeşitlilik, toplum yararına olacak şekilde artmaktadır. Rekabetin doğuracağı yarışmacı ortam, teknolojiden daha fazla yararlanma imkanı sunmakta ve dolayısıyla da bu imkan, mevcut ürün ve hizmetlerde gelişim ve yeniliği beraberinde getirmektedir. Belirtilmesi gereken bir diğer husus, rekabetle birlikte, teşebbüslerin ekonomik kaynakları etkin ve verimli kullanmaya yönelmesi ve yatırıma yönelik girişimlerin artmasıdır. Aynı şekilde, iç piyasada rekabetin doğuracağı güçlü ve oturmuş bir ekonomi, dış pazarda da rekabet gücünün artmasına vesile olacaktır. Yine, rekabetin yer aldığı bir sistem, tek el ve kartel oluşturmaya yönelik girişimleri asgari düzeye indirecek ve dolayısıyla da küçük ve orta ölçekli işletmelerin faaliyetlerinin sürekliliği sağlanacaktır.<sup>2</sup>

Görüldüğü gibi, rekabet, yararlı bir hukuki kurum olması nedeniyle, ekonomik yaşamın olmazsa olmazları arasında yer almaktadır. Ancak, rekabet ortamı, kârlarını arttırma amacı güden teşebbüsler için zahmetli bir süreçtir. Bu nedenle, teşebbüsler gizli ya da açık anlaşmalarla aralarındaki rekabetten vazgeçerek kârlarını birlikte arttırma yolunu tercih edebilecek, böylece de bu girişimden tüketiciler zarar göreceklerdir. Bu sebeple, kanun koyucular, rekabeti kısıtlayıcı ya da ortadan kaldırıcı anlaşma ve uygulamaları yasaklayıcı düzenlemeler getirmek suretiyle bir anlamda rekabeti koruyucu bir çerçeve öngörmektedirler.

<sup>2</sup> <http://www.rekabet.gov.tr/nicinrekabet.html> (11.01.2006 tarihi itibarıyla).

Kural bu olmakla birlikte, rekabeti sınırlayıcı olmalarına karşın, kimi hallerde, olumlu yönleri bulunması nedeniyle, rekabeti kısıtlayıcı işbirliği uygulamalarının belirli koşullarla yasak kapsamı dışına çıkarılmasının bir takım yararlı sonuçları olduğu da bir gerçektir. Zira bu işbirliği uygulamalarına mutlak olarak geçersizlik yaptırımının uygulanması, bir takım haksızlıkları da beraberinde getirecektir.<sup>3</sup>

Ticari yaşamda uygulama bulan bir anlaşmadan aynı zamanda etkinlik doğuyorsa ve bu etkinlik sakıncalarından daha fazlaysa ona muafiyet yoluyla izin verilmesi gerektiği doktrinde isabetli olarak vurgulanmıştır.<sup>4</sup> Buna göre, rekabet hukukuna ilişkin düzenlemelere yer veren RKHK'nın amacının rekabetin korunmasını sağlamak olduğu düşünüldüğünde, bu korumanın gerçekleştirilmesinin beraberinde ticari yaşamda verimliliği de getireceği ifade edilebilir.

Bu açıklamalardan hareketle, hukuka aykırı ve yasak olduğu RKHK'da açıkça vurgulanan, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan işbirliği uygulamalarının, yine RKHK'nın getirdiği istisnai haller çerçevesinde hukuka uygunluk kazanarak rekabet hukuku bağlamında uygulama bulacağı belirtilmesi gereken bir husustur.

## B. MUAFİYET KAVRAMI

*"Bağımsızlık, yükümlülük dışında tutulmuş, ayrı tutulma, kendisine uygulanmama"* gibi sözcük anlamları olan muafiyet kavramını, RKHK tanımlamamıştır.<sup>5</sup> Ancak, RKHK'nın 5. maddesinin, muafiyeti tanımaya yetkili makamı, muafiyet için gerekli unsurları belirleyerek dolaylı bir tanımlama yoluna başvurduğu söylenebilir.

RKHK'da yer alan düzenlemelerden yola çıkılarak muafiyet kavramı doktrinde şöyle tanımlanmaktadır: RKHK'da aranan şartların var-

<sup>3</sup> Yılmaz Aslan, *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku*, Ankara 1998, (Avrupa Topluluğu), s. 143.

<sup>4</sup> Yılmaz Aslan, "Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Rekabeti Bozucu Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Muafiyet", *Rekabet Kurumu'nun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*, Ankara 1999, (Sempozyum), s. 19.

<sup>5</sup> Muafiyet kelimesinin anlamı için bkz., Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 558; *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu, s. 1036.

lığı halinde, rekabeti kısıtlayıcı işbirliği uygulamalarına, RKHK'nın 4. maddesi hükümlerinin uygulanmayacağına dair Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu karar.<sup>6</sup>

RKHK bir bütün olarak incelendiğinde, muafiyetin, yalnızca işbirliği uygulamaları için düzenlenmiş olduğu sonucuna varılacaktır. Bunun yanında, kurulun belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan tebliğler çıkarma yetkisinin bulunduğu da belirtilmesi gereken bir diğer husustur. Aynı şekilde, hakim durumun kötüye kullanılması, birleşme ve devralmaların muafiyet hükümlerinden yola çıkarak istisnai durumdan yararlanmasının mevzuat bağlamında imkanı bulunmamaktadır.<sup>7</sup>

Buna göre, RKHK'nın 5. maddesinin öngördüğü muafiyet imkanıyla, rekabet politikasının öngördüğü doğrultuda, ticari ve teknolojik gelişimin sağlanarak markalar arası ve marka içi rekabetin tesis edilmesi, teknoloji kullanımının yaygınlaşması, rekabeti tehdit etmemek kaydıyla teşebbüslerin rekabetçi özelliklerinin arttırılması yoluna gidilmektedir.<sup>8</sup>

### C. REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN MUAFİYET HÜKMÜ

RKHK'nın 5. maddesi, 4. madde şartları altında hukuka aykırı kabul edilen işbirliği uygulamalarının söz konusu madde uygulamasından, hangi hallerde istisna tutulabileceğini göstermektedir.

Muafiyet kavramı, RKHK'nın 5. maddesinde şöyle ifade edilmiştir:

*“Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde,<sup>9</sup> teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:*

<sup>6</sup> Emel Badur, *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)*, Ankara 2001, s. 129.

<sup>7</sup> *TÜSİAD Dergisi*, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Uygulama Esasları”, S. Aralık 1998, Yayın No. TÜSİAD-T/98/12/245, s. 41.

<sup>8</sup> *TÜSİAD Dergisi*, “Rekabet Hukukunda Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar”, S. Aralık 1998, Yayın No. TÜSİAD-T/98/12/244, s. 59.

<sup>9</sup> RKHK'nın 5. maddesinde, 02.07.2005 tarih ve 5388 sayılı kanunla değişiklik yapılmış; bu bağlamda, “Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde” ibaresinden sonra gelen “ilgililerin talebi üzerine” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır: RG, 13.07.2005-S.25874.

- a. Malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- b. Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
- c. İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- d. Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması.”

Bu çerçevede, muafiyet hükümlerinden yararlanma bakımından RKHK’da işbirliği uygulamaları arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır.

Rekabeti kısıtlayan ve muafiyet kapsamına da girmeyen işbirliği uygulamaları, RKHK’nın 56. maddesi gereğince geçersizdir. Bununla birlikte, Kurul’un verdiği menfi tespit kararları da rekabeti kısıtlayıcı uygulamaları yasaklayan bu müeyyidenin uygulanmasını engelleyen imkanlardan bir diğeridir.

#### D. MUAFİYETİN ŞARTLARI

RKHK’nın 5. maddesi, Kurul’un, işbirliği uygulamalarına muafiyet tanıyabilmesini dört şarta bağlamıştır. RKHK’nın aradığı bu şartlar seçimlik şartlar değildir. Aynı şekilde, bireysel muafiyet talebinde Kurul, bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini her somut olayda ayrı ayrı inceleyerek bir sonuca varma yoluna gidecekken; grup muafiyetinde genele ilişkin şartları dikkate almak suretiyle soyut bir düzenleme bulunacaktır.<sup>10</sup>

RKHK’nın 5. maddesinde ifade edilen dört şarttan ilk ikisi ile son ikisi kendi aralarında bir grup oluşturmaktadır. Bu şartlardan (a) ve (b) bentlerinde yer alan şartlar, muafiyet verilecek işbirliği uygulamalarının içermesinin zorunlu olduğu unsurlardır. Buna karşılık, (c) ve (d) bentlerinde yer alan şartların işbirliği uygulamalarında bulunmaması gerekir. Bu çerçevede, (a) ve (b) bentlerinde düzenlenmiş unsurlar olumlu şartlar, (c) ve (d) bentlerinde düzenlenenler de olumsuz şartlar olarak sınıflandırılmaktadır.

RKHK’nın 5. maddesine göre, bireysel ve grup muafiyetlerinin verilmesinde yetkili tek organ Rekabet Kurulu’dur. Bununla birlikte,

<sup>10</sup> Metin Topçuoğlu, *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Ankara 2001, s. 251.

RKHK’da ifade edilen bu olumlu ve olumsuz şartların varlığının tespiti halinde, muafiyet kararı vermek Kurul’un takdirine bağlıdır.<sup>11</sup>

## 1. Olumlu Şartlar

### a. Anlaşmanın Yararlı Olması

RKHK, bu ilk şartı “malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik ve teknik gelişmelerin sağlanması” şeklinde ifade etmiştir. Bu şartın iki seçimsel unsurdan oluştuğu söylenebilir. Bu durumda, muafiyet kararı için, “malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin sağlanması” ile “ekonomik veya teknik gelişmelerin sağlanması” kriterlerinden birinin gerçekleşmesi yeterli olacaktır.

AT rekabet hukukunda da bu paralelde bir koşul getirilmiştir. Buna göre, üretimde veya dağıtımda ya da ekonomik veya teknik gelişmede iyileşmeye yol açma zorunluluğu, muafiyet kararı için gerekli olan kriterlerden biri olarak aranmaktadır.<sup>12</sup>

Buna göre, rekabeti kısıtlayıcı hükümler içermesi nedeniyle, rekabet düzenine zararları olmakla birlikte; mal veya hizmet üretimi ya da dağıtımına ilişkin RKHK’da aranan olumlu sonuçları doğurabilecek nitelikte olan işbirliği uygulamalarının muafiyet hükümlerinden yararlanabileceği söylenebilir.

Anlaşmanın yararlı olması bakımından; üretimin artırılması, maliyetin azaltılması, kalitenin yükseltilmesi, ekonomik tekniklerin kazandırılması gibi örnekler kapsama dahil edilebilir. Ekonomik gelişmenin sağlanması bağlamında ise, malların üretim ve dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında gelişmiş bir tekniğin uygulamaya sokulması örnek bağlamında verilebilir. Yine, teknik ilerlemenin teşviki, daha hızlı ve gelişmiş veya tamamen yeni bir teknolojinin ortaya çıkarılmasını ifade etmektedir.<sup>13</sup>

Rekabeti arttıran, ekonomik alanlara yönelik yatırımları organize eden anlaşmalar ile yeni bir sanayi kurulması, fuar veya sergilerin

<sup>11</sup> Kerem Cem Sanlı, *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Ankara 2000, s. 126.

<sup>12</sup> Aslan, *(Avrupa Topluluğu)*, s. 148.

<sup>13</sup> Topçuoğlu, *a. g. e.*, s. 253.

oluşturulması gibi hususlar, bu tür işbirliği davranışlarıdır. Aynı şekilde, doktrinde, işsizliğin önlenmesi ya da sorunlarının asgari düzeye indirilmesi gibi hallerin de gelişme ve iyileşme kapsamına dahil edilebileceği haklı olarak belirtilmiştir.<sup>14</sup>

Rekabet Kurulu bir kararında “anlaşmanın yararlı olması” şartını irdelerken ilgili şartın varlığına şu şekilde hükmetmiştir: T. havayolu şirketi ile İ. Havayolu şirketi arasında yapılan “havuz anlaşması”nın Kurul’a bildirilmesi üzerine yapılan incelemede, söz konusu havuz anlaşması, uluslararası havacılık anlaşmasının izin verdiği düzenlemeleri aşıyor nitelikte görülmüştür. Kurul, yapılan anlaşmayı rekabeti sınırladığı için RKHK’nın 4. maddesine aykırı bulmuştur. Fakat muafiyet imkanı söz konusu olduğundan, Kurul’ca yapılan incelemede “havuz anlaşması”nda yer alan taraf hava yolları şirketlerinin kapasiteleri birlikte belirleme, elde edilen gelirin eşit paylaşılması, hava trafiğinin beraber planlanması gibi hükümler, RKHK’nın 5. maddesinde öngörülen şartları ve bu kapsamda anlaşmanın yararlı olması şartını da taşıdığından, muafiyet başvurusu uygun görülerek bildirim tarihinden itibaren 5 yıllık bireysel muafiyet kararı verilmiştir.<sup>15</sup>

Muafiyet imkanından yararlanmak isteyen teşebbüsler, muafiyet taleplerini Kurul’u ikna edecek şekilde, somut yararlar dayandırmak zorundadırlar. Bununla birlikte, grup muafiyeti çıkarılan konulardaki anlaşmalarda, bunların ne gibi yararlar sağlayabileceği ayrıca belirlenmiştir.<sup>16</sup>

Anlaşmanın yararlı olması şartı bakımından, yarar unsurunun büyüklüğü konusunda RKHK’da bir kriter yer almamakla birlikte; genel ölçü olarak, anlaşmanın sağladığı yararın, doğurduğu rekabet sınırlamalarını dengelemeye yetecek büyüklükte olması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir. Buna göre, yarar kavramı sadece teşebbüslerin kendi açılarından sağlayacakları menfaat veya kazanç şeklinde değil, aynı zamanda, bunların objektif anlamda ekonomiye yapacakları somut katkı şeklinde anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Ünal Tekinalp, *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul 1997, s. 361.

<sup>15</sup> Rekabet Kurulu Kararı No: 01-08/73-21, 13.02.2001 tarihli karar.

<sup>16</sup> Aslan, (*Avrupa Topluluğu*), s. 148.

<sup>17</sup> Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku*, 2. Baskı, Bursa 2001, (Rekabet), s. 134; Sanlı, *a. g. e.*, s. 127.



## b. Tüketicinin Yarar Sağlaması

Ekonomik açıdan yarar sağladığı kabul edilebilen bir işbirliği uygulamasında, yalnızca yararın varlığı yeterli olmayıp; bunun yanında, söz konusu yararın tüketicilere de yansıyor olması gerekmektedir. Aksi takdirde, tüketicilerin, söz konusu yarardan somut olarak yararlanmadığı durumlarda, muafiyet hükümlerinden faydalanmak mümkün gözükmemektedir.

Bu durum, RKHK'nın 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde "*tüketicinin bundan yarar sağlaması*" olarak ifade edilmiştir. "*Bundan*" sözcüğü ile kastedilen (a) bendinde sözü edilen "*malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasındaki gelişme ya da teknolojik veya ekonomik gelişme*"dir. Bu tespit, AT rekabet hukukunda Kurucu Anlaşma'nın 85. maddesinin 3. fıkrasında "*ortaya çıkan yarardan*" diye ifade edilirken; aynı maddede yer alan tüketicinin ortaya çıkan yarardan aldığı payı nitelendirilirken kullanılan "*adil*" sözcüğüne RKHK'da yer verilmemiştir. Dolayısıyla, AT rekabet hukukundaki düzenlemenin aksine, RKHK tüketicinin sağladığı yararın "*adil, uygun, oranlı*" olmasını aramamıştır.<sup>18</sup> Bununla birlikte, rekabeti kısıtlayıcı bir işbirliği uygulamasına, muafiyet sağlanırken, Kurul'un, tüketiciye yansiyacak yarar kriterinde makul bir ölçüt arayacağı da kuşkusuz kabul edilmesi gereken bir husustur. Zira muafiyet verilmesi düşünülen işbirliği uygulamasının, tüketiciye sağladığı yarar, sakıncalarından daha fazla ise, istisnai durumdan yararlanarak uygulama kazanmasına da imkan verilmemelidir.

Rekabeti kısıtlayan işbirliği uygulamalarının doğuracağı ekonomik faydadan istifade edecek olan tüketici kavramı, RKHK'da tanımlanmamakla birlikte; 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da geçen tüketici tanımından yola çıkarak, "*bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak, nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek ya da tüzel kişiler*"in tüketici sıfatı taşıyacağı söylenebilir.

Tüketicinin sağlayacağı yarar bağlamında, satış fiyatlarının düşürülmesi, kaliteli ürün sunulması, ürün ve hizmete ulaşmada kolaylık sağlanması, ürün yelpazesinin genişletilmesi, garanti ve satış sonrası hizmetlerin arttırılması, ürünlerin geliştirilerek pazara sürülmesi halleri örnek olarak verilebilir. Bu örneklerden yola çıkarak, Kurul, mua-

<sup>18</sup> Badur, a. g. e., s. 137.

fiyet kararı verirken, anlaşmanın, tüketiciye sağladığı yararlarla zararları dikkate alarak karşılaştıracak ve sonuçta, yararları daha ağır basan anlaşmaları, bireysel veya grup muafiyeti kapsamına dahil edecektir.<sup>19</sup>

Bu çerçevede, AT rekabet hukuku uygulamasında, Kurucu Anlaşma'nın 81. maddesinin 3. fıkrasında, tüketicilerin ortaya çıkan sonuçlardan doğrudan yararlanabildiği hallerde “*uygun ölçüde pay alma*” şartının gerçekleştiği kabul edilmektedir. Böyle bir sonucun, Türk rekabet hukukunda da uygulama bularak muafiyet kararlarının verilmesinde dikkate alınması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir.<sup>20</sup>

## 2. Olumsuz Şartlar

### a. Rekabetin Tamamen Ortadan Kalkmaması

Rekabeti kısıtlayıcı bir işbirliği uygulamasına muafiyet tanınabilmesinin bir diğer şartı, faaliyette bulunulan ürün veya hizmet piyasasında rekabetin ortadan kaldırılmamış olması ve dolayısıyla, rekabeti kısıtlayıcı uygulamalara rağmen rekabetin halen devam ediyor olmasıdır.

RKHK'da “*ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması*” şeklinde ifade edilen bu şart, AT Kurucu Anlaşma'nın 85. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendinde, “*bu gibi işletmelere, ilgili ürünlerin önemli bir bölümü bakımından rekabeti ortadan kaldırma fırsatı sağlanmaması*” hükmüyle belirtilmişken; RKHK'nın bu hükümden farklı olarak “*ürün*”ün önemli bir kısmında değil, “*piyasa*”nın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmamasını şart koşması dikkate değerdir.<sup>21</sup>

Doktrinde, rekabeti tamamen ortadan kaldırmadığı için muafiyet hükmünden yararlanabilecek olan işbirliği uygulamalarına, ortak araştırma ve geliştirme, ortak satış ve reklam, belirli ürünlerde karşılıklı olarak üretim kapasitesinin azaltılması ve uzmanlaşma gibi belirli alanlarla sınırlı anlaşmalar örnek mahiyetinde verilmektedir.<sup>22</sup>

Rekabet Kurulu, E. AŞ ve R. şirketi arasında akdedilen “*üretim anlaşması*” ile T. AŞ, E. AŞ, İ. AŞ, R. şirketi arasında akdedilen “*rekabet etmeme anlaşması*”yla ilgili olarak verdiği kararda, her iki anlaşmayı da

<sup>19</sup> Arif Esin, *Rekabet Hukuku*, İstanbul 1998, s. 75; Aslan, (*Avrupa Topluluğu*), s. 135.

<sup>20</sup> Topçuoğlu, *a. g. e.*, s. 255.

<sup>21</sup> Badur, *a. g. e.*, s. 140.

<sup>22</sup> Topçuoğlu, *a. g. e.*, s. 256.

rekabet etmeme, mamullerin alım ve satımına ilişkin sınırlamalar getirme, bölge belirleme gibi hükümler içermesinden dolayı RKHK'nın 4. maddesini ihlal ettiği için rekabeti kısıtlayıcı işbirliği uygulaması olarak değerlendirmiştir. Kurul, ilgili kararına konu anlaşmada yer alan şartlarda öngörülen ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması şartına uygun düzenleme getirilmemesi sebebiyle bu işbirliği uygulamasını muafiyet imkanından yararlandırmamıştır.<sup>23</sup>

### b. Rekabetin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması

Muafiyet için gerekli şartlardan biri de, RKHK'nın 5. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde hükme bağlandığı üzere, hem nitelik olarak yararlı olan, hem de tüketiciye yararlı olacak bir işbirliği uygulamasının, bu amaçları gerçekleştirebilmek için zorunlu olandan fazla rekabeti kısıtlayıcı kayıtlar içermemesidir.

Hangi kısıtlamaların mevzuatta gösterilen amacın gerçekleşmesi için gerekli olduğu, anlaşma konusuna ve hükümlerine göre belirlenecektir. Buna göre, anlaşma konusunun ve kanundaki amacın elde edilmesine katkıda bulunmayacak kısıtlamaların zorunlu olmayan veya gereğinden fazla sınırlama olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>24</sup>

AT rekabet hukuku uygulamalarında da, sağlanan yararlar için zorunlu olmayan rekabet sınırlamalarına yol açan anlaşma hükümleri, Komisyon tarafından anlaşmadan çıkarılmaktadır.<sup>25</sup>

Görüldüğü gibi, rekabet düzeni, işbirliği uygulamalarına yararları olması nedeniyle muafiyet tanımaktadır. Bununla birlikte, söz konusu yararların elde edilmesi için zorunlu olmayan kısıtlamalara da izin verilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple, bu şartın, yararlar rekabetin kısıtlanması arasındaki dengeyi kurmakta olduğu doktrinde vurgulanmıştır.<sup>26</sup>

Rekabet Kurulu, konuyla ilgili olarak verdiği bir kararda, B. Şirketinin, bayileriyle yaptığı "*bayilik sözleşmesi*"nde, bayilerin pasif satışla-

<sup>23</sup> Rekabet Kurulu Kararı, No: 99-44/467-296, 28.09.1999 tarihli karar.

<sup>24</sup> Topçuoğlu, *a. g. e.*, s. 257.

<sup>25</sup> Aslan, (*Avrupa Topluluğu*), s. 149.

<sup>26</sup> Badur, *a. g. e.*, s. 143.

rının engellenmesine ve bayilerin satış fiyatlarının belirlenmesi, yani satış fiyatlarının B. şirketi tarafından belirlenmesine ilişkin hükümlerin yer alması nedeniyle, “*bayilik sözleşmesi*”nden beklenen faydanın elde edilebilmesi için zorunlu olandan daha fazla rekabetin kısıtlandığı, dolayısıyla Kurul’a bildirimde bulunulan sözleşmelere bireysel muafiyet verilebilmesi için gerekli olan şartların sağlanmaması nedeniyle söz konusu anlaşmaya bireysel muafiyet verilmemesine karar vermiştir.<sup>27</sup>

### 3. Muafiyet Kararında Talebin Gerekliliği

RKHK’nın 5. maddesindeki şartları taşıyan bir rekabeti kısıtlayıcı işbirliği uygulaması, bu uygulamalara taraf olan gerçek ya da tüzel kişilerin herhangi bir talebine gerek olmaksızın yasak kapsamından çıkarılabilecektir.

Bununla birlikte, yukarıda da belirtildiği üzere, 5388 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce, rekabeti kısıtlayıcı işbirliği uygulamaları kapsamında yer alan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının yasak ilkesinden muaf tutularak uygulama bulabilmesi, tarafların talebine bağlı tutulmaktaydı. Fakat RKHK’nın grup muafiyeti tebliği çıkarılmış konularda, muafiyet kapsamına giren anlaşmalarda, tarafların, muafiyet talebinde bulunmalarına ihtiyaç duymaması hükmünde olduğu gibi, bireysel muafiyetler için de ilgililerin talebini zorunlu bir şart olarak görülmesi şartı madde metninden çıkarılmıştır.

Grup muafiyeti tebliğinde belirlenen şartları taşıyan anlaşmalar, yapıldıkları andan itibaren muafiyet hükümlerinden yararlanabileceklerdir. Ancak yapmış oldukları böyle bir anlaşmanın, grup muafiyeti için gerekli olan şartları taşıyıp taşımadığı hususunda kuşku duyan tarafların bildirimde bulunarak, alacakları sonuca göre hareket etmelerinde fayda vardır. Dolayısıyla, taraflar, aralarındaki anlaşmanın RKHK’nın 4. maddesine aykırı olmadığını düşünüyorlarsa Kurul’dan menfi tespit, bu yönde karar verilemeyeceği takdirde bireysel muafiyet talebinde bulunabilmeleri imkan dahilindedir.<sup>28</sup>

Belirtilmesi gereken bir diğer husus, taraf olunan işbirliği uygulamalarının, rekabet hükümlerini ihlal ettiği için Kurul tarafından gerek re’sen, gerekse şikayet veya ihbar gibi yollarla harekete geçile-

<sup>27</sup> Rekabet Kurulu Kararı, No: 99-53/575-364, 22.11.1999 sayılı karar.

<sup>28</sup> Topçuoğlu, *a. g. e.*, s. 259.

rek soruşturma açılması yoluna gidildiğinde, soruşturma neticesinde RKHK'nın 4. maddesini ihlal eden bir durum tespit edilmiş olmasına karşın RKHK'nın 5. maddesinin sağladığı muafiyet hükümlerinden yararlanabilmek için gerekli kanuni şartların da mevcut olması halinde, Kurul'un kendiliğinden bu işbirliği uygulamalarına bireysel muafiyet tanıyabileceğidir. 5388 sayılı kanunla getirilen değişiklikten önce ise, bireysel muafiyet yönünde talep olmadığı için Kurul'un kendiliğinden muafiyet sağlama yetkisi bulunmamakta idi. Aynı şekilde, grup muafiyetleri tebliği kapsamında bir işbirliği uygulaması söz konusu ise, yine bir talep şartı aranmadığı için kendiliğinden muafiyet hükümlerinden yararlanacaktır.

## E. MUAFİYET TÜRLERİ

Türk ve AT rekabet hukuklarında muafiyet, genel olarak bireysel ve grup muafiyeti olarak ikiye ayrılmaktadır.

### 1. Bireysel Muafiyet

Bireysel muafiyet, Rekabet Kurulu tarafından RKHK'nın 5. maddesinde aranılan şartların varlığı halinde işbirliği uygulamalarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına ilişkin verilen karardır.

Kurul'un bu yöndeki kararı, kurucu ve yenilik doğurucu bir karar olup; aynı zamanda birer koşul işlem niteliği taşımaktadır.<sup>29</sup>

Kurul'un muafiyet kararıyla, rekabeti kısıtlayan işbirliği uygulamaları, RKHK'nın 4. maddesinin uygulama alanı dışına çıkarıldığından geçersizlik yaptırımından kurtulmaktadır.

Kurul'un vereceği muafiyet kararına kadar işbirliği uygulamalarının niteliği tartışma konusu yapılmaktadır. Bu bağlamda, muafiyet kararının verileceği zamana kadar, söz konusu uygulamaların "*topal hukuki işlem*" olduğu belirtilmekle birlikte, doktrinde, eksik işlemler için kullanılan bir niteleme olan "*askıda hükümsüzlük*"<sup>30</sup> kavramının bu noktada, işbirliği uygulamaları bakımından da hüküm ifade edeceği

<sup>29</sup> Tekinalp, a. g. e., s. 359; Sanlı, a. g. e., s. 132.

<sup>30</sup> "Askıda hükümsüzlük" kavramı için bkz., Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2003, s. 300.

vurgulanmaktadır.<sup>31</sup> Gerçekten de, rekabeti kısıtlayıcı bir işbirliği uygulaması, Kurul'un vereceği muafiyet kararına kadar geçen süreçte hukuki anlamda askıdadır. Kurul'un muafiyet kararıyla birlikte, işbirliği uygulamaları, geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır. Aksi halde ise, Kurul tarafından muafiyet kararı verilmediğinden dolayı, işbirliği uygulaması kesin olarak hükümsüz hale gelecektir.

Bireysel muafiyetlerde, Kurul, tarafların başvuru şartlarıyla bağlı değildir. Gerekli gördüğü her türlü bilgiyi taraflardan isteyebilecektir. Tarafların verdiği bilgilerin doğruluğu Kurul tarafından araştırılacağı için teşebbüslere düşen, gerçeğe uygun beyanda bulunmaktır.<sup>32</sup>

RKHK hükümleri çerçevesinde, etkisi belirli bir süreyle sınırlandırılan muafiyet kararı, belirli şart ya da belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabileceği gibi geri de alınabilir. Aynı şekilde, bireysel muafiyet kararları, grup muafiyetinin aksine niteliği gereği yalnızca rekabeti kısıtlayıcı işbirliği uygulamalarına taraf olan teşebbüslerle sınırlı olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır.

AT rekabet hukukunda, bireysel muafiyet kararı verilirken kimi örnekler uygulama kazanmıştır. Buna göre, Komisyon'un bir anlaşmaya muafiyet verirken dikkat ettiği en önemli husus, anlaşmanın niteliği ve taraf olan işletmelerin pazar paylarıdır. Aynı şekilde, Komisyon, tekeli işlem, uzmanlaşma, araştırma, geliştirme, patent, know-how lisansları, ortak girişimlerle ilgili anlaşmalara bireysel muafiyet sağlamaktadır. Ancak Komisyon, pazar paylaşımına, mal ve hizmetlerin arzı ve talebine ilişkin boykot anlaşmalarına, fiyat belirlemeye ilişkin anlaşmaları yasak kapsamına sokmakta ve dolayısıyla da bireysel muafiyet tanımamaktadır.<sup>33</sup>

RKHK muafiyet şartlarını açıkça belirleyerek Kurul'un muafiyet kararı vermedeki takdir hakkına belirli bir çerçeve çizmiştir. Bununla birlikte, hakkın kötüye kullanılmaması ilkesinden yola çıkarak, Kurul'un, muafiyet kararı verme aşamasında takdir hakkını kullanırken keyfi davranamayacağı ve dolayısıyla da kanuni şartların tamamının varlığına rağmen muafiyet talebinin reddini haklı gösterecek

<sup>31</sup> Osman Gürzumar, "Franchise Anlaşmaları ve Rekabet Hukuku", Rekabet Kurumu'nun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999, s. 123.

<sup>32</sup> Badur, a. g. e., s. 148.

<sup>33</sup> Aslan, (*Avrupa Topluluğu*), s. 147; Esin, a. g. e., s. 84.

gerekçeleri kararında ayrıca belirteceği ifade edilmesi gereken bir husustur<sup>34</sup>.

Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmü gereğince, rekabeti kısıtlayıcı bir işbirliği uygulamasına RKHK çerçevesinde muafiyet sağlayarak yasak ilkesine istisna getirmek için Kurul'dan talepte bulunanlardan, talepleri reddolunanlar ile muafiyet kararı verilmesiyle birlikte Kurul kararından menfaatleri ihlal olan kişiler, yargı yoluna başvurabileceklerdir. Bu çerçevede, muafiyet verilmemesine ilişkin ret kararının ya da muafiyet verilmişse bu muafiyetin verilmesine ilişkin izin işleminin iptali istemiyle dava açılabilir.<sup>35</sup>

## 2. Grup Muafiyeti

Grup muafiyetleri, RKHK'nın 5. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, Kurul, yukarıda da belirtilen RKHK'nın 5. maddesinin 1. fıkrasında gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanımını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilme yetkisine sahiptir. Bu cümleden hareketle, açıkça tanımı yapılmamış olsa bile hükmün Rekabet Kurulu'na verilen bir yetki şeklinde düzenlendiği kabul edilmektedir.<sup>36</sup>

Rekabet Kurulu, hangi anlaşma türlerini bir grup olarak muaf tutacağına kendisi karar vereceği gibi, hangi koşullarda muafiyet kararı vereceğine de yine kendisi karar verecektir.<sup>37</sup> Kurul'un çıkaracağı bir tebliğle sağlayacağı grup muafiyeti, nitelik olarak bir karar değil, genel düzenleyici bir işlemdir.<sup>38</sup>

Grup muafiyeti getiren bir tebliğ kapsamına giren bir anlaşmanın muafiyetten yararlanabilmesi için, ilgili anlaşmanın tebliğde öngörülen şartlara uygun olması gerektiği ortaya çıkan doğal bir sonuçtur.

<sup>34</sup> Topçuoğlu, *a. g. e.*, s. 247.

<sup>35</sup> Nurkut İnan, “Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi”, Rekabet Kurumu'nun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999, s. 54.

<sup>36</sup> Badur, *a. g. e.*, s. 144.

<sup>37</sup> Aslan, (Rekabet), s. 140.

<sup>38</sup> Sanlı, *a. g. e.*, s. 137.

AT rekabet hukukunda, anlaşma, uyumlu eylem ve birlik kararlarına grup muafiyeti tanınması mümkünken,<sup>39</sup> bu uygulamanın aksine, konuya ilişkin Türk iç hukuk mevzuatını yansıtan RKHK'da, sadece anlaşmalar için grup muafiyetinden söz edilmiştir. Bununla birlikte, Kurul, çıkarttığı grup muafiyeti tebliğlerinde bu kurala uygun davranmayarak, uyumlu eylemleri de içine alacak bir uygulama benimsemiş olmakla birlikte, nitelikleri icabı teşebbüs birliği kararları, grup muafiyeti kapsamı dışında bırakılmıştır.

Grup muafiyetlerinde Kurul, çıkardığı tebliğlerde belirli kategoriye giren rekabeti kısıtlayan anlaşmaları blok olarak yaptırımdan muaf kılmaktadır.<sup>40</sup>

Rekabet Kurulu, bugüne kadar dört adet grup muafiyeti tebliği yayınlamıştır:

- Tek elden dağıtım anlaşmalarına ilişkin 97/3 no'lu grup muafiyeti tebliği.
- Tek elden satın alma anlaşmalarına ilişkin 97/4 no'lu grup muafiyeti tebliği.
- Motorlu taşıtlar dağıtım ve servis anlaşmalarına ilişkin 98/3 no'lu grup muafiyeti tebliği.
- Franchise anlaşmalarına ilişkin 98/7 no'lu grup muafiyeti tebliği.<sup>41</sup>

Grup muafiyeti tebliğleri incelendiğinde esas olarak 3 hükme yer verildiği görülür:

- Muafiyet kapsamına giren yükümlülükler.
- Muafiyet kapsamı dışında kalan koşul ve yükümlülükler.
- Muafiyetin geri alınacağı haller.

Grup muafiyeti, muafiyetten beklenen hukuki güvenlik ve istikrar gibi ikincil amaçların gerçekleştirilmesinde bireysel muafiyetten daha elverişli bir araç olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan, grup muafiyeti tebliğlerinin, sadece yürürlüğe girmelerinden sonra yapılan anlaşma ve uyumlu eylemleri değil, daha önce yapılan ve uygulanmakta olan anlaşma ve uyumlu eylemleri de içine aldığı altı çizilmektedir.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Aslan, (*Avrupa Topluluğu*), s. 149.

<sup>40</sup> İnan, *a. g. e.*, s. 73.

<sup>41</sup> TUSİAD-98-12/244, *a. g. d.*, s. 61.

<sup>42</sup> Sanlı, *a. g. e.*, s. 137.



Bir anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanabilmesi için, tarafların anlaşmalara sadece grup muafiyetine uygun kayıtlar koymalarının yeterli olmayacağı; dolayısıyla, aynı zamanda, buna uygun şekilde davranmalarının gerektiği de doktrinde isabetli olarak vurgulanmaktadır.<sup>43</sup>

Tek elden dağıtım anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tebliği, iki teşebbüs arasında yapılmış bulunan ve dağıtıcının anlaşma konusu ürünü inhisarı bir yetkiyle, ülkenin tamamında yapılmış bulunan veya belirlenmiş bir bölümünde satma hakkını veren dağıtıcılık anlaşmalarına uygulanır.

Rekabet Kurulu konuyla ilgili olarak verdiği bir kararda, Ç. çay şirketi tarafından ihraç edilmek üzere üretilen paketli çayların yurt dışında satışını gerçekleştirecek firmalarla imzalanacak ve teşekkül ile yurt dışındaki bayi arasındaki ilişkileri düzenleyecek olan “*yurt dışı bayilik sözleşmesi*” metninin RKHK’ya uygun olup olmadığı konusunda talep üzerine bildirdiği görüşte, yapılan anlaşmanın nitelik bakımından “*tek elden dağıtım anlaşması*” olduğuna karar vermiştir. Anlaşmada yer alan Ç. çay şirketinin belirlediği bayiye bayilik verilen bir başka ülkede ve yurt içinde satış yapmama, pazarlama yapmama yükümlülüğü çerçevesinde bayiler, yurt içinde şirkete ait çayı satamayacak, kendisine verilen yer dışında diğer ülkelere söz konusu çayın satışı için müşteri aramayacak, şube açamayacak ve dağıtım deposu kuramayacaktır. Aksi halde, yapılan anlaşma Ç. çay şirketi tarafından tek taraflı olarak feshedilecektir. Bu şekilde, taraflar arasında yapılan anlaşma 97/4 no’lu grup muafiyeti tebliğinde yer alan hükümlere aykırı görülmeyle, anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanabileceğine karar verilmiştir.<sup>44</sup>

Tek elden satın alma anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tebliği, iki teşebbüs arasında yapılan ve satıcının anlaşma konusu ürünleri inhisarı olarak üreticiden veya onunla bağlantılı bir teşebbüsten ya da üreticinin mallarının satımı hususunda yetki verdiği başka bir teşebbüsten satın alması yükümlülüğünü konu edinen anlaşmaları kapsamaktadır.

Motorlu taşıtlar dağıtım ve servis anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tebliği, iki teşebbüs arasında taraflardan birinin ülkenin tama-

<sup>43</sup> Sanlı, *a. g. e.*, s. 138.

<sup>44</sup> Rekabet Kurulu Kararı, No: 01-06/46-11, 30.01.2001 tarihli karar.

mında veya bir kısmında motorlu yeni taşıt araçları ve bunların yedek parçalarını satıcıya ya da onunla birlikte dağıtım sistemi içerisinde yer alan diğer teşebbüslere temin etmeyi üstlendiği anlaşmaları kapsar.

Franchise anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tebliği ise, iki teşebbüsten franchise verenin franchise alana doğrudan veya dolaylı mali katkı karşılığında belirli türden mal ve/veya hizmetleri pazarlaması hakkını verdiği ve en azından, ortak bir marka veya işletme adının kullanılması ve tesislere ve/veya ulaşım araçlarına tekdüze bir görünüm verilmesi, franchise veren tarafından franchise alana know-how aktarılması, franchise alanın anlaşma süresince franchise veren tarafından sürekli olarak ticari ve teknik açıdan desteklenmesi yükümlülüklerini ihtiva eden anlaşmalara uygulanmaktadır.<sup>45</sup>

Bununla birlikte, Rekabet Kurulu çıkardığı 30.5.2002 tarihli dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti tebliği ile bu mevcut dört tebliği ikiye indirme yoluna gitmiştir. Burada, dikey anlaşmalarla kastedilen, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı ve satımı amacıyla yapılan anlaşmalardır. Bu çerçevede, tek elden dağıtım, tek elden satın alma ve franchise anlaşmalarına ilişkin grup muafiyetleri tebliği yürürlükten kaldırılmıştır.

AT rekabet hukukunda da Komisyon, Konsey'in çıkardığı yetki tüzüğüne dayanarak grup muafiyeti düzenlemeleri yapmaktadır. Komisyon, bugüne kadar tekelden dağıtım anlaşmaları, tekelden satın alma anlaşmaları, araştırma ve geliştirme anlaşmaları, uzmanlaşma anlaşmaları, patent lisansı anlaşmaları gibi grup muafiyeti tüzükleri çıkarmıştır.<sup>46</sup>

## F. MUAFİYETİN SONUÇ VE ETKİLERİ

### 1. Muafiyetin Sonuçları

Rekabeti kısıtlayan işbirliği uygulamalarına getirilen muafiyetten elde edilecek sonuçlardan ilki, RKHK'nın 4. maddesindeki yasaklamalardan kurtulmadır. Buna göre, RKHK hükümleri gereğince, rekabet yasağı dışında tutulan işbirliği uygulamaları, geçersizlik yaptırımına

<sup>45</sup> Gürzumar, *a. g. e.*, s. 122-143.

<sup>46</sup> Badur, *a. g. e.*, s. 152.

tabi olmayacaklardır. Dolayısıyla, rekabet yasağına aykırı davranıldığı gerekçesiyle para cezası yaptırımına hükmolunamayacak ve bu uygulamalardan kaynaklanan zararların giderilmesi talep edilemeyecektir.

Muafiyetin bir diğer önemli sonucu da ilgililerin yasal belirlilik ve güvenlik içinde olmasıdır. Zira muafiyetin devamı süresince yapılacak işbirliği uygulamaları geçerli olacağı için, bu uygulamalara dayanılarak yapılan her türlü ekonomik ve hukuki işlemler de doğal olarak geçerli olacaktır.<sup>47</sup>

Muafiyet kararının alınmasıyla birlikte, taraflar muafiyet süresi içinde her türlü hukuki muamelede bulunabilecek ve bunların geçmişe etkili olarak hükümsüz sayılması endişesinden kurtulmuş olacaktır.

Bireysel muafiyet kararları, RKHK'nın 4. maddesi hükmünün uygulanmaması sonucu, anlaşmaya taraf teşebbüslerle sınırlı bir etkiye sahiptir. Grup muafiyetleri tebliğinde ise, tebliğ şartlarına uygun olan anlaşma ve uyumlu eylemler doğrudan RKHK'nın 4. maddesi uygulamasından muaf tutulmuş sayılır.<sup>48</sup>

Rekabet Kurulu'nun vereceği muafiyet kararları, kurucu yenilik doğurucu bir işlem olarak ifade edilebilir. Zira tek taraflı bir muafiyet talebinin, Kurul tarafından uygun görülerek kabul edilmesi durumunda, yeni bir hukuki durumun ortaya çıkması söz konusu olacaktır.

Muafiyet kararının, rekabeti kısıtlayan işbirliği uygulamalarına istisna getirdiği düşünüldüğünde, kanun hükümlerinin uygulanmasının da dolaylı olarak askıya alınmasının söz konusu olacağı haklı şekilde doktrinde ortaya konulmuştur. Aynı şekilde, muafiyet kararlarının, idari davaya konu teşkil edebilecek nitelikte kesin ve uygulanabilir bir işlem olduğu açıktır.<sup>49</sup>

## 2. Muafiyetin Süresi ve Yenilenmesi

RKHK'nın gerek bireysel, gerekse grup muafiyeti kararları, asgari ya da azami bir süre ile sınırlandırılmamıştır. Bu durum, "belirli bir süre için..." ibaresinin 2. fıkraya değişik hüküm şeklinde yansıtılma-

<sup>47</sup> Aslan, (Rekabet), s. 141.

<sup>48</sup> Topçuoğlu, a. g. e., s. 262.

<sup>49</sup> Tekinalp, a. g. e., s. 359; Orhun Yet, "Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi", Rekabet Kurumu'nun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999, s. 73.

sıyla sağlanmıştır. Bununla birlikte, söz konusu değişikliği getiren 5388 sayılı kanundan önce, bireysel muafiyet için 5 yıllık bir üst zaman sınırı öngörülmekteydi.

AT rekabet hukukunda muafiyet belirli bir süreye bağlanmıştır. Zira muafiyet kararlarının belirli bir süre için çıkarılabileceği öngörülmüş olup, uygulamada da Komisyon bireysel muafiyet kararlarını genellikle 5 yıllık süreler için verme yoluna gitmektedir.<sup>50</sup>

Muafiyet süresinin başlangıcı ise, RKHK'nın 5388 sayılı kanunla değişik 5. maddesinin 2. fıkrasına göre, anlaşmanın veya uyumlu eylemin yapıldığı ya da teşebbüs birliği kararının alındığı tarihtir.

Rekabet Kurulu'nun belirli bir süre için vermiş olduğu muafiyet kararlarının söz konusu süre sonunda ortadan kalkıp kalkmayacağı ya da bu süre bitiminden sonra da uygulama bulup bulmayacağı bu noktada üzerinde durulması gereken bir husustur. Buna göre, Kurul'ca verilen muafiyet süresi sona erdiğinde, muafiyet şartları halen devam ediyorsa, muafiyet kararları yenilenebilecektir. Bu bakımdan, öngörülen süreler sona erdiğinde, muafiyet şartları değişmediği takdirde yine belirli bir süre için Kurul tarafından muafiyet kararının yenilenebilmesi imkan dahilindedir.<sup>51</sup> Muafiyet kararlarının yenilenmesine ilişkin bu düzenleme, AT rekabet hukukunda da aynı paralelde uygulama bulmaktadır.

### 3. Muafiyetin Şart ve Yükümlülüklerle Bağlanması

RKHK'nın 5. maddesinin 2. fıkrasında, muafiyet verilmesinin belirli şartlara ya da belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabileceği öngörülmüştür. Buna göre, AT rekabet hukukunda olduğu gibi, Kurul, muafiyet kararı verirken, anlaşmanın taraflarına bazı mükellefiyetler yükleyebilecek ve hatta teşebbüslerden belirli davranışlarda bulunma yönünde talepte bulunabilecektir. Ayrıca, Kurul, kendisine bildirilen bir anlaşmaya sadece muafiyet kararı verirken değil, muafiyet kararı verildikten sonra da çeşitli yükümlülükler bağlayabilecektir.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Badur, *a. g. e.*, s. 154.

<sup>51</sup> Topçuoğlu, *a. g. e.*, s. 261.

<sup>52</sup> Sanlı, *a. g. e.*, s. 135.

Rekabet Kurulu verdiği bir kararda, konuyla ilgili olarak şu sonuca varmıştır: Y. mağazası, bayileriyle imzaladığı “*dağıtım anlaşmaları*”na Kurul’dan öncelikle menfi tespit belgesinin verilmesini talep etmiş, verilmemesi halinde muafiyet tanınmasını istemiştir. Kurul, yaptığı incelemede, anlaşmada yer alan yeniden satış fiyatı belirlenmesine yönelik düzenleme nedeniyle, RKHK’nın 4. maddesi çerçevesinde bir dikey anlaşma olmasından dolayı ilgili sözleşmeye menfi tespit belgesi verilemeyeceğine karar vermiştir. Dolayısıyla, 5. madde kapsamında muafiyet verilip verilemeyeceğini tespit etmiş ve anlaşmada yer alan yeniden satış fiyatı belirlenmesine ilişkin hükümden başka bayilerin sigorta şirketi seçimini kısıtlayarak Y. Sigorta’ya yönlendiren hüküm içerdiği için bireysel muafiyet talebini reddetmiştir. Ancak Kurul, Y. mağazalarında uygulanan genel ilke ve uygulamalara, uygulanan fiyat, satış ve belge düzenine uyulması mecburiyetlerinin kaldırılmasının yanında, bayilerin sigorta şirketi seçiminde özgür bırakacak şekilde yeniden düzenlenmesi kaydıyla ilgili anlaşmalara bireysel muafiyet tanınabileceğine karar vermiştir.<sup>53</sup>

Burada, şart ve yükümlülük kelimelerinin özel hukuktaki şart ve yükümlülük kavramlarından daha geniş anlamda kullanıldığı konusunda görüşler vardır. Kurul kararı, özel hukuk işlemi değil, bir idari işlemdir. Kurul, taraflara belirli bir şartı gerçekleştirmelerinde geçerli olmak üzere muafiyet kararı veremez. Çünkü idari işlemler geciktirici şarta bağlı olarak verilemez. Ancak Kurul, taraflardan belirli şartları yerine getirmelerini isteyebilir ve kararını bu şartlar oluştuktan sonra verebilir. Aynı şekilde, muafiyet kararı bozucu şarta bağlı olarak da verilemez. Sonuç olarak, kanun koyucunun buradaki şart ve yükümlülük kavramlarını özel hukuktaki anlamları ile kullandığı isabetli olarak doktrinde vurgulanmıştır.<sup>54</sup>

Belirtilmesi gereken bir diğer husus, muafiyet talebine konu olan bir anlaşmada Kurul’un muafiyetle bağdaşmayacak kayıtların kaldırılması veya tarafların düzenli ve sürekli olarak Kurul’a bilgi vermeleleri yükümlülüğünü koyabilecek olmasıdır.<sup>55</sup>

Aşağıda belirtileceği üzere, Kurul, karara bağlanan şart ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde muafiyet kararlarını geri alabil-

<sup>53</sup> Rekabet Kurulu Kararı, No: 01-25/245-67, 29.05.2001 tarihli karar.

<sup>54</sup> Aslan, (*Rekabet*), s. 139.

<sup>55</sup> Topçuoğlu, *a. g. e.*, s. 262.

me yetkisine sahiptir. Ancak, doktrinde, bu şekilde yapılacak bir yetki kullanımının her şeyden önce, sözleşme özgürlüğü ilkesinin olumlu bir şekilde sınırlanması anlamına geldiği savunulmuştur.<sup>56</sup> Kurul'un muafiyet kararını geri alabilme yetkisini belirli şartlarda kullanacağı, dolayısıyla keyfi olarak bu yetkiyi kullanamayacağı düşünüldüğünde, rekabetin korunması bağlamında böyle bir girişimin, sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlamakla birlikte, toplum yararına bir özellik arz ettiği de belirtilmesi gereken bir husustur.

#### 4. Muafiyetin Geri Alınması

Muafiyetin hangi hallerde geri alınabileceği RKHK'nın 13. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre, Kanun'da tespit edilen hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda Kurul, muafiyet kararını geri alabilecektir.

Muafiyet kararının geri alınmasını gerektiren sebepler RKHK'nın 13. maddesinin 1. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde şu şekilde belirtilmiştir:

-Muafiyet kararının alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması.

-Muafiyet kararına bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi.

-Muafiyet kararının, söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması.

Bu açıklamalardan hareketle, bu üç sebepten birinin gerçekleşmesi halinde muafiyet kararı, Kurul tarafından geri alınabilecektir.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, muafiyet kararının geri alınmasına neden olan bu üç halin, hangi andan itibaren hüküm ifade edeceğidir. RKHK'nın 13. maddesinde belirtildiği üzere, muafiyet kararının alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması durumunda, geri alma kararı, söz konusu değişiklikten itibaren hüküm ifade edecektir. Buna karşın, muafiyet kararına bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ve muafiyet kararının söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması hallerinde ise, geri alma kararı mu-

<sup>56</sup> Sanlı, *a. g. e.*, s. 135.

afiyet kararının verildiği tarihten itibaren geçerli olacaktır. Hal böyle olmakla birlikte, rekabet hukuku kurallarının bu şekilde iki ayrı sonuç bağladığı bu hallerde, ortaya çıkan sonucun doğuracağı hukuki neticeler arasında bir ayırımın gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir. Zira doktrinde de ifade edildiği üzere, her iki halin de tabi olduğu sonuçlar aynıdır.<sup>57</sup>

RKHK'nın 13. maddesinin 3. fıkrasında vurgulandığı üzere, muafiyet kararının yanlış veya eksik bilgiler esas alınarak verilmiş olması halinde, ortada bir geri alınma sebebi olacağından, bu yanlışlık veya eksiklik, eğer ilgililerin hilesi veya kastı ile gerçekleşmişse muafiyet kararı da dolaylı olarak hiç alınmamış sayılacaktır.

İlave edilmesi gereken bir diğer nokta da, RKHK'nın 16. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde vurgulandığı üzere, muafiyet kararının tarafların hileli veya yanlış bilgi vermesi sonucunda alınması durumlarında, ayrıca bir cezalandırma sebebinin doğacak olmasıdır. Ayrıca, bu gibi hallerde, gerekli görüldüğü takdirde, para cezası başta olmak üzere bir takım yaptırımlar uygulanması imkan dahilindedir.

Muafiyetin geri alınması kararı, aynen muafiyet kararının verilmesinde olduğu gibi Rekabet Kurulu'nun yetkisindedir. Muafiyetin geri alınmasına ilişkin kararlar, eski soruşturma olduğu yerden devam edeceği için, muafiyet kararı, nitelik bakımından bir ara karardır.<sup>58</sup>

Muafiyetin geri alınması, bireysel muafiyet kararlarıyla ilgili olup, grup muafiyeti bakımından hüküm ifade etmemektedir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, grup muafiyeti, bireysel muafiyetin aksine, bir kararla verilmediği için, kararlar geri alınması da mümkün değildir. Bununla birlikte, grup muafiyetleri bakımından, grup muafiyeti kapsamına giren bir anlaşmanın, sonradan muafiyet için gerekli olan şartlarla bağdaşmayan niteliklere sahip olduğu tespit edilirse, Kurul, söz konusu anlaşmaya tanındığı muafiyeti, bir kararla değil, soruşturma kapsamına almak suretiyle sona erdirecektir.<sup>59</sup> Bununla, RKHK'nın 5. maddesi ile bağdaşmayan etkilere sahip olan bir anlaşmanın, grup muafiyeti kapsamından çıkartılacağı ifade edilmek istenmiştir.

AT rekabet hukukuna göre de muafiyet kararlarının geri alınması mümkündür. Bununla birlikte, AT rekabet hukuku düzenlemelerinde,

<sup>57</sup> Aslan, (*Rekabet*), s. 137.

<sup>58</sup> Badur, *a. g. e.*, s. 156.

<sup>59</sup> Topçuoğlu, *a. g. e.*, s. 263.

Türk rekabet hukukundan farklı olarak, muafiyetin geri alınabilmesi için ek bir neden daha öngörülmüştür. Bu neden, tarafların, muafiyeti kötüye kullanmaları halidir.<sup>60</sup> Gerçekten de, başlangıçta iyi niyet kuralları çerçevesinde uygulama bulan rekabeti kısıtlayıcı bir işbirliği uygulaması, süreç içinde, amaç dışına sapabilecek, tüketiciler bu durumdan zarar görebilecektir. Böyle bir durumda, muafiyet kararının kötüye kullanılması söz konusu olacağından, muafiyet kararıyla beklenen yarar da ortadan kalkmış olacaktır. Hal böyle iken, rekabeti tamamen ortadan kaldıran ve toplumun zararına bir nitelik kazanan işbirliği uygulamalarına hukuki istisna tanımak hukuka aykırı olacağından, AT rekabet hukukunda öngörülen bu olumlu düzenlemeye paralel olarak, RKHK'da da gerekli düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır. Ancak, bu paralelde bir düzenleme yokluğuna karşın, (a) bendinde öngörülen, "*muafiyet kararının alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması*" hükmünün, rekabetin kötüye kullanılması halinde de uygulanabileceği söylenebilir.

### 5. Muafiyet Kapsamına Alınan İşbirliği Uygulamalarının Diğer Yasaklayıcı Hükümler Karşısındaki Durumu

Bireysel ya da grup muafiyeti kapsamına alınmış olan işbirliği uygulamaları mutlak olarak RKHK'nın uygulama alanı dışına çıkarılmış olmaz. Zira muafiyet kararları, karara konu olan işbirliği uygulamalarını sadece RKHK'nın 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından istisna tutar. Grup muafiyetlerinde ise, tebliğ şartlarını taşıyan anlaşmalar, Kurul'un bir kararına gerek olmadan doğrudan doğruya RKHK'nın 4. maddesi uygulamasından hariç tutulur.

Bu çerçevede değerlendirilen bir anlaşma, somut olayın şartlarına göre RKHK'nın 6. maddesinin uygulama alanı içine girebilecektir.<sup>61</sup>

### 6. Menfi Tespit Kararı

RKHK'nın 4. maddesinde hükme bağlanan yasak ilkesinden muaf tutulmak istenen bir işbirliği uygulamasının tarafı olan teşebbüsler, bu hukuki imkanı, yukarıda ayrıntılı olarak üzerinde durulduğu

<sup>60</sup> Badur, *a. g. e.*, s. 158.

<sup>61</sup> Topçuoğlu, *a. g. e.*, s. 264.



gibi, Kurul'dan alacakları bir muafiyet kararıyla sağlayabileceklerdir. Bu hukuki imkandan yararlanmanın bir diğer yolu da, RKHK'nın 8. maddesinde belirtildiği şekilde, söz konusu işbirliği uygulamalarının RKHK'ya aykırılık arz edip etmediğini belirleyen bir menfi tespit belgesi alınmasıdır.

Menfi tespit kararı alınmasında tarafların bazı menfaatleri olduğu bir gerçektir. Bu bakımdan, taraflar alacakları menfi tespit kararı ile yasal belirsizlikten kurtulacaklar, yaptıkları anlaşma aleyhinde Kurul tarafından soruşturma başlatılmayacak, yapılan işbirliği uygulamalarından dolayı haklarında para cezası öngörülemeyecek ve özel hukuk ilişkileri bakımından gelecekte taraf olunacak anlaşmalar geçersiz sayılmayacaktır.<sup>62</sup>

Menfi tespit kararı, Kurul'un somut bir olayda taraflar arasındaki işbirliği uygulamalarının RKHK'ya aykırı olmadığını tespit eden bir karardır.

Menfi tespit kararları, rekabeti kısıtlayan işbirliği uygulamalarının yasak ilkesine aykırı olmadığını tespit ederken, muafiyet kararlarıyla, yasak ilkesine istisna getirilse dahi, Kurul kararı ilgili anlaşmaya somut olayın şartlarına göre RKHK'nın 6. maddesinin uygulanmasını engellemektedir.<sup>63</sup>

RKHK'nın 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birlikleri tarafından, menfi tespit belgesi için Kurul'a başvurulduğu zaman, Kurul, elinde bulunan bilgi ve belgeler çerçevesinde, anlaşma, karar, eylem, birleşme ve devralma gibi işbirliği uygulamalarının RKHK'ya aykırı olmadığı kanaatine varırsa, ilgililere bu durumu tespit eden bir menfi tespit belgesi verecektir.

Konuyla ilgili bir örnek olması bağlamında, Rekabet Kurulu'na menfi tespit belgesi talebiyle başvuruda bulunan M. A.Ş, şirketin % 50.01'inin S. şirketine devredilmesi amacıyla sözleşme yaptıklarını beyan etmiş, Kurul'ca yapılan ilgili devir sözleşmesinin tetkikinde, sözleşmede yer alan (8.13) numaralı maddede ifade edilen "*saticılar, gerek kendilerinin, gerek bağlı şirketlerinin doğrudan veya dolaylı olarak şirketin işine herhangi bir şekilde rakip olabilecek hiçbir üretim, satış veya sair işlem faaliyet geliştirmeyeceğini veya bu sayılanlara katılmayacağını ya da sayılanlarla ilgili sair bir menfaat elde etmeyeceğini kabul eder*" hükmü rekabet

<sup>62</sup> Aslan, (Rekabet), s. 461.

<sup>63</sup> Topçuoğlu, a. g. e., s. 267.

kurallarına aykırı kabul edilerek menfi tespit talebi reddedilmiştir. Kurul, bu hükmün sözleşme metninden çıkarılması halinde, sözleşmeye menfi tespit belgesi verilebileceğini de ayrıca kararında belirtmiştir.<sup>64</sup>

Bu noktada belirtilmesi gerekir ki, menfi tespit kararı, esas olarak bir muafiyet değildir. Dolayısıyla, menfi tespitle, yalnızca ilgili teşebbüslerin işbirliği uygulamalarının rekabeti sınırlamadığının Kurul tarafından belgelenmesi sağlanmaktadır. Aynı şekilde, menfi tespit kararları, idari davaya konu olacak nitelikte kesin ve uygulanabilir işlem niteliği taşımaktadır.<sup>65</sup>

Menfi tespit belgesi almak için yapılan talep, rekabeti kısıtlayıcı işbirliği uygulamalarının icrasını engellemektedir. Zira menfi tespit kararı, rekabeti ortadan kaldırdığı için hukuka aykırı kabul edilen bir uygulamayı hukuka uygun ya da geçerli hale getirmemektedir. Buna göre, hakkında menfi tespit kararı alınan bir anlaşma veya karar ile ilgili olarak, mahkemelerde, söz konusu işbirliği uygulamalarının hükümsüzlüğüne dayanan iade ya da tazminat davası açılabilir.<sup>66</sup>

Menfi tespiti sağlayan Kurul kararları, Danıştay'ın yargı denetimine tabi olduğundan, mahkemelerin görev alanına giren uyuşmazlıklarda menfi tespit kararlarının genel mahkemeleri bağlamaması gerekir.<sup>67</sup>

Muafiyet kararlarında olduğu gibi, menfi tespit kararlarının da Kurul'ca RKHK'da öngörülen şartlar çerçevesinde her zaman geri alınabileceği vurgulanması gereken bir diğer husustur. Buna göre, yukarıda ayrıntılarıyla anlatıldığı üzere, RKHK'nın 8. maddesinin 2. fıkrasında hükme bağlanan, muafiyet ve menfi tespit kararlarının geri alınmasını gerektiren sebeplerin sayıldığı RKHK'nın 13. maddesinin 1. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda Kurul, menfi tespit kararını geri alma yetkisine sahiptir. Ancak, RKHK'nın 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği gibi, Kurul, menfi tespit kararını geri alsa bile, kararın geri alınma anına kadar geçen süre için taraflara cezai müeyyide uygulayamayacaktır. Menfi tespit kararının geri alınmasına ilişkin hükümler muafiyet kararının geri alınmasına ilişkin hükümlerle paralellik arz eder.

<sup>64</sup> Rekabet Kurulu Kararı, No: 91-736/153, 19.11.1998 tarihli karar.

<sup>65</sup> TÜSİAD-T/98-12-245, a. g. d., s. 44; Yet, a. g. e., s. 74.

<sup>66</sup> Topçuoğlu, a. g. e., s. 265.

<sup>67</sup> Topçuoğlu, a. g. e., s. 265.

Nitelik bakımından bir ara kararı olduğundan, menfi tespit kararlarına karşı tek başına yargı yoluna gidilemeyecektir. Ancak menfi tespit talebinin reddinden zarar gören ilgili teşebbüsler, Kurul'a başvurarak soruşturma açılmasını isteyebileceklerdir. Dolayısıyla, menfi tespit talebinin açık veya zımni reddi, nihai karar olacağından, bu karar aleyhine yargı yoluna başvurulabilmesi mümkündür.<sup>68</sup>

### Sonuç

Ekonomik sistemde yer alan bir takım kavramların, oluşumların, yetkilerin ve kuvvetlerin belirli bir düzene oturtulmaması halinde ortaya çıkacak belirsizlik, başıboşluk ve dengesizlik toplum yaşamında önemli yaralar açacaktır.

En başta ekonomide oluşabilecek düzensizlik, yaşamın ayrılmaz bir parçası haline geleceğinden, böyle bir ortamdan destek bulan teşebbüsler, mal ve hizmetlerin topluma sunulmasında niteliksizlik, pahalılık, ücret dengesizliği ve rekabetin ihlali gibi bir takım zararlı uygulamalar gerçekleştirmeye yöneleceklerdir. İşte, bu tür gelişmelerin önüne geçilmesi maksadıyla, ülkemizde 1994 yılında 4054 sayılı RKHK yürürlüğe konmuştur. Böylece piyasalarda oluşabilecek çarpıklıkların önüne geçilerek, toplumun kaliteli hizmet alabilmesi hedeflenmiştir.

Rekabeti kısıtlayan işbirliği uygulamaları, RKHK'nın 4. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda yer alan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları hukuk düzenince yasaklanmıştır. Böyle bir yasaklamaya yönelme, teşebbüsleri kanuna karşı hile sayabileceğimiz yöntemlere sevk etmiş ve teşebbüsler bir takım gizli uygulamalarla aralarındaki rekabeti ortadan kaldırma yoluna gitmişlerdir.

Teşebbüslerin bu yönde hukuka aykırı girişimleri olacağını da düşünen kanun koyucu, işbirliği uygulamaları için mutlak bir yasak koyma yerine, olumlu yönleri olumsuz yönlerinden daha çok olan uygulamaları yasak kapsamından muaf tutmaya yönelik imkanlar getirmiştir. Kanun koyucunun bu yola başvurmasında kamu yararını gözettiğini söyleyebiliriz.

Rekabeti kısıtlayıcı işbirliği uygulamaları, RKHK'daki şartları taşı-

<sup>68</sup> Aslan, (*Rekabet*), s. 192.

maları halinde muafiyet hükmünden yararlanabileceklerdir. Muafiyet tanımaya yetkili tek organ olan Rekabet Kurulu, Kanunun öngördüğü şartları değerlendirerek söz konusu uygulama için muafiyet kararı verebileceği gibi, belirli konulardaki anlaşma türleri için grup muafiyeti tebliğleri de çıkarabilecektir.

Rekabeti kısıtlayan ve muafiyet kapsamına da girmeyen işbirliği uygulamaları geçersizdir. Bu şekilde geçersizlik yaptırımının uygulanmasını engelleyen diğer bir kanuni yol da, Kurul'un menfi tespit kararı vermesidir. Böylece hakkında menfi tespit kararı alınan bir anlaşma veya kararın geçersizliği Kurul tarafından ileri sürülemezdir.

Sonuç olarak, ekonomik sistemin önemli bir parçası olan rekabet düzeninin getirdiği kuralları ihlal eden işbirliği uygulamalarının, tüketici, dolayısıyla toplum yararı düşüncesi ile Kanundaki şartlara uygun olarak yasak ilkesinden muaf tutulması, ekonomik ve sosyal düzende uyumu da beraberinde getirmesi bakımından yerinde bir hukuki kurum olarak uygulamada yer bulmaktadır.

### KAYNAKÇA

- Aslan, Yılmaz, *Rekabet Hukuku*, 2. Baskı, Bursa 2001, (*Rekabet*).
- Aslan, Yılmaz, "Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Rekabeti Bozucu Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Muafiyet", Rekabet Kurumu'nun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*, Ankara 1999, (*Sempozyum*).
- Aslan, Yılmaz, *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku*, Ankara 1998, (*Avrupa Topluluğu*).
- Badur, Emel, *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)*, Ankara 2001.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2003.
- Esin, Arif, *Rekabet Hukuku*, İstanbul 1998.
- Gül, İbrahim, "Rekabet Kurulu'nun Muafiyet Kararlarının Adli Mahkemelerin Kararı Üzerine Etkisi", Rekabet Kurumu'nun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*, Ankara 1999.

Gürzumar, Osman, “Franchise Anlaşmaları ve Rekabet Hukuku”, Rekabet Kurumu’nun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*, Ankara 1999.

İnan, Nurkut, “Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi”, Rekabet Kurumu’nun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*, Ankara 1999.

Sanlı, Kerem Cem, *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Ankara 2000.

Tekinalp, Ünal, *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul 1997.

Topçuoğlu, Metin, *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Ankara 2001.

Yet, Orhun, “Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi”, Rekabet Kurumunun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*, Ankara 1999.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

*TÜSİAD Dergisi*, Aralık 1998, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Uygulama Esasları”, Yayın No: TÜSİAD-T/98/12/245.

*TÜSİAD Dergisi*, Aralık 1998, “Rekabet Hukukunda Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar”, Yayın No: TÜSİAD-T/98/12/244.

<http://www.rekabet.gov.tr/nicinrekabet.html>.

# AIHS'NİN 10. MADDESİ İŞİĞİNDA NEFRET İÇERİKLİ VE IRKÇI NİTELİKLİ DÜŞÜNCE AÇIKLAMALARI\*

Elif KÜZECİ\*

## Giriş

Çalışmamızın konusunu oluşturan “*nefret içerikli ve ırkçı nitelikli*” ifadeler kanımızca, düşünceyi açıklama özgürlüğü içerisinde özellikli bir yere sahiptir. Bu, öncelikle konunun insan hakları öğretisi açısından oldukça hassas bir konuma sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bilindiği gibi insan haklarının gelişim temelleri çok daha önceki dönemlere dayansa da konuya ilişkin asıl büyük atılım II. Dünya Savaşı'nın yarattığı korku ve dehşet ortamı içerisinde gerçekleşmiştir. Savaşın hemen ardından özellikle Avrupa devletlerinde etkisini gösteren bu büyük karamsarlığın kuşkusuz en önemli nedeni Nazilerin başta Yahudiler olmak üzere aşağı gördükleri çeşitli topluluklara karşı gerçekleştirdikleri vahşi eylemlerdir. Batı devletleri bir daha böyle bir olayla karşılaşmamak üzere çalışmalara işte böylesine korku dolu bir ortam içerisinde başlamışlardır.

Bunun son derece doğal bir sonucu olarak, bu dönemde geliştirilen önemli insan hakları belgelerinin hemen hepsinde açık ya da üstü kapalı olarak, bu soruna yönelik endişe hissedilmektedir. Bu anlamda nefret içerikli açıklamalara ilişkin çeşitli düzenlemeler yapılmasının II. Dünya Savaşı sonrası bir fenomen olduğunu söylemek olanaklıdır.<sup>1</sup>

\* Bu çalışma Aybay Hukuk Araştırmaları Vakfının düzenlediği KAPANİ-SAVCI İnsan Hakları İnceleme Yarışmasında 2005 yılı birincilik ödülünü almıştır.

<sup>1</sup> Michel Rosenfeld, “Hate Speech in Constitutioanla Jurisprudence: A Comparative Analysis”, *Cardozo Law Review*, C. 24, s. 4, Y. 2003, s. 1525. Ayrıca aynı kaynak için bkz., <http://www.cardozo.yu.edu/cardlrev/pdf/244Rosenfeld.pdf> (son yararlanma: 10 Eylül 2005).

Konu ile ilgili önemli örneklerden biri Birleşmiş Milletler Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin<sup>2</sup> 19 ve 20.<sup>3</sup> maddeleridir. Bir diğer düzenleme ise Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi'nin<sup>4</sup> 4. maddesinde yer almaktadır.<sup>5</sup> Her iki hüküm de nefret içerikli ve ırkçı nitelikli düşünce açıklamalarının yasaklanmasında önemli uluslararası kaynaklar olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>6</sup> Bu belgelere uygun olarak pek çok devlet belirtilen türdeki düşünceleri yasaklayan yasaları iç hukuk düzenlerinin parçası haline getirmişlerdir.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Belirtilen Sözleşme, BM Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı karar ile kabul edilmiş ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>3</sup> Sözleşmenin düşünceyi açıklama özgürlüğünü düzenleyen 19. maddesinden sonra gelen bu hüküm şöyledir: "1. Her türlü savaş propagandası yasayla yasaklanır. 2. Ayrımcılığa, düşmanlık ve şiddete yol açan ulus, ırk ya da din karşıtlığı yasayla yasaklanır".

<sup>4</sup> Belirtilen Sözleşme BM Genel Kurulu tarafından 21 Aralık 1965 tarihinde 2106 A (XX) sayılı karar ile kabul edilmiş ve 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>5</sup> Sözleşmenin 4. maddesi şöyledir: "Taraf Devletler, belli bir ırkın ya da belli bir renk ya da etnik kökenden kişiler topluluğunun üstünlüğü düşünceleri ya da kuramları üzerine dayalı olan ya da herhangi bir biçimde ırk düşmanlığı ve ayrımcılığı haklı göstermeye ya da geliştirmeye kalkışan bütün propaganda ve bütün örgütlenmeleri کنار ve böyle bir ayrımcılığa yönelik bütün kısırtma ya da eylemleri yok etmek için ivedi ve olumlu önlemler almayı ve bu amaçla, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde yer alan ilkelere ve bu sözleşmenin 5. maddesinde açıkça öne sürülmüş olan haklara gereken saygıyı göstererek, başka önlemlerin yanı sıra; a. Irksal üstünlük ya da düşmanlık temeline dayalı düşüncelerin yayılmasını, ırk ayrımcılığı kısırtıcılığı ve herhangi bir ırka ya da başka bir renk ya da etnik kökenden kişiler topluluğuna karşı şiddet eylemi ya da bu gibi eylem kısırtıcılığına ve ırkçı etkinliklere parasal yardım dahil, herhangi bir yardım sağlamayı, yasalara göre cezayı gerektiren bir suç saydığını ilân eder; b. Irk ayrımcılığını geliştiren ya da kısırtan örgütleri ve örgütlü ya da başka propaganda etkinliklerini yasa dışı ilân ederek yasaklar ve bu örgütlere ve etkinliklere katılmayı yasaya göre cezalandırılacak bir suç sayar; c. Ulusal ya da yerel resmi makamların ya da kamu kuruluşlarının, ırk ayrımcılığını özendirmesine ya da kısırtmasına izin vermez". Sözleşmenin bu hükmü hazırlık aşamasında pek çok tartışmaya neden olmuştur. Bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Natan Lerner, "International Definitions of Incitement to Racial Hatred", *New York Law Forum*, s. 14, Y. 1968, s. 54-57.

<sup>6</sup> Ayrıca belirtmek gerekir ki son dönemde Avrupa'da ırkçı tavırların artış göstermesi AB bünyesinde de konuya ilişkin çeşitli belgelerin kabul edilmesine neden olmuştur. Bu çerçevede kabul edilen önemli belgeler şunlardır: *İrkçilik ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Bildiri*, 11 Haziran 1986; *İrkçilik ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Mücadeleye İlişkin Karar*, 29 Mayıs 1990; *Antisemitizm, İrkçilik ve Yabancı Düşmanlığına İlişkin Bildiri*, 25-26 Haziran 1990; *İrkçilik ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Bildiri*, 9-10 Aralık 1991. Daha geniş bilgi için bkz., Şeref Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları no: 89, Ankara 2001, s. 58-62.

<sup>7</sup> Donald A. Downs, Samuel Nelson, *The Encyclopedia of Democracy*, Haz. Martin Lipset, C. 1, Routledge, Londra 1995, s. 191; David Kretzmer, "Freedom of Speech and Racism", *Cardoza Law Review*, s. 8, Y. 1987, s. 445-513; David O. Brink, "Millian Prin-

Ancak bu noktada nefret içerikli düşünce açıklamalarının sınırlandırılması konusunda ABD'nin yaklaşımı ile diğer Batılı devletler ve uluslararası sözleşmelerde görülen yaklaşım arasında ciddi farklılıklar bulunduğu dikkat çekmek gerekir.<sup>8</sup> Yukarıda da belirttiğimiz gibi Avrupa'nın XX. yüzyılda yaşadığı trajik soykırım ve totalitarizm deneyimi düşünülürken Avrupalı hukukçuların ABD'li meslektaşlarına göre daha kötümser bir tablo çizmeleri şaşırtıcı değildir.<sup>9</sup> Bu doğrultuda geçtiğimiz yüzyılda Naziler tarafından açığa vurulan nefretin uzun ve tehditkar gölgesi günümüzde Avrupa'da kamusal alanı ve hukuksal politikaları etkilemeye devam etmektedir.<sup>10</sup> Aşağıda da inceleneceği üzere bu gibi düzenlemelerin yapılması çoğu zaman makul gerekçelere dayansa da düşünceyi açıklama özgürlüğünün zedelenmesi tehlikesini de taşıdığı dikkatten kaçmamalıdır.

Bu doğrultuda kanımızca son dönemlerde yaşanan siyasal ve sosyal gelişmeler nefret içerikli ve ırkçı nitelikli düşünce açıklamalarının sınırlandırılmasına ilişkin sorunu tekrar gündemin önemli konularından biri durumuna getirmiştir. Bunda öncelikle yaşanan uluslararası terör

---

ciples, Freedom of Expression, and Hate Speech", *Legal Theory*, s. 7, Y. 2001, s. 131; örnekler üzerinden bir değerlendirme için bkz., Wojciech Sadurski, *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, Çev., M. Bahattin Seçilmişoğlu, LDT, Ankara 2002, s. 273-277; eleştirel bir değerlendirme için bkz., Robert Trager, Dona L. Dickerson, *21. Yüzyılda İfade Hürriyeti*, Çev., A. Nuri Yurdusev, LDT, Ankara 2003.

<sup>8</sup> Nitekim ABD, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi'nin 4. maddesinin Anayasası'nın 1. Ek Maddesinden kaynaklanan düşünceyi açıklama özgürlüğü sistemine aykırı olduğu gerekçesi ile sözleşmeye ihtirazı kayıt koymuştur. Bununla birlikte son dönemlerde ABD sisteminde de Avrupa'ya yaklaştığı gözlenmektedir. Özellikle 11 Eylül 2001 saldırılarından sonra, daha önce toplumsal destek görmeyen bazı sınırlamacı yaklaşımlar daha açık bir şekilde ortaya kaonulmaya başlamıştır. Bkz., *Silenced*, An International Report On Censorship and Control of The Internet, Eylül 2003, <http://www.privacyinternational.org/survey/censorship>, (son yararlanma: 5 Haziran 2004), s. 129.

<sup>9</sup> Anthony Lester, "Freedom of Expression", *The European System for the Protection of Human Rights*, haz. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, Martinus Nijhoff Publishers, Hollanda 1993, s. 474.

<sup>10</sup> Tarlach Mcgonagle, "Wresting (Racial) Equality From Tolrance of Hate Speech", <http://www.ivir.nl/publications/mcgonagle/DULJhatespeech.pdf> (son yararlanma: 15 Ekim 2005), s. 5. Bu makale ayrıca aynı adla *Dublin University Law Journal*, s. 21, s. 21-54'de de yayımlanmıştır.



olaylarının,<sup>11</sup> radikal sağın yükselişinin,<sup>12</sup> ulusların sosyal, etnik, dinsel ve kültürel olarak hızla bölünmeye başlamasının<sup>13</sup> etkisi vardır.

Bunun yanında başta İnternet olmak üzere yeni iletişim teknolojilerinin sınırlanması güç geniş bir özgürlük alanı yaratması da tartışmanın canlanmasına neden olmuştur. Radyo, televizyon, sinema, tiyatro gibi kitle iletişim araçları her zaman ırksal, ulusal, dinsel ya da etnik nefretin tahrik edilmesinde ve bu bağlamda çeşitli karalamaların yapılmasında güçlü araçlar olarak görülmüş, bu nedenle hem ulusal hem de uluslararası düzeyde çeşitli sınırlamalar getirilmesi yönünde bir ihtiyaç duyulmuştur.<sup>14</sup> Şimdi ayrıca bilgilerin, bu arada nefret içeren ifadelerin de, son derece hızlı bir şekilde yayılmasını sağlayan ve denetlenmesi oldukça güç olan yeni iletişim araçlarının ortaya çıkması sorunun önemini tekrar gündeme taşımıştır.<sup>15</sup>

Tam da böyle bir zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin<sup>16</sup> kuruluşuna dayanak olan ve "*İnsan Hakları Avrupa Anayasası*"<sup>17</sup> olarak nitelendirilebilecek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>18</sup> sisteminin nefret içerikli ve ırkçı nitelikli düşünce açıklamalarına yaklaşımını ortaya koymanın birkaç açıdan yararlı olacağı düşüncesindeyiz. Öncelikle Avrupa'da özgürlüklerin bekçisi olarak nitelendirilebilecek Mahkemenin hangi durumlarda sınırlamayı kabul ettiğinin anlaşılması düşün-

<sup>11</sup> Düşünceyi açıklama özgürlüğünün korunmasına ilişkin olarak özde ABD'ne oldukça benzer bir yaklaşım sergileyen İngiltere'de bile son dönemde "*dinsel nefreti teşvik*"e karşı bir yasa yürürlüğe girmiştir. Bunun gibi konuya ilişkin pek çok düşünceyi açıklama özgürlüğü davasının da 11 Eylül 2001 saldırıları sonunda ortaya çıktığını belirtmek gerekir. Craig s. Smith, "Free Speech and Hate Speech: French Ruling Roils The Waters", *New York Times*, (Late Edition (East Coast)), 27 Haziran 2005.

<sup>12</sup> Avrupa'da radikal sağ partilerin son dönemdeki gelişimine ilişkin olarak bkz., Hasan Saim Vural, *Avrupa'da Radikal Sağın Yükselişi*, İletişim, İstanbul 2005.

<sup>13</sup> Michel Rosenfeld, s. 1566.

<sup>14</sup> Natan Lerner, s. 49.

<sup>15</sup> Bu konuya ilişkin olarak bkz., Chris Wolf, "Hate on the Internet", Doug Isenberg, *The Giga Law (Guide to Internet Law)*, Random House, ABD 2002, s. 248-259.

<sup>16</sup> Bundan sonra kısaca AIHM ya da "*Mahkeme*" olarak söz edilecektir. Ancak 11 Numaralı Protokol yürürlüğe girdiği 1 Kasım 1998 tarihinden önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin oluşturduğu sistemde mahkemenin yanında bir de Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bulunması nedeniyle, yalnızca bu komisyonu nitelendirmek amacıyla AIHK kısaltması, bazı yerlerde her ikisini de kapsayacak şekilde "*AIHS'nin öngördüğü organlar*" deyişi kullanılmıştır.

<sup>17</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, İmge, Ankara 2002, s. 213.

<sup>18</sup> Tam adı "*İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme*" olan bu metinden bundan sonra kısaca AIHS ya da "*Sözleşme*" olarak söz edilecektir.

ceyi açıklama özgürlüğünü yorumlama şekli hakkında önemli ipuçları verecektir. Ayrıca mahkemenin yaklaşımı hakkında bilgi edinilmesi ve bu yaklaşımın değerlendirilmesi kanımızca, başka zeminlerde yürütülen tartışmalara da ışık tutacaktır.

## I. NEFRET İÇERİKLİ VE İRKÇİ NİTELİKLİ DÜŞÜNCE AÇIKLAMALARI

Düşünceyi açıklama özgürlüğü anlayışı içerisinde bu türdeki açıklamaların yarattığı sorunu ve AİHS sisteminde konuya nasıl yaklaşıldığını ortaya koyabilmek için öncelikle bu deyimler ile neyin ifade edildiğini açıklamak gerekir. Nefret içerikli söylem genel olarak, “*ırksal nefreti, yabancı düşmanlığını, anti-semitizmi ve hoşgörüsüzlüğü yayan, teşvik eden, destekleyen ya da haklı çıkarmaya çalışan her türlü düşünce açıklaması*”<sup>19</sup> olarak tanımlanabilir.

Kısacası hemen hemen bütün ırkçı ve ırkçılıkla bağlantılı zararlı içerikler, kişilerin kimliğine saldıran diğer açıklamalar deyişin anlamı içerisinde değerlendirilmektedir.<sup>20</sup> Bu bağlamda nefret içerikli açıklamalar, cinsiyetler arası ya da dinler arası nefreti ve hoşgörüsüzlüğü savunan ifadeleri de kapsayan bir alanı oluşturmaktadır. Ancak çalışmamızın odak noktasını oluşturan ırkçı söylem, bu alan içinde belki de en çok vurgu yapılan nefret ifadesi türüdür. Bu doğrultuda karşımıza yeni bir tanımlama yapma zorunluluğu çıkmaktadır: *İrkçi söylem nedir?*

XIX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Avrupa tarihinin bir ögesi durumuna gelen<sup>21</sup> ırkçılık, “*ayrımçı gruplar-arası ilişkilerin biyolojik temellerle doğrulanabileceği yanılmamacasına dayanan anti-sosyal inanış ve dav-*

<sup>19</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin “Nefret İçerikli Söylem’e İlişkin Tavsiye Kararı, Rec. No. R. (97)20, (Adopted by the Committee of Ministers on 30 October 1997, at the 607th meeting of Minister’s Deputies).

<sup>20</sup> Tarlach McGonagle, “*Protection of Human Dignity, Distrubition of Racist Content (Hate Speech)*”, Institute for Information Law, Faculty of Law, University of Amsterdam, <http://www.ivir.nl/publications/mcgonagle/humandignity.html>, (son yararlanma: 27 Kasım 2004).

<sup>21</sup> David Miller, Janet Coleman, William Conolly, Alan Ryan, *Blackwell'in Siyasal Düşünce Ansiklopedisi*, Çev., Bülent Peker, Nevzat Kırac, Ümit Yayıncılık, Ankara 1994, s. 379-383. İrk kelimesi ise Rönesans döneminden beri genel özellikleri ile belirlenmiş hayvan ve insan topluluklarını nitelemek için kullanılmıştır. Bkz., George L. Mosse, *Encyclopedia of the Holocaust*, C. 3, haz. Israel Gutman, Macmillan, New York-Londra 1990, s. 1206.

*ranişlar*"<sup>22</sup> olarak tanımlanmaktadır. Irkçı söylem ise bu düşüncelerden hareketle nefreti, hoşgörüsüzlüğü yayan, teşvik eden, haklı çıkarmaya çalışan her türlü açıklamalardır.<sup>23</sup>

Bu şekilde genel tanımlamalar yapılabilmesine karşın, uygulamada konunun oldukça sorunlu bir yapı sergilediği söylenebilir. Şöyle ki; farklı ülkelerin ve mahkemelerin, farklı türdeki açıklamalara "*ırkçılık*" başlığı altında yer verdiği görülmektedir. Irkçı açıklamaların koruma kapsamı dışında tutulması ise, demokratik bir toplumda üzerinde durulması gereken bazı konuların tartışılmasının engellenmesi tehlikesini yaratacaktır.<sup>24</sup>

Bu doğrultuda yukarıda anlamlarına kısaca değindiğimiz ifade türlerinin daha tanımlama aşamasında düşünceyi açıklama özgürlüğü açısından bir sorun yarattığı söylenebilir. Nitekim ırkçı söylemin yasaklandığı ülkelerde, bu söylemin kapsamı geniş yorumlanması durumunda demokratik ölçülere zarar verecek oranda sınırlamalar ile karşılaşılacaktır. Bu noktada tanımlama ve yorumlama yöntemlerinin önemi belirginlik kazanmaktadır.

AİHM'nin kararlarına bakıldığında, konumuzu oluşturan ifade türleriyle ilgili doğrudan ve açık bir tanımlama vermekten kaçınıldığı görülür. Ancak Mahkeme, nefret içerikli ve ırkçı nitelikli açıklamaları temel hak ve özgürlükler bağlamında incelemiş ve, aşağıda inceleneceği üzere, belirli bazı ölçütler çerçevesinde değerlendirmiştir. Bu ölçütlerin ortaya konulmasının AİHS sisteminde konuya yönelik hassasiyetlerin anlaşılmasını sağlayacağı düşüncesindeyiz.

<sup>22</sup> UNESCO tarafından benimsenen bu tanımlama, Siyonizm ve Irkçılık Üstüne Uluslararası Sempozyum, *Siyonizm ve Irkçılık*'tan aktaran, Alâeddin Şenel, *Irk ve Irkçılık Düşüncesi*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 1984, s. 134.

<sup>23</sup> Bu açıklamaların önemi zihinlerde var olan ırkçı düşüncelerin dış dünyaya yansımalarını sağlamalarından kaynaklanmaktadır: "*Irkçılık ... farklılık işaretlerinin (isim, derinin rengi, dinsel ibadet) etrafında eklenen ve koruma ya da ayırım hayalinin (toplumsal bünyeyi arılaştırma, "kendi", "biz" kimliğini her türlü melezleşme, karışma ve istiladan koruma zorunluluğu) zihinsel ürünleri olan söylemlerde, temsillerde ve pratiklerde (şiddet, hor görme, hoşgörüsüzlük, aşağılama, sömürü biçimlerinde) kayıtlıdır*". Etienne Balibar, "*Bir 'Yeni Irkçılık' Var mı?*", Balibar, Wallerstein, *Irk, Ulus, Sınıf (Belirsiz Kimlikler)*, Çev., Nazlı Ökten, Metis, 3. Baskı, İstanbul 2000, s. 25-26.

<sup>24</sup> Raphael Cohen-Almagor, *İfade, Medya ve Etik*, Çev., Nihat Şad, Phoenix Yayınevi, Ankara 2002, s. 26.

## II. NEFRET İÇERİKLİ VE IRKÇI NİTELİKLİ DÜŞÜNCE AÇIKLAMALARI-DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜ İLİŞKİSİ

AİHS, Avrupa'da insan haklarının korunmasının gerçek anlamda temelini oluşturmaktadır. Sözleşmenin Başlangıç bölümünde de belirtildiği gibi bu hak ve özgürlüklerin sağlanıp korunabilmesi "gerçekten demokratik bir siyasal rejim"i gerektirir. Düşünceyi açıklama özgürlüğü ile demokrasi anlayışının yakın ilişkisi ise tartışılmazdır: "Düşünceyi açıklama özgürlüğü demokrasiyi, demokrasi düşünceyi açıklama özgürlüğünü gerektirir".<sup>25</sup> Bununla bağlantılı olarak sözleşmenin ekseninde "çoğulculuk ve hoşgörü" ikiz değerleri bulunur.<sup>26</sup>

Bu doğrultuda, AİHS'nin öngördüğü organların yerleşmiş içtihadı uyarınca düşünceyi açıklama özgürlüğü yalnızca onaylanan, zararsız olduğu kabul edilen ya da nasıl olursa olsun fark etmeyen "bilgi" ya da "düşünceler" için değil, hoş gitmeyen, sarsıcı ya da rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, "demokratik toplumun" olmazsa olmaz unsurları içerisinde yer alan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleridir.<sup>27</sup>

Bu nedenle nefret içerikli ve ırkçı nitelikli açıklamaların da sözleşmenin düşünceyi açıklama özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin 1. fıkrası<sup>28</sup> kapsamında koruma görmesi gerektiği düşünülebilir. Nitekim Komisyon değerlendirmelerinde konumuzu oluşturan içeriklere sahip ifadeleri 10. madde kapsamında incelediğini açıklamaktadır.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Stanley C. Burbaker, *The Encyclopedia of Democracy*, haz. Seymour Martin Lipset, C. 2, Routledge, Londra 1995, s. 504.

<sup>26</sup> Tarlach Mcgonagle, "Council of Europe Approaches and Legal Developments Under The European Convention on Human Rights", *Combating Racially Motivated Crime and Hate Crimes Through Legislation, Roundtable Discussion*, Dublin Castle, 8 Haziran 2005, s. 6.

<sup>27</sup> *Zana Türkiye'ye Karşı*, Başvuru no: 18954/91, 25 Kasım 1997, par. 51; *Handyside Büyük Britanya'ya Karşı*, Başvuru no: 5493/72, 7n Aralık 1976 par. 49; *Lingens Avusturya'ya Karşı*, Başvuru no: 9815/82, 8 Temmuz 1986, par. 41.

<sup>28</sup> Bilindiği gibi bu hüküm şöyledir: "1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahaleleri ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir".

<sup>29</sup> Bu doğrultuda Holokost'un inkârına ve Antisemitist düşüncelerin de bir inanç olduğuna dayanan ve bu nedenle de 9. maddenin korumasından da yararlanacağına ilişkin iddiaları Komisyon kabul etmemektedir. Bkz., *F.P. Almaya'ya Karşı*, Başvuru no:19459/92, 29 Mart 1993. Bu noktada AİHS'nin 9. maddesinde yer alan "düşün-

AİHS’te nefret içerikli ve ırkçı nitelikli düşünce açıklamalarına ilişkin doğrudan bir sınırlama bulunmadığını belirtmek gerekir. Ancak sözleşmede de öngörüldüğü gibi demokratik bir toplumda bile düşünceyi açıklama özgürlüğü bütünüyle sınırsız bir alan olarak kabul edilmemektedir<sup>30</sup> ve Sözleşme organları, konuya ilişkin tavrını açık bir şekilde ortaya koymuş, bu türdeki ifadeleri düşünceyi açıklama özgürlüğünün koruma alanı dışında tutmuştur.<sup>31</sup> sözleşmenin 17. maddesine<sup>32</sup> ve/veya 10. maddesinin 2. paragrafında<sup>33</sup> yer alan istisnalara dayanılarak oluşturulan bu yöndeki içtihat, pek çok devletin çeşitli yasalarında yer alan konuya ilişkin yasakların meşru kabul edilmesi sonucunu getirmektedir.

---

ce” ya da “düşünme” özgürlüğü ile 10. maddede düzenlenen “düşünceyi açıklama özgürlüğü” deyimlerinin kapsamı arasında kesin çizgilerle ayırım yapmak kolay olmasa da, Komisyon ve Mahkeme içtihatları ile önemli bir farklılığın ortaya konulduğunu da belirtmek gerekir. 9. madde kapsamındaki düşünce özgürlüğü, felsefi öğreti bütünlüğüne sahip bir inanç anlamındadır. Bu doğrultuda 9. m.deki anlamıyla “inanç” insel, felsefi ya da ideoloji evrensel değerle ilişkilidir. Bkz., F.P. Almanya’ya Karşı Kararı. 10. maddede ise “anlamı ve kapsamı daha geniş olan ‘kanaat’ veya ‘görüş’, ‘ıctihat’; ... yani bilgilenme sonucu elde edilen kişisel kanı, düşünme ve bir değer yargısına varma tarzı, ‘fikir’ sahibi olma” durumu söz konusudur. Bkz., Şeref Gözüzüyük, Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan, 6. Baskı, Ankara 2004, s. 356.

<sup>30</sup> Bkz., Yusuf Şevki Hakyemez, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğünün Sınırları”, *AÜSBFD*, s. 57/2, Nisan-Haziran 2002; Ergun Özbudun, Adnan Güriz, Nevzat Toroslu, “Türkiye Bilimler Akademisi Düşünce Hürriyeti Hakkında Rapor”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Ocak 1995, C. 3, s. 1, s. 3-7; İlhan F. Akın, *Kamu Hukuku*, İÜY no: 1983, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974, s. 391.

<sup>31</sup> Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 10. maddesine İlişkin İctihat), Çev., Durmuş Tezcan, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2002, s. 24.

<sup>32</sup> 17. madde şu düzenlemeyi getirmektedir: “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz”. Belirtmek gerekir ki hakların kötüye kullanılması yasağı, BM Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi’nin 30. maddesinde, BM Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmelerinin 5. maddelerinde de benzer hükümler yer almaktadır.

<sup>33</sup> 10. maddenin 2. fıkrası şu hükmü içermektedir: “Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir”.

Bu bağlamda nefret içerikli açıklamaların yasaklanmasının gerekli olup olmadığının oldukça önemli bir tartışma alanı oluşturduğunu belirtmek gerekir. Belirtilen türdeki düşünce açıklamalarının yasaklanması gerektiğini savunan yazarlar, bunların toplumda önemli zararlara neden olabileceğine dikkat çekmektedirler: Bunlar, mağdurun da “şiddet”le tepki vermesine neden olabilecekleri gibi, başkalarının şiddet eylemlerine tahrik edilmesi sonucunu da doğurabilirler. Bunun yanında bu tür açıklamalar mağdurun psikolojisini etkileyeceği için başka bir şiddet eylemine gerek olmadan, yalnızca bu açıklamaların yapılması sonucunda bir zarar ortaya çıkabilir. Ayrıca bunların büyük oranda kişilik haklarına saldırı niteliği de taşıdığı unutulmamalıdır.<sup>34</sup> Bu görüşe, yasaklamalarda bulunması durumunda devletin tartışmalarda taraf tutmuş olacağı, bu hakkını kötüye kullanabileceği ve bunun sonucunda da düşünceyi açıklama özgürlüğünün ciddi zararlar göreceği gibi son derece makul gerekçeler ile karşı çıkmaktadır.<sup>35</sup>

Görüldüğü gibi nefret içerikli açıklamalar düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırlarını saptamakta zor sorular ortaya çıkarmaktadır. Bu sorulara yanıt bulmak ve aralarındaki ilişkiyi ortaya koyabilmek için AİHS sistemini incelemek ve değerlendirmek elverişli bir çalışma olacaktır.

### III. GENEL OLARAK AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ’NİN DEĞERLENDİRME ÖLÇÜTLERİ

AİHS organları önüne gelen diğer olaylarda yaptığı gibi bu konuya ilişkin kararlarında da başvurunun içeriğinde yer alan özel koşulları bir sistem içerisinde değerlendirmektedir. Bu bağlamda öncelikle sözleşmeyi ihlâl ettiği ileri süren devlet tarafından bu türdeki açıklamalara getirilen sınırlamanın, sözleşmenin 10/2 hükmü uyarınca bir zorunluluk olarak belirtilen “yasa ile öngörülen” bir sınırlama olup olmadığı incelenmektedir.<sup>36</sup> Yasa ile öngörülmesi ve ulaşılabilirlik, öngörülebilirlik koşullarının gerçekleşmesi durumunda açıklamanın içeriğine, açıklamada bulunanın niyetlerine ve açıklamaya izin verilmesinin olası sonuçlarına göre değerlendirmelerde bulunmaktadır.

<sup>34</sup> Wojciech Sandurski, s. 298-335.

<sup>35</sup> Eric Barendt, *Freedom of Speech*, 2. Baskı, Oxford, New York 2005, s. 31-34.

<sup>36</sup> Mahkeme içtihatları ile bu koşulun anlamı, “hak ya da özgürlüğe müdahale teşkil eden önlem veya işlemin ulusal (iç) hukukta yasal dayanağın bulunması demektir”. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, s. 375.

AIHS organları nefret içerikli ve ırkçı nitelikli açıklamaların yasaklanmasına ilişkin yasaların ilgili devletin halkının bir arada ve barış içerisinde yaşaması amacına yöneldiğini kabul etmektedir. Bu doğrultuda sözleşme organları, ilgili devletin müdahalesinin sözleşmenin 10/2. hükmünde belirtilen "...*kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi,...* başkalarının şöhret ve haklarının korunması" için başvurulmuş bazı sınırlamalar ve yaptırımlardan oluştuğuna karar vermiştir.

Bu noktada özellikle Nazi ideolojisinin esaslarından etkilenen eylemlerin ilk inceleme aşamasında geri çevrilen başvuruların ana bölümünü oluşturduğunu belirtmek gerekir.<sup>37</sup> Bu doğrultuda sözleşmenin 35/3 hükmü<sup>38</sup> uyarınca bunlar "*açıkça dayanaktan yoksun*" sayılarak reddedilmektedir.

AIHM ve AIHK bu türdeki açıklamaları değerlendirirken çoğu zaman kamusal yarar açısından bir karşılaştırma yapmaktadır. Buna göre ilgili yasanın bağlayıcı olduğu ülkenin halkı için kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi ile belirtilen içerikteki ve suç niteliği taşıyan yayınları yapan başvuranın özgürlüğü karşılaştırılmış ve ilkinin sağladığı kamusal yararın daha önemli olduğuna karar verilmiştir.<sup>39</sup> Böylece Komisyon, bu türdeki açıklamalara müdahalenin demokratik toplumda "*gerekli*" olduğu düşüncesini de ortaya koymaktadır.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Mcgonagle, "Council of Europe...", s. 9.

<sup>38</sup> AIHS'nin 35. maddesinin 3. fıkrası şöyledir: "*Mahkeme, Madde 34 çerçevesinde sunulan herhangi bir bireysel başvuru hakkında, Sözleşme ve onun Protokollerindeki hükümler ile bağdaşmaz, açıkça temelsiz ya da başvuru hakkının bir kötüye kullanımı olduğu değerlendirilmesini yaptığında, kabuledilemez olduğunu açıklayacaktır*".

<sup>39</sup> Kühnen Almanya'ya Karşı, Başvuru no: 12194/86, 12 Mayıs 1988; Malcolm Lowes Birleşik Krallığa Karşı, Başvuru no: 13214/87; Walter Ochensberger Avusturya'ya Karşı, Başvuru no: 21318/93,2 Eylül 1994; Rebhandl Avusturya'ya Karşı Kararı, Başvuru no: 24398/94,16 Ocak 1996; Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern Almanya'ya Karşı, Başvuru no: 25992/94,29 Kasım 1995; Honsik Avusturya'ya Karşı, Başvuru No: 25062/94, 18 Ekim 1995.

<sup>40</sup> Mahkeme içtihatlarına göre "*gerekli*" sözcüğü "*zorlayıcı bir toplumsal gereksinim*" i ifade eder. Bkz., *Sunday Times İngiltere'ye Karşı*, Başvuru no. 6538/74, 26 Nisan 1979 par.59,62. Mahkeme "*gereksinim*"in varlığını saptarken ülkenin olay anındaki durumu, şikayet konusunun özelliklerini dikkate alacak, kabul edilir şekilde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini inceleyecektir. Bkz., *Lingens Avusturya'ya Karşı*, Başvuru no: 9815/82, 8 Temmuz 1986. Ayrıca tekrar dikkat çekmek gerekir ki müdahale ancak "*demokratik topluma*" aykırı düşmemesi durumunda meşru sayılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, s. 377-391.

Mahkeme ayrıca pek çok kararında AİHS'nin 17. maddesine atıfta bulunarak, 10. maddede düzenlenen düşünceyi açıklama özgürlüğünün bu hükme aykırı bir şekilde kullanılmayacağına dikkat çekmiştir.<sup>41</sup> Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasının ile düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırlanması da, hiçbir topluluk ve hiçbir kişinin sözleşme tanınan hak ve özgürlükleri tahribe yönelik bir etkinlikte bulunma hakkının olmadığı düşüncesinden kaynaklanır.<sup>42</sup> Sözleşmede yer alan hakları koruma amacına yönelmiş bu hüküm, kişilerin her türlü hak ve güvenceden yararlanmalarını değil, hak ve özgürlükleri yok etmeye olanak tanıyan maddelerden (örneğin 10. maddeden) yararlanılmasını önlemektedir.<sup>43</sup>

Bu doğrultuda Avusturya'ya karşı yapılan bir başvuruda Komisyon, nasyonal-sosyalizmin, demokrasi ve insan hakları ile bağdaştıramaz bir öğreti olduğuna ve taraftarlarının 17. maddede sözü edilen türde amaç güttükleri, yani "*Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş bir sınırlamaya uğratılmasına yönelik*" bir etkinliğe giriştikleri ya da eylemde bulduklarının şüphesizliğine dikkat çekmiştir.<sup>44</sup>

Ayrıca Komisyon ve Mahkeme bu türdeki açıklamaların, AİHS'nin başlangıç bölümünün 5. paragrafında belirtilen ana değerlerinden, temel özgürlüklerin ancak gerçek bir demokraside en iyi şekilde sürdürülebileceği ilkesine karşıtlık oluşturduğuna, ayrıca yine başlangıç bölümünde yer alan adalet ve barış içinde yaşama ilkesine aykırı bulunduğuna; ırksal, dinsel ayrımcılık yarattığına hükmetmiştir.<sup>45</sup>

AİHS bazı durumlarda da düşünceyi açıklama özgürlüğünü korusa da açıklamanın sonuçlarını korumamaktadır. Örneğin Kosiek'in

<sup>41</sup> Örneğin bkz., *Kühnen Almanya'ya Karşı*, Başvuru no: 12194/86, 12 Mayıs 1988.

<sup>42</sup> *Purcell ve diğ. İrlanda'ya Karşı*, Başvuru no: 15404/89, 16 Nisan 1991.

<sup>43</sup> *Lawless İrlanda'ya Karşı (No:3)*, Başvuru no: 332/57, 1 Temmuz 1961.

<sup>44</sup> *B. H., M. W., H. P. ve G. K. Avusturya'ya Karşı*, Başvuru no: 12774/87, 12 Ekim 1989. Belirtmek gerekir ki Holokost'un inkârı da aynı kapsamda değerlendirilmektedir. *Garaudy Fransa'ya Karşı Kararı*, Başvuru no: 65831/01, 24 Haziran 2003.

<sup>45</sup> *Kühnen Almanya'ya Karşı*, Başvuru no: 12194/86, 12 Mayıs 1988; *Malcolm Lowes Birleşik Krallığa Karşı*, Başvuru no: 13214/87; *Walter Ochensberger Avusturya'ya Karşı*, Başvuru no: 21318/93, 2 Eylül 1994; *Rebhandl Avusturya'ya Karşı Kararı*, Başvuru no: 24398/94, 16 Ocak 1996; *Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern Almanya'ya Karşı*, Başvuru no: 25992/94, 29 Kasım 1995; *Honsik Avusturya'ya Karşı*, Başvuru No: 25062/94, 18 Ekim 1995.



Almanya aleyhine yaptığı başvuru,<sup>46</sup> amaçları Alman Anayasası'nda belirlenen özgür demokratik sisteme aykırı olarak değerlendirilen, Nasyonal Demokratik Partiye üyeliği nedeniyle işinden atılan bir öğretmeninin durumunu ilişkindir. Bu davada komisyon 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Benzer şekilde belirtilen türde düşünceler taşıdığı ortaya çıkan askerin işten atılması da uygun görülmektedir.<sup>47</sup> Çünkü böyle bir tutum bu kişinin güvenilir olma sorumluluğu ile bağdaşmamaktadır ve devletin kendini temsil eden kişiler için bazı özel yükümlülükler öngörmeye hakkı vardır. Buna göre kişilerin düşünceyi açıklama özgürlükleri korunsa da bazı durumlarda bunların sonuçları ile yaşamak zorunda olduklarının kabul edildiği söylenebilir.<sup>48</sup>

Bunun yanında komisyon, hapisane gibi düzenin ve disiplinin sağlanmasının çok önemli olduğu kurumlarda yukarıda belirtilen kuralların daha sıkı uygulanabileceğini de kabul etmiştir. Mahkemenin bir mahkumun yasak olmayan ancak Yahudi karşıtı içerikleri bulunan bir yayını almasını engelleyen hapisane yönetiminin tutumunu AİHS 10/2 hükmü uyarınca uygun bulmasında bu yaklaşım kendini açıkça göstermektedir.<sup>49</sup>

#### IV. DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜ KARŞISINDA HOLOKOST'UN İNKARI

AİHM ve AİHK'nun yukarıda kısaca değindiğimiz yaklaşımına uygun olarak, açık ve doğrudan nefret içerikli açıklamalar genel olarak kabul görmemektedir. Bu türdeki açıklamaların neler olduğunun saptanması da hukuksal olarak olanaklıdır. Ancak bu görüşlere bağlı kalınıp üstü kapalı olarak ifade edilen veya gerçeğe görüş arasındaki çizgiyi belirsizleştirmeye çalışan açıklamalar çok daha ciddi bir sorun ortaya çıkarmaktadır.<sup>50</sup>

Bu noktada özellikle Holokost<sup>51</sup>'un inkârı üzerinde durulmalıdır.

<sup>46</sup> *Kosiek Almanya'ya Karşı*, Başvuru no: 9704/82, k.t.: 28 Ağustos 1986.

<sup>47</sup> *F.P. Almanya'ya Karşı*, Başvuru no: 19459/92, 29 Mart 1993.

<sup>48</sup> Francis G. Jacobs, Robin C. A. White, *The European Convention On Human Rights*, 2. Baskı, Oxford, New York 1996, s. 223-224.

<sup>49</sup> *Malcolm LOWES Birleşik Krallığa Karşı*, Başvuru no: 13214/87, 9 Aralık 1988.

<sup>50</sup> Michel Rosenfeld, s. 1557.

<sup>51</sup> Holokost'un inkâr edilmesi kısaca "İkinci Dünya Savaşı sırasında yaklaşık altı milyon Yahudi'nin Nazi katliamına kurban gitmesi gibi bir olayın gerçekleşmediği iddiasıdır".

Özellikle Nazi ideolojisini yansıtan nefret ifadelerine getirilen yasaklar dolayısıyla bu türdeki görüşleri benimseyen kişiler, ırkçı mesajlarını açıklamak için, günümüzde genellikle Holokost'un inkârı gibi yolları seçmektedirler.<sup>52</sup> Belirtmek gerekir ki yukarıda kısaca açıklanmaya çalışılan saptamalara konu olan başvuruların büyük bir bölümü bu türdeki yayınlarından dolayı, ulusal yasalar uyarınca, suçlu bulunan kişiler tarafından yapılmıştır.<sup>53</sup>

Holokost'un inkârı nefret içerikli ve ırkçı nitelikli açıklamaların "sui generis" bir türüdür<sup>54</sup> ve beraberinde özellikli bazı tartışmaları getirmektedir. Her şeyden önce, bu kapsamda başvuruda bulunan kişiler ya da kişi toplulukları genellikle açıklamalarının çağdaş tarihle ilgili ifade ve düşünceler olduğunu ileri sürmektedirler.<sup>55</sup>

Bu doğrultuda, eserlerinde dipnotlar kullanarak, üçüncü kişilerin ağzından yazılarını kaleme alarak gerçekçi olmayı ve okuyucularını inandırmayı ummakta,<sup>56</sup> mutlak gerçeğe ulaşamaz, etkili sorgulama toplumun yararı için taşıyıcıdır, hiçbir olgu karşı çıkıştan bağımsız değildir gibi sloganlarla düşünceyi açıklama özgürlüğünün şemsiyesinden yararlanmaya çalışmaktadırlar.<sup>57</sup>

Ancak bu savlar genel olarak ulusal ve uluslararası yargı organları önünde kabul görmemektedir.<sup>58</sup> Aynı şekilde bu ifadeler AİHS sistemi

Robert Eaglestone, *Postmodernizm ve Holocaust'un İnkâr Edilmesi*, Çev., Ebru Kılıç, İstanbul 2002, s. 7-8; Uriel Tal, *Encyclopedia of the Holocaust*, s. 681.

<sup>52</sup> Michel Rosenfeld, s. 1525-1526.

<sup>53</sup> Örneğin bkz., F. P., *Almanya'ya Karşı*, Başvuru no: 19459/92, 29 Mart 1993; Rehandl Avusturya'ya Karşı, Başvuru no: 24398/94, 16 Ocak 1996; Remer Almanya'ya Karşı, Başvuru no: 25096/94, 6 Eylül 1995.

<sup>54</sup> Mcgonagle, "Wrestling...", s. 16.

<sup>55</sup> *Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern Almanya'ya Karşı*.

<sup>56</sup> Robert Angove, *Holocaust Denial and Professional History-Writing*, University of Saskatchewan, Saskatoon 2005, s. iii.

<sup>57</sup> Mcgonagle, "Wrestling...", s. 16.

<sup>58</sup> Örneğin İngiltere gündemini uzun süre meşgul eden ve kamu oyunda kısaca "Irving Davası" olarak anılan yargılama sonucunda Mahkeme "Akıllı, sorumluluk sahibi insanlar bu tür tartışmalara girmezler, çünkü en azından Holokost'un kanıtları kuşovettidir" hükmüne varmıştır. 11 Nisan 2000'de Yargıç Gray tarafından açıklanan kararın tam metnine Internet aracılığı ile şu adresten ulaşılabilir: Bkz., <http://www.nizkor.org/hweb/people/i/irving-david/judgement-08-01.html> (son yararlanma: 20 Kasım 2004). Konuya ilişkin bir diğer önemli değerlendirme ise BM Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin Seçmeli Ek Protokolü uyarınca kurulan İnsan Hakları Komitesi tarafından yapılmıştır. Robert FAURISSON, *Fransa'ya Karşı Kararı*, Com. No. 550/1993, U. N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993 (1996). Başvuru

içerisinde de korunmamakta, bu konuya ilişkin başvurular daha ilk inceleme aşamasında reddedilmektedir.<sup>59</sup> AIHS sisteminin öngördüğü organlar Holokost'un kesin bir tarihsel bilgi olduğunu ve yadsınmayacağına açıklamaktadır.<sup>60</sup> Nitekim yukarıda belirtilen yargı kararlarının yanında öğretide de pek çok yazar, Holokost'un inkâr edilmesinin tarih olmadığı ve tarihmış gibi tartışılmayacağı görüşündedir.<sup>61</sup>

Bu bağlamda AIHM, Chauvy ve diğerlerinin Fransa'ya karşı yaptığı başvuruda<sup>62</sup> tarihsel tartışmalar ile düşünceyi açıklama özgürlüğü ilişkisini incelemiştir. Mahkeme öncelikle tarihsel gerçeklerin araştırıl-

ran, Nazilerin Yahudileri öldürmek amacı ile gaz odaları kurmadıklarına ilişkin görüşünü yasaklayan bu yasa ile kabul edilemez bir sansür getirildiğinden, tarihsel araştırmanın engellendiğinden, sonuç olarak düşünceyi açıklama ve bilim özgürlüğünün önemli oranda sınırlandığından yakınmaktadır(par. 3.1.) Komitenin değerlendirmesi pek çok açıdan AIHM ile benzerlikler taşımaktadır. Öncelikle düşünceyi açıklama özgürlüğü üzerinde herhangi bir sınırlama yapılabilmesi için bunun yasada öngörülmüş olması; başkalarının haklarına saygı gösterilmesi, ulusal güvenliğin, kamu düzeninin, kamu sağlığının ya da genel ahlakın korunması amaçlarından birine yönelmesi ve meşru bir amaca ulaşmak için zorunlu olması gerektiği vurgulanmıştır(par. 9.4). Komite bu kapsamda yaptığı incelemesi içerisinde Bay FAURISSON'un açıklamalarının başkalarının haklarına ve şöhretlerine zarar verdiğine ilişkin ulusal Mahkeme kararını yerinde görmüş ve ilgili yasanın başvurana uygulanmasında Sözleşmenin hükümlerine uygun hareket edildiğine karar vermiştir(par. 9.5). Ayrıca sınırlamaların Yahudilerin, anti-semitist bir ortamın yaratacağı korkulardan uzak, özgürce yaşayabilmeleri için getirildiği yönündeki düşüncesini açıklamıştır(par. 9.6.). Son olarak, yasanın çıkarılış amacının ırkçılık ve anti-semitizm ile mücadele olduğuna dikkat çekerek, buna uygun olarak yapılan düşünceyi açıklama özgürlüğü sınırlanmasının sözleşmenin 19/3 hükmüne uygun olduğu saptanmıştır(par. 9.7.).

<sup>59</sup> Örneğin bkz., *F. P., Almanya'ya Karşı*, Başvuru no: 19459/92, 29 Mart 1993; *Rebhandl Avusturya'ya Karşı*, Başvuru no: 24398/94, 16 Ocak 1996; *Remer Almanya'ya Karşı*, Başvuru no: 25096/94, 6 Eylül 1995.

<sup>60</sup> Örneğin bkz., *Graudy Fransa'ya Karşı Kararı*, Başvuru no: 65831. Belirtmek gerekir ki bu kararda başvuranın çalışmasının siyasal bir çalışma olduğunu ileri sürdüğü, bu bağlamda siyonizme ve İsrail devletinin siyasasını eleştiren bir bakış açısını taşıdığını; ancak çalışmasının ırkçı ya da Antisemitist içeriği bulunmadığını iddia etmiştir.

<sup>61</sup> Örneğin bkz., Robert Eaglestone, *Postmodernizm ve Holocaust'un İnkâr Edilmesi*, s. 70.

<sup>62</sup> *Chauvy ve Diğerleri Fransa'ya Karşı*, Başvuru no: 64915/01. Karara konu olan olayda başvuran, yayınladığı bir kitapta II. Dünya Savaşı sırasında Fransız direnişi içerisinde yer almış, vatan hainliği ile suçlanmış, ancak suçlu bulunmamış bazı kişiler hakkında bir kitap yazmıştır. Kitabın sonuç bölümünde, bu yargılamada yer alan ifadelerin bazılarının hayal ürünü olabileceğine ilişkin bazı açıklamaların ve bu kişilerin masumiyetlerini sorgulayan soruların bulunması üzerine, adı geçen kişiler hakaret nedeniyle dava açmışlardır. Dava sonucunda başvuranlar tazminat ödemeye mahkum edilmiştir.

masının düşünceyi açıklama özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğunu ve tarihçiler arasında süregelen tartışmaları sonuca bağlamanın Mahkeme'nin görevi olmadığını belirtmiştir.<sup>63</sup> Bununla birlikte getirilen sınırlamanın demokratik bir toplum için zorunlu olup olmadığını saptayabilmek üzere bazı incelemelerde bulunması gerektiğini açıklamış ve ilgili kitabın içeriğinin tarihsel yöntemin başlıca kurallarına uymadığına, ayrıca ciddi imaların uygun delillere ve nedensel açıklamalara bağlanmadığına karar vermiştir. Sonuç olarak mahkemenin kararı 10. maddenin ihlalinin gerçekleşmediği yönünde olmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki Mahkeme, başvuruya konu olan düşünce açıklamasının Holokost gibi varlığı açıkça bilinen bir konuya ilişkin olmadığına da dikkat çekmiştir.<sup>64</sup>

Gerçekten Holokost'u inkâr eden düşünce açıklamalarının yarattığı sorun, sözleşme sistemi içerisinde o kadar önemli görülmektedir ki, Komisyon belirtilen türdeki düşüncelerin açıklanması "olasılığı"ndan hareketle yapılan sınırlamayı bile haklı bulmuştur.

Gerçekten Almanya'da etkinlik gösteren bir siyasal partinin bölge teşkilatı tarafından düzenleneceği ilân edilen bir konferansa, Holokost'u inkâr eden görüşlere sahip oldukları ve Nazi ideolojisini destekledikleri bilinen kişilerin de davet edilmesi üzerine, konferansa ilişkin olarak kamu otoriteleri tarafından konulan şartları ve şartlara uyulmaması durumunda gerçekleştirilen sınırlamaları komisyon yerinde görmüştür.<sup>65</sup> Belirtilen şartlara göre, konferansı düzenleyen kuruluşun, konuşmalar içerisinde Nazi rejimi altında Yahudilerin yaşadığı eziyetin sorgulanmasını ya da inkâr edilmesini içeren hiçbir ifadede bulunulmamasını güvence altına alması, ayrıca böyle bir konuşma yapılması durumunda da hemen müdahale ederek toplantıyı sona erdirmesi gerekiyordu.

Öte yandan konuya ilişkin katı tutumun neden olabileceği bazı sınırlamalar olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Bu şekilde ciddi ve bilimsel çalışmaların yapılmasına engel olunabileceği ve devletlerin açılan bu yolla resmi ideolojilerine aykırı gelen görüşlerin dile getirilmesini bütünüyle yasaklayabilecekleri düşünülebilir.

<sup>63</sup> A.g.k., par. 69.

<sup>64</sup> A.g.k., par. 69.

<sup>65</sup> *Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern Almanya'ya Karşı Kararı Başvuru no: 25992/94, 29 Kasım 1995.*

Ancak bizim düşüncemize göre böylesine yaklaşımların AİHM önünde büyük olasılıkla kabul görmeyeceği yönündedir. Bunun birincil nedeni çalışmamızın başında da belirttiğimiz gibi II. Dünya Savaşı sırasında Yahudilerin yaşadığı soykırımın insan hakları öğretisinin gelişimindeki özellikli yeridir. Bu durum mahkemeyi de etkilemiş ve başka hiçbir tür açıklamaya ilişkin olarak görülmeyen oranda bir “sı-nırlama” yaklaşımını sergilemesine neden olmuştur.

Bu yaklaşımın başka konulara da yaygınlaştırılacağını düşünmek, mahkemenin genel tutumu dikkate alındığında, en azından yakın gelecek için olanaklı görülmemektedir. İkinci olarak kanımızca mahkemenin değerlendirme sistemi de bu sakıncayı ortadan kaldıracak niteliktedir. Gerçekten yukarıdaki açıklamalarımızda da değindiğimiz gibi, mahkeme her olay için ölçütleri ayrı ayrı değerlendirmekte, bu doğrultuda olaya özgü olguları da dikkate almaktadır.

Bununla birlikte mahkemenin köklerine bu oranda bağlılığı ve Nazi ideolojisi ile ilişkili açıklamalarda takındığı katı tutum, objektifliği konusunda bazı soruları da akla getirmektedir. Örneğin Mahkeme *Gündüz Türkiye'ye Karşı Kararı*'nda<sup>66</sup> şeriatı savunan ancak şeriatın kurulması için şiddete başvurma çağrısında bulunmayan bir konuşmanın nefret içerikli açıklama olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.<sup>67</sup> Oysa Holokost'un inkarına ilişkin açıklamalarda doğrudan bir şiddet çağrısı bulunması gibi bir koşul aranmamakta, yalnızca tarihsel bir gerçeğin inkarı sözleşmenin 10. maddenin 2. fıkrasına, 17. maddesine ve başlangıç bölümünün 5. paragrafına aykırılığın saptanması için yeterli görülmektedir.

Belirtmek gerekir ki mahkeme bazı özel koşulların varlığı durumunda bu katı tutumunu yumuşatmaktadır. Buna göre mahkeme, açıklama içerisinde bazı dengeleyici ifadelerin bulunması durumunda, diğer koşullar da dikkate alınarak, konuya ilişkin taraflı bir tutumla düşüncelerin dile getirilmesinin düşüncüyü açıklama özgürlüğünün korumasından yararlanabileceğine karar vermektedir.

Mahkemenin bu yaklaşımı, birkaç açıdan önemli olan, *Lehideux ve Isorni Fransa'ya Karşı Kararı*'nda<sup>68</sup> görülmektedir. Başvuranlar günlük

<sup>66</sup> *Gündüz Türkiye'ye Karşı*, Başvuru no: 35071/97, 14 Haziran 2004.

<sup>67</sup> Bkz., a.g.k., par. 51.

<sup>68</sup> *Lehideux ve Isorni Fransa'ya Karşı*, Başvuru no: 24662/94, 23 Eylül 1998.

“Le Monde” gazetesinde Mareşal Henri Philippe Pétain’in<sup>69</sup> hayatını ve yaptıklarını olumlu bir değerlendirme ile sunan “Fransız Halkı, Zayıf Bir Hafızanız Var” başlıklı bir ilân yayınlamışlar, bu nedenle de Fransız yasaları uyarınca “savaş ve düşmanla işbirliği suçlarının savunmasını yapmaktan” dolayı cezaya çarptırılmışlardır.<sup>70</sup>

Mahkeme kararında Nazi sempatisini bir siyasanın savunulmasının 10. maddenin korumasından yararlanamayacağını tekrar etmiştir. Ancak somut olaya konu olan gazete ilânında başvuranlar, “Nazi canavarlığı ve zulmü” ve “Almanların sınırsız gücü ve barbarlığı”ndan duydukları hoşnutsuzluğu açıkça belirtmişlerdir.<sup>71</sup> Bununla birlikte Mahkeme başvuranların Mareşel Pétain’in bunlara katılımına ilânda yer vermeyi özellikle ihmal ettiklerini saptamış, bunun ahlaksal açıdan yerinde görülmemesine karşın, bunlardan hiç bahsedilmemesine ilişkin başka koşulların da dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir.<sup>72</sup>

Bu doğrultuda mahkeme, yayında konu edilen olayların üzerinden kırk yıl gibi uzun bir sürenin geçtiğine işaret etmiş, bu tür sözlerin on, yirmi yıl öncesi ile aynı sertlikle ele alınmasının uygunsuz olacağını saptamıştır.<sup>73</sup> Sonuç olarak mahkeme, “özel hukuk yolları ile diğer müdahale ve çürütme yolları olanakları varken, bir ceza mahkumiyetinin ağırlığının” altını çizerek başvuranlara verilen cezanın oransızlığına dikkat çekmiş ve 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>74</sup>

*Lehideux ve Isorni Fransa’ya Karşı Kararında* mahkemenin dengeleyici ifadelerin yer almasını, nefret içerikli ve ırkçı nitelikli açıklamaların yaratacağı zararı ortadan kaldıracığı düşüncesini ortaya koyduğu söylenebilir. Ayrıca mahkeme, olayların üzerinden geçen süreye işaret ederek de toplumsal değişiklikleri değerlendirme kapsamına aldığını,

<sup>69</sup> I. Dünya Savaşı’nın büyük kahramanlarından Mareşel Pétain, (1856-1951) bilindiği gibi II. Dünya Savaşı sırasında Almanlarla işbirliği yapan, anti-semitist bir tutum izleyen Vichy hükümetinin devlet başkanı olarak görev yapmıştır. Savaş sonrasında vatan hainliğinden yargılanarak idam cezasına mahkum edilmiş, ancak yaşı nedeniyle bu ceza müebbet hapse çevrilmiştir. Bkz., “Biography, Marshal Henri Philippe Pétain”, <http://worldatwar.net/biography/p/petain/>, (son yararlanma: 25 Kasım 2004); Alan Parmer, *Dictionary of Twentieth Century History, 1900-1991*, Penguin, 4. Baskı, Londra 1992, s. 325-326.

<sup>70</sup> Bkz., a.g.k., par.12-23.

<sup>71</sup> Bkz., a.g.k., par.53.

<sup>72</sup> Bkz., a.g.k., par.54.

<sup>73</sup> Bkz., a.g.k., par.55-56.

<sup>74</sup> Bkz., a.g.k., par.57.

bu anlamda oluşabilecek zararın derecesini “zaman” ölçütüne göre de değerlendirdiğini ortaya koymaktadır.

Ancak mahkemenin olayların üzerinden uzun zaman geçmesini kararında dikkate alması kanımızca hayli ilginçtir. Nitekim AİHM'nin ve AİHK'nun yukarıda değindiğimiz diğer kararlarında böylesine bir değerlendirme ölçütü görülmemektedir. Bizim düşüncemize göre bu karardaki farklılaşma iki nedenden kaynaklanmaktadır. Birincisi, bu karara konu olan olay Nazi rejimi ile yakın ilişkisi bulunan ve şu anda yaşamayan bir kişiye ilişkindir. Mahkeme bu kişiye tekrar itibarını kazandırmaya yönelik açıklamaların günümüz kamusal yaşamına ciddi anlamda bir zarar vermeyeceğini düşünmüş olabilir. Bu birinci neden ikinci olarak yazıda “dengeleyici ifadeler” kullanılması ile güçlenmektedir. Böylece, yazının özellikle Marşal Pétain'in uygulamalarından dolayı mağdur olmuş kişiler üzerinde yaratabileceği potansiyel zarar sınırlanmış olmaktadır.

## V. NEFRET İÇERİKLİ VE İRKÇİ NİTELİKLİ DÜŞÜNCELERİN AÇIKLANMASINA ARACILIK ETMEK

Konuya ilişkin oldukça önemli bir karar da bir gazetecinin *Danimarka'ya Karşı* yaptığı<sup>75</sup> başvuru sonucunda verilmiştir. Bu başvuru Danimarka'daki göçmenlere ve etnik topluluklara ilişkin çirkin ve aşağılayıcı açıklamalarda bulunan “Yeşil Ceketliler” adlı bir topluluğun üyeleri ile gerçekleştirdiği röportajı Danimarka Radyosu'nda yayınlanan bir gazeteci tarafından yapılmıştır. Yayın sırasında belirtilen topluluk üyelerinin “Bir zenci insan değildir, bir hayvandır, bu diğer bütün yabancı işçileri, Türkleri, Yugoslavları ve her nasıl adlandırılıyorsa, diğerlerini de içine alır” gibi ifadeler<sup>76</sup> kullanmaları nedeni ile başvuran, “Yeşil Ceketliler”i ırkçı görüşlerini beyan etmeye teşvik etmesi ve bunları dengeleyecek herhangi bir karşı görüş olmaksızın yayınlaması nedeniyle Danimarka yasaları uyarınca suçlu bulunmuş ve bu karar temyiz mercî tarafından da onaylanmıştır.

<sup>75</sup> *Jersild Danimarka'ya Karşı*, Başvuru no: 15890/89, 23 Eylül 1994. Belirtilen karar Türkçeye de çevrilmiştir Bkz., *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, Derleyen ve Yorumlayan, Vahit Bıçak, Kararı Türkçeye Çev., Ahmet Yıldız, *Liberal Düşünce Topluluğu*, Ankara 2002, s. 165-187.

<sup>76</sup> Bkz., a.g.k., par. 10.

Bu başvuruya ilişkin olarak AİHM'nin verdiği karar birkaç açıdan çok önemlidir. Öncelikle bu başvuruda ilk kez, Nazi sempatisini görüşler barındıran bir düşünce açıklaması AİHM önünde incelenmiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, bu türdeki düşünce açıklamalarına dayanan başvurular, daha ilk inceleme aşamasında geri çevrilmektedir. Ancak gazeteci Jersild'in başvurusunu diğerlerinden ayıran bir farklılık bulunmaktadır: Burada belirtilen türdeki düşünceler başvuran tarafından dile getirilmemiştir, o yalnızca gazeteci kimliği ile bu görüşlerin açıklanmasına aracılık etmiştir.

Mahkeme bu kararında da yukarıda belirtilen içtihada atıf yapmakta ve Yeşil Ceketlilerin yargılanmalarına neden olan açıklamaların 10. maddenin korumasından kesinlikle yararlanamayacağını yinelemektedir. Ancak mahkeme, başvuranın programı hazırlama şekli bir bütün olarak incelendiğinde aynı durumun bu kişi için söz konusu olmadığını görüleceği düşüncesindedir.<sup>77</sup>

Mahkeme, bir röportaj sırasında başkaları tarafından dile getirilen görüşlerin yayımına destek olduğu için bir gazetecinin cezalandırılmasının kamu yararı olan konuların tartışılmasında basın katkısını büyük oranda engelleyeceği ve bu şekilde davranmayı gerektirecek önemli sebepler olmadıkça bu yola gidilmemesi gerektiği yönündeki düşüncesini açıklamıştır.<sup>78</sup> Bunun, büyük oranda demokrasinin işleyebilmesi için gazeteciliğin özerkliğine verilen önemden ve haberciliğe duyulan saygıdan kaynaklandığı söylenebilir.<sup>79</sup>

Mahkeme ayrıca kitle iletişim araçlarının potansiyel gücüne dikkat çekmiş, görsel ve işitsel araçların yazılı basına göre daha etkili olduğuna değinmiş;<sup>80</sup> ancak bu haber programı bütün olarak incelendiğinde ve objektif bir şekilde değerlendirildiğinde ırkçı görüş ve düşüncelerin propagandasının yapıldığı gibi bir sonuç çıkmayacağına, burada yalnızca ciddi bir kamusal kaygı kaynağı olan bir sorunun çeşitli yönleri ile incelendiğine karar vermiştir.<sup>81</sup>

Ayrıca programın açıkça ırksal nefretin desteklenmesinin ve bir ırkın üstünlüğüne dayalı düşüncelerin ahlak dışılığını, tehlikeliliğini

<sup>77</sup> Bkz., a.g.k., par. 35.

<sup>78</sup> Bkz., a.g.k., par. 35.

<sup>79</sup> Mcgonagle, "Council...", s. 9.

<sup>80</sup> Bkz., a.g.k., par. 31.

<sup>81</sup> Bkz., a.g.k., par. 33.



ve yasa dışılığını yansıtmadığı kabul edilmiştir. Ancak AİHM, ulusal mahkemelerin vurguladığı gibi aşırı görüşlerin dengeleme amacı güdülmeksizin sunulduğu iddiasını da inandırıcı bulmamıştır.<sup>82</sup>

Mahkemenin düşünce açıklamasında hedef alınan kitlenin yapısına önem verdiğini gösteren başka kararları da bulunmaktadır. Örneğin müstehcen ifadeler konusunda AİHS sistemi içerisinde incelenen ilk başvuruya konu olan *Handyside Birleşik Krallığa Karşı*<sup>83</sup> kararında mahkeme, müstehcen nitelikteki açıklamalardan etkilenmeye nispeten daha yatkın bir okuyucu kitlesinin-12, 18 yaş aralığında bulunan çocukların-hedeflenmesini müdahalenin gerekliliğine dayanak olarak görmüştür.<sup>84</sup>

Jersild'in Danimarka'ya karşı yaptığı başvurunun konusunu oluşturan haber programında ise bunun tam tersine, daha az koruma gerektiren, bilgili bir dinleyici topluluğuna yönelik olarak yapılan düşünce açıklamaları söz konusudur. *Otto-Preminger Avusturya'ya Karşı*<sup>85</sup> kararı ayrı tutulmak üzere mahkemenin rıza göstermiş yetişkinlerin bilgilenebilmesine müdahaleyi genel olarak kabul etmediği söylenebilir.<sup>86</sup>

Bu kararda Mahkeme, AİHS'nin 10. maddesini değerlendirirken 1965 tarihli BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi'ni de dikkate almıştır. Bu doğrultuda mahkeme, AİHS'nin 10. maddesinin BM Sözleşmesi ışığında ırk ayrımcılığına karşı korunma hakkını sınırlayacak, azaltacak ya da ortadan kaldıracak biçimde yorumlanmaması gerektiğine dikkat çekmektedir. Ancak iki sözleşme arasında kurulan bağlantı bir özet niteliğinin ötesine geçememiştir.<sup>87</sup>

Sonuç olarak mahkemenin kararı, delillerin müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koymaya yeterli olmadığı, özellikle "başkalarının şerefini ya da haklarını koruma" amacıyla orantılı bulunmadığı yönündedir.<sup>88</sup>

<sup>82</sup> Bkz., a.g.k., par. 34.

<sup>83</sup> *Handyside Birleşik Krallığa Karşı*, Başvuru no: 5493/72, 7 Aralık 1976.

<sup>84</sup> Bkz., a.g.k., par. 52.

<sup>85</sup> *Otto-Preminger Avusturya'ya Karşı*, Başvuru no: 13470/87, 20 Eylül 1994. Kutsal değerlere hakaret ettiği gerekçesi ile bir filme el konulmasının sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiği ileri sürülen bu başvuruda Mahkeme düşünceyi açıklama özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

<sup>86</sup> Prohibition of Incitement to Hatred Act: 1989, *A Review Submission by the National Consultative Committee on Racism and Interculturalism*, Dublin, Ağustos 2001, s. 16.

<sup>87</sup> Mcgonagle, "Wrestling...", s. 11

<sup>88</sup> Bkz., a.g.k., par. 37.

Ancak belirtmek gerekir ki bu karar yediye karşı on iki oyla verilmiştir. Kanımızca karara muhalefet eden üyelerin bulunması şaşırtıcı değildir. Nitekim bu karara kadar bu çeşit ırkçı açıklamalara dayanan başvurular ilk inceleme aşamasında reddedilmiştir. Burada ise başvuruda bulunan kişinin gazeteci kimliğinin ön plana çıktığı görülmektedir. Bu karar, mahkemenin haberlerin ve olayların topluma aktarımına aracılık etmekle görevli basın mensuplarına daha geniş bir özgürlük alanı tanıdığı şeklinde de yorumlanabilir. Nitekim bir karşı oy yazısında şu ifadeler yer almaktadır:<sup>89</sup>

*“Mahkeme, ilk defa geniş bir kişiler topluluğuna “insan olma” keyfiyetini atfetmeyi reddeden ırkçı beyanların yayımına ilişkin bir davayı incelemektedir. ... Yeşil ceketlilerin ‘10. maddenin sağladığı korumadan yararlanamayacakları’ şeklindeki çoğunluk görüşüne katılıyoruz. Aynı şey bu tür ırkçı ifadeleri destekleyici yorumlarıyla ve onaylarıyla yayan gazeteciler için de geçerlidir. Bu sebeple, açıktır ki, basın özgürlüğüyle diğerlerinin hakları arasındaki hassas dengeyi kurmak zordur. Ancak çoğunluk görüşü, gazetecinin özgürlüğüne ırkçı nefretten zarar görenlerin korunması ile karşılaştırıldığında daha fazla ağırlık vermektedir”.*

Bunun yanında başvuru konusu olayda, mahkemenin bu türdeki açıklamaları kabul edilebilir görmesine neden olan dengeleyici ifadelere oldukça sınırlı yer verilmesine karşın çoğunluk görüşünün 10. maddenin ihlali yönünde olmasına da bazı üyeler katılmamıştır. Yargıçlardan Gölcüklü, Russo ve Valticos’un Ortak Karşı Oy Yazısında bu görüşlerini şu ifadelerle açıklamışlardır:<sup>90</sup>

*“Bugün çok sayıda genç insan, hatta nüfusun önemli bir kesimi, hayatın zorlukları, işsizlik ve fakirlik altında kendilerini ezilmiş bulunca, hiçbir ihtiyat payı bırakmadan durumlarını ilişkilendirebilecekleri günah keçileri aramaya aşırı istekli duruma gelmişlerdir; nitekim ki bu önemli bir noktadır, söz konusu yayımdan sorumlu gazeteci, sunduğu görüşlere karşı görüşleri iletmek için hiçbir ciddi girişimde bulunmamıştır ki bu en azından izleyiciler için, eğer etkileri dengelenecekse, yapılması zorunlu olan bir şeydi”.*

Kanımızca nefret içerikli ve ırkçı nitelikli düşünce açıklamalarının hedef aldığı toplulukların onurlarının ve kişilik haklarının saldırılardan korunması için bu gibi haberlerde dengeleyici bazı ifadelerin

<sup>89</sup> Bkz., a.g.k., Yargıçlardan Ryssdal, Bernhardt, Spielmann ve Loizou’nun Ortak Karşı Oy Yazısı.

<sup>90</sup> Bkz., a.g.k., Yargıçlardan Gölcüklü, Russo ve Valticos’un Ortak Karşı Oy Yazısı.

bulunması gerekir. Ancak bu gereklilik açıklamada bulunan kişi için öngörülen ağırlıkta olmamalıdır. Aksi takdirde büyük bir baskı altında kalacak olan gazeteciler, haberciler görevlerini, yani kamusal ilgi uyandıran konularda düşünce ve bilgi iletimini gereği gibi yerine getiremezler. Unutulmamalıdır ki basın özgürlüğüne saygı, gazetecilerin haber yapma teknikleri açısından özgür olmalarını da gerektirmektedir.

Bir başka anlatımla, nefret içerikli açıklamada bulunan kişinin sorumluluğu ile kitle iletişim araçları ile bunları halkın ilgisine sunan habercilerin sorumluluğu birbirinden ayrılmalıdır. Bu durumda habercinin konuya yaklaşımı her olayın özel koşulları dikkate alınarak değerlendirilecek ve amacının kamunun ilgisine bazı konuları sunmak mı, yoksa bu düşüncelerin yayılmasına yardımcı olmak mi olduğu saptanacaktır. Nitekim yukarıda incelenen kararda Mahkemenin çoğunluk görüşü de bu yöndedir.

### Sonuç

Görüldüğü gibi AİHS sisteminde nefret içerikli ve ırkçı nitelikli açıklamalar özellikle de herhangi bir şekilde Nazi ideolojisine yakın görüşler içermesi durumunda düşünceyi açıklama özgürlüğünün koruması dışında kalmaktadır. Bu durum AİHS'nin bireylerin onuruna ve azınlıkların haklarına saygıyı düşünceyi açıklama özgürlüğünden daha üstün bir konuma taşıdığına göstergesidir.

Pek çok kararında “gerçek siyasal demokrasi”nin önemine işaret eden AİHS organları, çoğu zaman sözleşmenin 17. maddesini de değerlendirme kapsamına alarak toplumların bir arada ve barış içerisinde yaşamalarını bozabilecek açıklamaları yasaklamayı haklı bulmuştur.

Bunun yanında bu türdeki ifadelerin sınırlarını çizilebilir halen sorunludur. AİHM ve AİHK kararları ışığında şöyle bir saptamada bulunulabilir: açıkça Nazi ideolojisini destekleyen ifadeler, benzeri bir sistemi tekrar canlandırma isteğini yansıtan sözler ya da bu rejim altında yaşanan zulmü “inkâr” eden açıklamalar kesinlikle AİHS'nin 10. maddesinin koruması dışında kalmaktadır. Belirtmek gerekir ki AİHM'nin tarihsel köklerine sıkı sıkıya bağlılığı ve bu türdeki ifadelerle ilişkin katı ve taviz vermez tutumu kararlarındaki objektifliğini bir ölçüde de olsa etkilemektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi bazı özel durumlarda AİHM'nin bu yaklaşımının değiştiği, yumuşadığı da görülmektedir. Buna göre dengeleyici ifadelerin kullanılması, açıklamanın yapılmasındaki amaç ve doğurduğu sonuçlar da gözetilerek bu türdeki bir ifadenin 10. maddenin 1. fıkrası kapsamı içerisinde görülmesini sağlayabilir. Aynı doğrultuda AİHS sistemi, gazetecilere ve gazetecilik mesleğine de özel önem vermekte ve bu kapsamda kamuyu bilgilendirmek için nefret içerikli ve ırkçı nitelikli açıklamaların yapılmasına aracılık etmeyi düşüncüyü açıklama özgürlüğünün bir parçası olarak değerlendirmektedir. Ancak bunların, mahkemenin objektifliğine ilişkin belirttiğimiz sorunu ortadan kaldırıp kaldırmadığı kanımızca halen tartışmaya açıktır.

### KAYNAKÇA

- Akın, İlhan F., *Kamu Hukuku*, İÜY no: 1983, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974.
- Alan Parmer, *Dictionary of Twentieth Century History 1900-1991*, Penguin, 4. Baskı, Londra 1992.
- Angove, Robert, *Holocaust Denial and Professional History-Writing*, University of Saskatchewan, Saskatoon 2005.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, Derleyen ve Yorumlayan: Vahit Bıçak, Kararı Türkçe'ye Çev., Ahmet Yıldız, *Liberal Düşünce Topluluğu*, Ankara 2002.
- Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat)*, Çev., Durmuş Tezcan, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2002.
- Balibar, Etienne, "Bir 'Yeni Irkçılık' Var mı?", Balibar, Wallerstein, *İrk, Ulus, Sınıf (Belirsiz Kimlikler)*, Çev., Nazlı Ökten, Metis, 3. Baskı, İstanbul 2000.
- Barendt, Eric, *Freedom of Speech*, 2. Baskı, Oxford, New York 2005.
- "Biography, Marshal Henri Philippe Pétain", <http://worldatwar.net/biography/p/petain/>, (son yararlanma: 25 Kasım 2004).

- Brink, David O., "Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech", *Legal Theory*, S. 7, Y. 2001, s. 119-157.
- Burbaker, Stanley C., *The Encyclopedia of Democracy*, haz. Seymour Martin Lipset, C. 2, Routledge, Londra 1995.
- Cohen-Almagor, Raphael, *İfade, Medya ve Etik*, çev. Nihat Şad, Phoenix Yayınevi, Ankara 2002.
- Downs, Donald A., Nelson Samuel, *The Encyclopedia of Democracy*, haz. Martin Lipset, C. 1, Routledge, Londra 1995.
- Gözübüyük, Şeref; Gölcüklü, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan, 6. Baskı, Ankara 2004.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğünün Sınırları", *AÜS-BFD*, S.57/2, Nisan-Haziran 2002, s. 17-40.
- Jacobs, Francis G.; White, Robin C. A., *The European Convention On Human Rights*, 2. Baskı, Oxford, New York 1996.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, İmge, Ankara 2002.
- Kretzmer, David, "Freedom of Speech and Racism", *Cardoza Law Review*, S. 8, Y. 1987.
- Lerner, Natan, "International Definitions of Incitement to Racial Hatred", *New York Law Forum*, S. 14, Y. 1968, s. 49-59.
- Lester Anthony, "Freedom of Expression", *The European System for the Protection of Human Rights*, haz. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, Martinus Nijhoff Publishers, Hollanda 1993.
- Mcgonagle, Tarlach, "Council of Europe Approaches and Legal Developments Under The European Convention on Human Rights", *Combating Racially Motivated Crime and Hate Crimes Through Legislation, Roundtable Discussion*, Dublin Castle, 8 Haziran 2005, 35 s.
- Mcgonagle, Tarlach, "Protection of Human Dignity, Distrubition of Racist Content (Hate Speech)", Institute for Information Law, Faculty of Law, University of Amsterdam, <http://www.ivir.nl/publications/mcgonagle/humandignity.html>, (son yararlanma: 27 Kasım 2004).

Mcgonagle, Tarlach, "Wresting (Racial) Equality From Tolrance of Hate Speech, <http://www.ivir.nl/publications/mcgonagle/DULJ-hatespeech.pdf> (son yararlanma:15 Ekim 2005). Bu makale ayrıca aynı adla *Dublin University Law Journal*, S. 21, s. 21-54'de de yayınlanmıştır.

Miller, David; Coleman, Janet; Conolly, William; Ryan, Alan, *Blackwell'in Siyasal Düşünce Ansiklopedisi*, çev. Bülent Peker, Nevzat Kırac, Ümit Yayıncılık, Ankara 1994.

Mosse, George L., *Encyclopedia of the Holocaust*, C. 3, haz. Israel Gutman, Macmillan, New York-Londra 1990.

Özbudun, Ergun, Güriz, Adnan, Toroslu, Nevzat, "Türkiye Bilimler Akademisi Düşünce Hürriyeti Hakkında Rapor, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Ocak 1995, C. 3, S. 1.

*Prohibition of Incitement to Hatred Act: 1989, A Review Submission by the National Consultative Committee on Racism and Interculturalism*, Dublin, Ağustos 2001, 31 s.

Robert Eaglestone, *Postmodernizm ve Holocaust'un İnkâr Edilmesi*, Çev., Ebru Kılıç, İstanbul 2002.

Rosenfeld, Michel, "Hate Speech in Constitutioanla Jurisprudence: A Comparative Analysis", *Cardozo Law Review*, C. 24, S. 4, Y. 2003, s. 1523-1567. Ayrıca aynı kaynak için bkz. <http://www.cardozo.yu.edu/cardlrev/pdf/244Rosenfeld.pdf> (son yararlanma: 10 Eylül 2005).

Sadurski, Wojciech, *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, Çev., M. Bahattin Seçilmişoğlu, LDT, Ankara 2002. Trager, Robert, Dickerson Dona L., *21. Yüzyılda İfade Hürriyeti*, Çev., A. Nuri Yurdusev, LDT, Ankara 2003.

*Silenced*, An Innernational Report On Censorship and Control of The Internet, Eylül 2003, <http://www.privacyinternational.org/survey/cencorship>, (son yararlanma: 5 Haziran 2004).

Smith, Craig S., "Free Speech and Hate Speech: French Ruling Roils The Waters", *New York Times*, (Late Edition(East Coast)), 27 Haziran 2005.

Şenel, Alâeddin, *Irk ve Irkçılık Düşüncesi*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 1984.

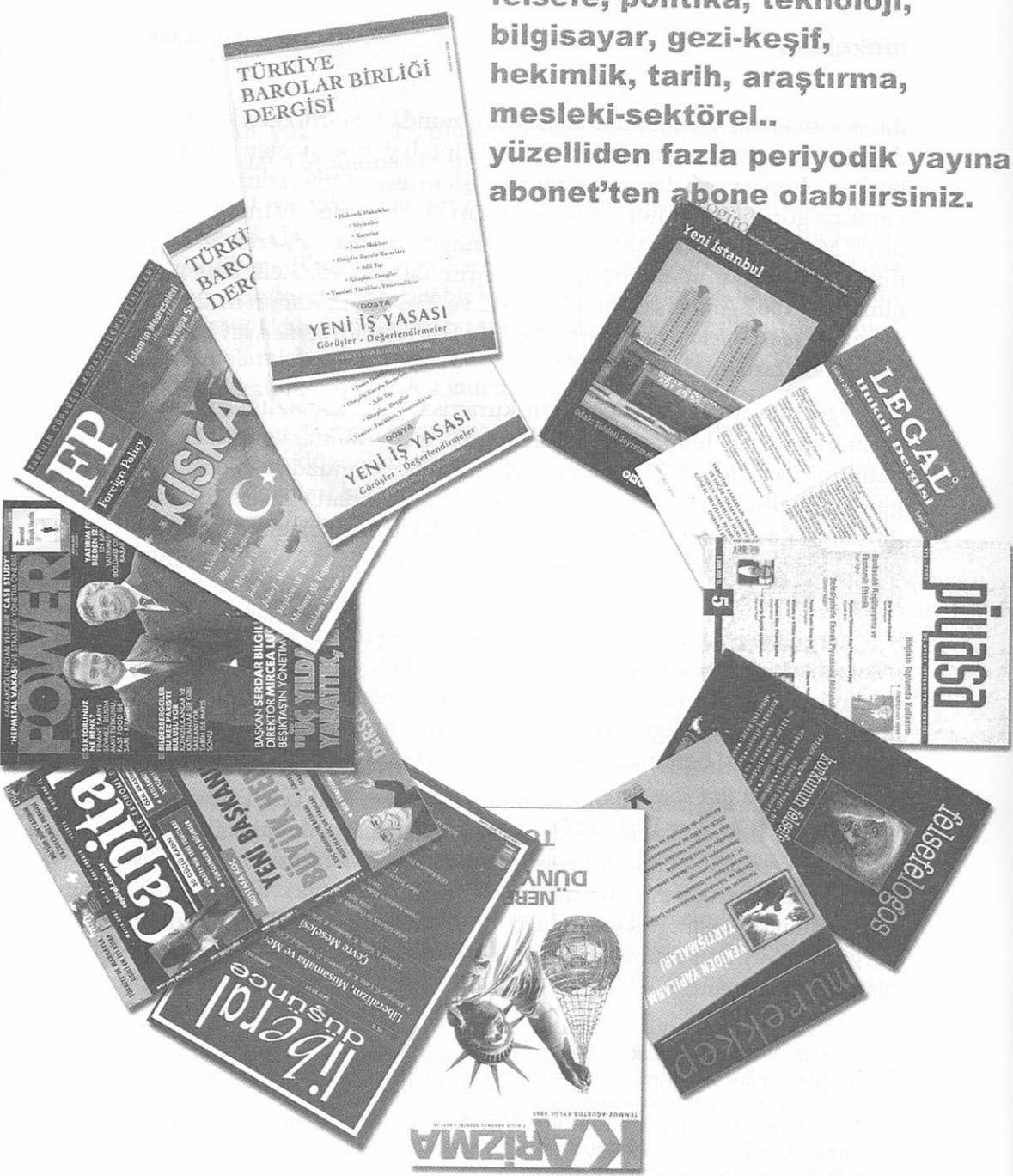
Ünal, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları no: 89, Ankara 2001.

Vural, Hasan Saim, *Avrupa'da Radikal Sağın Yükselişi*, İletişim, İstanbul 2005.

Wolf, Chris, "Hate on the Internet", Doug Isenberg, *The Giga Law (Guide to Internet LAw)*, Random House, ABD 2002.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve Komisyonunun çalışmamız içerisinde yararlanılan bütün kararlarına bu kuruluşun resmi internet sitesi aracılığı ile ulaşılmıştır. Bkz. <http://echr.coe.int>

felsefe, politika, teknoloji,  
bilgisayar, gezi-keşif,  
hekimlik, tarih, araştırma,  
mesleki-sektörel..  
yüzelliden fazla periyodik yayına  
abonet'ten abone olabilirsiniz.



# abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net



# TÜRKİYE’DE İSTİSNA HÂLİ, TERÖR VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ\*

Zühtü ARSLAN\*\*

11 Eylül 2001 terör saldırılarından sonra, bazılarının göre, dünya “*terörizm çağı*” olarak nitelenen yeni bir siyasi döneme girdi. Bu dönemde demokratik devletlerin en büyük sınavı, hukuk düzeni içinde kalarak ve bireysel özgürlükleri ihlal etmeyerek terör tehdidiyle mücadele edebilmektir. Ancak bu sınavdan başarıyla geçmek kolay görünmüyor. Terörün geçici ve arızı bir durum olmaktan çıkıp adeta süreklileşmesi, beraberinde terör gerekçesiyle tesis edilen istisna hâlinin süreklileşmesini ve normalleşmesini getirmektedir. İstisna hâli de temel hak ve özgürlükleri keyfi bir şekilde sınırlandıran otoriter siyasi uygulamaları haklılaştırıcı bir işlev görmektedir. Terörün yarattığı olağanüstülükten en fazla etkilenen özgürlük hiç kuşkusuz ifade özgürlüğüdür. Korkunun iktidarda olduğu zor zamanlarda “*farklı*” ve “*aykırı*” kabul edilen seslerin susturulması kolayca popüler destek bulabilmektedir. Peki, ifade özgürlüğüne yönelik aşırı sınırlandırmalar, güvenliği sağlamada ve terörle mücadelede etkili bir yol mudur? Terörü ve şiddeti övmeyen, halkı isyana veya ayaklanmaya çağırmayan, kin ve düşmanlığa sürüklemeyen ifadelerin cezalandırılması neye hizmet etmektedir?

Bu makale, bu ve benzeri soruları cevaplamayı amaçlamaktadır. Makale iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde istisna hâlinin kavramsal çerçevesi ve istisnanın kurallaştırılması, olağanüstünün

\* Bu makale, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi ile İnsan Hakları Ortak Platformu (İHOP) tarafından 30 Kasım- 2 Aralık 2006 tarihleri arasında düzenlenen “İfade Özgürlüğü: İlkeler ve Türkiye” başlıklı uluslararası sempozyumda sunulan bildirinin genişletilmiş halidir.

\*\* Doç. Dr., P.A. Güvenlik Bilimleri Fakültesi Anayasa Hukuku öğretim üyesi.

olağanlaştırılması sürecinde kullanılan iktidar teknikleri üzerinde durulacaktır. Bu iktidar tekniklerinin incelenmesi 11 Eylül sonrasında içinde bulunduğumuz durumun analizinde yararlı olacaktır. İkinci bölümde ise Türkiye’de ifade özgürlüğünün güvenlik ve terörle mücadele gerekçeleriyle sınırlandırılması ele alınacaktır. Bu noktada özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatları ışığında Türkiye’deki ifade özgürlüğü sorununun siyasal/hukuksal boyutları üzerine değerlendirmeler yapılacaktır. Diğer yandan, Terörle Mücadele Kanunu’nda yapılan son değişikliklerin ifade özgürlüğü konusunda getirdiği sorunlar tartışılacaktır. Sonuç kısmında ise istisna hâlinde ifade özgürlüğünün neden korunması gerektiğine dair bazı tespitlere yer verilecektir.

## 1. İSTİSNA HÂLİNİN SÜREKLİLEŞMESİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

### 1. 1. İstisna Hâli, Terör ve Düşük Yoğunluklu Demokrasi

Hukukun ve yargı düzeninin kısmen veya tamamen askıya alındığı dönemler istisna hâli olarak nitelendirilmektedir. Kavramı tarihselliği içinde ele alıp teorize eden Giorgio Agamben’e göre, istisna hâli giderek “*yönetimin hâkim paradigması*” haline gelmektedir. İstisna hâlinin süreklileştirilmesi, demokratik rejimler dahil, modern siyasal rejimlerin en önemli karakteristiği olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>1</sup> Ancak bu durum yeni değildir. Nazi Almanyasının uygulamalarına gönderme yapan Walter Benjamin 1940’lı yıllarda şöyle yazıyordu: “ezilenlerin geleneği bize içinde yaşadığımız “*istisna hâli*”nin istisna değil, kural olduğunu öğretmiştir”.<sup>2</sup> Aynı şekilde, Herbert Marcuse soğuk savaş yıllarında içinde yaşadığı toplumun “*olağanüstü durumda bulunduğunu ve bunun olayların normal hâli olmaya başladığını*” söylemekteydi.<sup>3</sup>

Terörizm istisna durumunu yaratan en önemli faktörlerden biridir. Terör olaylarının artması sonucu toplumsal düzeni ve bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla geçici ve hukuka uygun

<sup>1</sup> Giorgio Agamben, *State of Exception*, trans. K. Attell, (Chicago The University of Chicago Press, 2005), s.2, 4.

<sup>2</sup> Walter Benjamin, “Theses on the Philosophy of History”, in *Illuminations*, (New York Schocken, 1969), s.257.

<sup>3</sup> Herbert Marcuse, “Repressive Tolerance”, in Paul Connerton (ed.), *Critical Sociology*, (New York Penguin, 1976), s.320.

olağanüstü tedbirlerin alınabileceği kabul edilmektedir. Burada geçicilik ve hukuka uygunluk şartları önemlidir. Olağanüstünün olağanlaştırılması, terörün ve onla mücadelenin süreklileştirilmesi temel haklar bakımından en önemli tehlikeyi oluşturmaktadır.

İstisna hali, varlığını borçlu olduğu dost-düşman ayrımının yeni şartlar altında yeniden üretilmesi ile süreklileştirilmektedir. 11 Eylül sonrasında “küresel terör” tehdidi altında liberal demokrasiler “düşman”la mücadele için özgürlükler alanını daraltmışlar, olağanüstü hâl ilan etmeden günlük yaşamı olağandıışılaştırmışlardır. “Küresel terör” karşısında tırmanışa geçen “küresel ulusalcılık” toplumun dışında olanı, dışarıdan geleni, farklı olanı, kısacası “öteki”ni kolayca “düşman”a dönüştürmüştür. Bu bağlamda baskıcı siyasal kararlarla kitlelerin “ulusalcı” refleksleri arasında karşılıklı bir ilişkinin olduğu söylenebilir. Burada en önemli faktör korkudur. Terör korkusu çok kolayca toplumsal ve siyasal paranoyaya dönüşebilmektedir. Korkunun kaynağının gerçek ya da kurgusal olup olmaması da çok önemli değildir. Önemli ve belirleyici olan algılamadır. İktidarın çoğu kez istisnai durumun süreklileştirilmesi amacıyla kullandığı ve topluma sistematik bir şekilde pompaladığı korku, sonuçta geniş kitlelerin baskıcı politikalara destek vermesine, dolayısıyla bu kararların meşrulaştırılmasına hizmet etmektedir.

Diğer yandan, terörün yarattığı istisna halinin meşrulaştırılmasında sembol ve retorikğin de önemli bir işleve sahip olduğu bilinmektedir. ABD’de 11 Eylül sonrasında sivil özgürlükleri sınırlamak için çıkarılan Vatansever(lik) Kanunu (Patriot Act) bunun tipik bir örneğidir. Kanunun isminin “vatansever” olarak belirlenmesi, bu kanunu ihlal ettiği ileri sürülen kişilerin doğal olarak “vatansever” olmadığı, hatta “vatan haini” olduğu imasını beraberinde getirmektedir. Esasen bu bilinçli olarak seçilmiş bir isimdir. Aynı şekilde Terörle Mücadele Kanunları da olağanüstü durumlarda alınabilecek tedbirlerin olağan dönemde geçerli bir yasaya taşınması ve bu tedbirlerin süreklileştirilmesi anlamına gelebilmektedir. Bunun arkasında terörün geçici değil devamlı bir tehdit olduğu düşüncesi vardır.<sup>4</sup> Gerçekten de terör konu-

<sup>4</sup> Nitekim Adalet Bakanı Cemil Çiçek Terörle Mücadele Yasasında değişiklik yapan yasa tasarısının Meclis Genel Kurulu’nda görüşülmesi sırasında yaptığı konuşmada bu terör tehdidinin sürekliliğine dikkat çekmiştir. Adalet Bakanına göre “terör, devam eden bir süreç, dinamik bir olgu, bugün bu şekilde yarın başka bir şekilde, bugün bu örgüt altında yarın başka bir örgüt altında varlığını sürdüren bir olgu”dur.

sundaki paradigma değişmiş, yeni paradigmada terör geçici, arızı ve yersel olmaktan çıkarılarak daimi, aslî ve evrensel bir tehdit haline getirilmiştir. Her yönüyle şiddeti yücelten ve sorunların tek çözümü olarak şiddeti gören bu yeni paradigma, özgürlüklerin kısıtlandığı “*düşük yoğunluklu demokrasi*” uygulamasını doğurmuştur.

İstisnayı süreklileştirmenin bir diğer yolu da *yedekleme* diyebileceğimiz tekniktir. İfade özgürlüğünü yasaklayan her bir maddenin adeta bir yedeği vardır. Birisi tartışılıp yürürlükten kaldırıldığında ya da etkisizleştirildiğinde diğeri hemen devreye girebiliyor. Böylece bir maddenin kaldırılması ya da ıslahı geçici bir rahatlama temin ederken yeni bir kriz dalgası ile uykuda kalan maddeler uyandırılıyor ve uygulanmaya başlıyor. Türkiye’de 1991’e kadar TCK’nın 141, 142 ve 163. maddeleri ifade özgürlüğünü sınırlandırmada sıkça kullanılan hükümlerdi. Berlin Duvarı ve ardından Sovyetler Birliği yıkılınca bu maddelere ihtiyaç kalmadı. Ancak, bu kez iki cepheli bir kuşatma başladı. Bir yandan eski TCK’nın 312. maddesi, diğer yandan da TMK’nın 8. maddesi devreye girdi. Birincisi 216. maddede kamu düzeni için “açık ve yakın tehlike” teşkil etmesi şartıyla ifadeyi suç sayan bir madde olarak yeni TCK’daki yerini devam ettirmektedir. İkincisi ise 2003 yılında ilga edilmiştir. TCK’daki değişiklikler sonrasında 216. madde daha az kullanılabilir bir madde haline gelirken, eski 159. maddenin değişik hali olan 301. maddenin yıldızının parladığı görülmektedir. Bu arada kaldırılan TMK 8. madde arka kapıdan hem TCK’ya hem de son değişikliklerle kısmen Terörle Mücadele Kanununa girmiştir.

## 1. 2. İfade Özgürlüğünü Spinoza Üzerinden Okumak

Devletin varlığına ve bekasına yönelik tehdit söz konusu olduğunda diğer hak ve özgürlüklerin yanında düşünce ve ifade özgürlüğü de ciddi ihlallere maruz kalabilmektedir. Ulus devletler, “*milli güvenlik*” ve “*toprak bütünlüğü*” nün korunması gibi gerekçelerle bazı düşüncelerin farklı araçlarla ifadesine sınırlamalar getirebilmekte, hatta bu sınırlamaları yargısal denetim dışına dahi çıkarabilmektedirler. Burada birisi genel diğeri de özel olmak üzere iki temel amacın gözetildiği söylenebilir. Genelde istisnaya karar veren egemenin “*doğru*” olarak

---

Bkz., *Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, Dönem 22, Yasama Yılı 4, Cilt 126, 122. Birleşim, 29 Haziran 2006. <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil4/bas/b122m.htm>

sunduğu düşünce ve politikaların dışında düşünenlerin ve düşüncelerinin palazlanmasını engellemek, özelde ise istisna hâlinin varlık nedeni olarak sunulan dost/düşman ayırımına dair egemen söylemin, dolayısıyla istisna hâlinin meşruluğunun sorgulanmasına mani olmak amaçlanmaktadır.

Aslında ifade özgürlüğünü keyfi şekilde sınırlandırmanın devletin güvenliği ve bekasına hizmet ettiği düşüncesi tartışmaya açıktır. Bunu Spinoza'nın yaklaşık üç yüz yıl elli yıl önce ifade ettiği düşünceleri üzerinden açıklayabiliriz. Spinoza, bireylerin düşünme ve yargıda bulunma doğal haklarını hiç kimseye gönüllü olarak devretmeyeceğini ve egemenin bu yönde bireyleri zorlayamayacağını belirtir. Zihinleri kontrol etmeye çalışan yönetimlerin bu yaptıkları tiranca bir davranıştır. Bireylere neyin doğru neyin yanlış olduğunu, dolayısıyla hangi düşüncenin kabul edilip hangisinin reddedilmesi gerektiğini dayatmak egemenliğin istismarı ve uyrukların haklarının gaspı demektir.<sup>5</sup> Spinoza'ya göre, "herkes kendi düşüncesinin efendisi olma doğal hakkı"na sahip olduğu için, insanların birbirinden farklı ve karşıt düşünceler taşımalarını engelleyip, onları egemen gücün istediği yönde konuşmaya zorlamak tehlikeli sonuçlar doğuracaktır.<sup>6</sup>

Bu durum, devletin varoluş misyonunun da gereğidir. Devletin nihai amacı kişileri "korku yoluyla yönetmek veya sınırlamak ya da itaate zorlamak değil, aksine herkesi mümkün olan her türlü güvenlik içinde yaşamaları için korkudan azade kılmak"tır. Aynı şekilde, devletin amacı bireyleri kendi başlarına karar verebilen rasyonel varlıklar olmaktan çıkarıp, onları iradesiz kuklalara veya hayvanlara dönüştürmek de değildir. Spinoza'ya göre "devletin gerçek amacı özgürlüktür".<sup>7</sup>

Spinoza, egemenin yasalar yoluyla bazı düşünceleri yasaklamasının devletin bu temel amacına hizmet etmediğini de açıkça savunmaktadır. Yasaklar bir yandan ikiyüzlü, maskeli, dalkavuk ve yağcı kişilerin çoğalması ve toplumu yozlaştırması, diğer yandan da dürüst

<sup>5</sup> Benedict De Spinoza, *A Theologico-Political Treatise and A Political Treatise*, trans. R. H. M. Elwes, (New York Dover Publications, 1951), s. 257. Spinoza'nın siyaset üzerine iki temel denemesini içeren bu yapıtı kısmen Türkçe'ye çevrilmiştir. Bkz., Spinoza, *Siyaset Üzerine (Seçmeler)*, Çev. A. Timurçin, (İstanbul Morpa Kültür Yayınları, 2004); Spinoza, *Tractatus Politicus*, Çev. M. Erşen, (Ankara Dost Kitabevi, 2007).

<sup>6</sup> Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, s. 258.

<sup>7</sup> Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, ss. 258-259.

ve samimi kişilerin yönetime muhalefet etmesi sonucunu beraberinde getirecektir. Spinoza, herkesin aynı şekilde düşünmesini sağlamaya çalışmanın boşuna bir uğraş olduğunu, zira egemenlerin ifade özgürlüğünü sınırlama girişimlerinin daha kararlı bir dirençle karşılaşacağını ve en önemlisi bu direncin sıradan insanlardan değil, “iyi eğitim, sağlam ahlâk ve erdemini kendilerini daha özgür kıldığı kişiler” tarafından gösterileceğini savunmuştur.<sup>8</sup> O, insan doğasından hareketle, ifadeye yönelik yasakların suçluları ıslah etmekten ve kötülerini caydırmaktan ziyade, düşüncesini her türlü riske rağmen ifadeden kaçınmayan dürüst ve zihni açık insanları etkilediğini/rahatsız ettiğini ve sonuçta bu yasakların devlete büyük zarar verdiklerini vurgulamıştır.<sup>9</sup> Ayrıca, ifadeyi yasaklayan yasaların ne kadar “ *faydasız*” olduğunu da Spinoza şu sözlerle ifade etmiştir:

*“Bu tür yasalar hemen her zaman faydasızdır, çünkü yasaklanan düşüncelerin doğru olduğuna inananların yasakçı kanuna uymaları mümkün değildir. Bu düşünceleri yanlış sayarak zaten kabul etmeyenler ise kanunu bir çeşit imtiyaz olarak görürler ve bunla öylesine böbürlenirler ki, iktidardakiler daha sonra isteseler bile bu kanunu yürürlükten kaldırma gücünü kendilerinde bulamazlar.”<sup>10</sup>*

Spinoza, “devletin bekası” gibi gerekçelerle ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını da pek faydalı görmez. Bu tezini desteklemek için Spinoza, yaşadığı dönemin Amsterdam’ını örnek gösterir ve bu şehirde farklı inanç ve düşüncelere sahip insanların hoşgörü ve barış içerisinde birlikte yaşadıklarını, mahkemelerde kişilerin inanç ve düşüncelerinin ayrımcılık nedeni olmadığını belirtir. Bu nedenle, “gerçekte barışın asıl bozuncuları, özgür bir devlette üzerinde tiranlık kuramadıkları kanaat (yarğı) özgürlüğünü kısıtlamaya çalışanlardır”.<sup>11</sup> Kısacası, Spinoza’ya göre, “devlet(in bekası) için en güvenli yol... herkesin dilediği gibi düşünme ve düşündüklerini ifade etme özgürlüğü”ne sahip olmasıdır.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, ss. 261-262.

<sup>9</sup> Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, s. 262.

<sup>10</sup> Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, s. 262. Spinoza, bu sözlerinin devamında, bir kişinin farklı düşüncelerini saklamayıp dile getirdiği için, adeta suçlular gibi, sürgüne gönderilmesinin ve hiçbir suç işlememiş ve kötülükte bulunmamış bir aydının “düşman” görülmesinin bir devlet için ne büyük talihsizlik ve zarar verici durum olduğunu vurgulamıştır. Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, s. 263.

<sup>11</sup> Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, s. 264.

<sup>12</sup> Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, s. 265.

Bununla birlikte, ifade özgürlüğü sınırsız da değildir. Spinoza, burada bir düşünceyi savunmakla, kamu düzenini bozacak ve yasalara itaatsizliğe, isyan ve ayaklanmaya teşvik niteliğindeki davranışlar arasında açık bir ayırım yapar. Ona göre, bir yasanın adil olmadığını ve kaldırılması gerektiğini savunabilirsiniz, ancak bu yasaya itaatsizlik edemezsiniz ve ona isyanı teşvik edici mahiyette bir davranış içinde bulunamazsınız.<sup>13</sup>

Spinoza'dan bu güne ifade özgürlüğü konusunda hem istisna hâlinde hem de normal durumlarda en çok tartışılan husus, bu özgürlüğün sınırlandırılmasıdır. Şimdi, sınırlama sorununu Türkiye tecrübesinden hareketle ele alabiliriz.

## 2. TÜRKİYE TECRÜBESİ

### 2. 1. İfade Özgürlüğü İhlallerinin Genel Manzarası

Türkiye'de ifade özgürlüğü sürekli tartışılan bir mesele olmuştur. Bunun nedeni liberalleşme ve demokratikleşme sürecinin tamamlanmamış olmasıdır. Bu da doğrudan Devlete ve siyasal rejime yönelik tehdit algılamasının süreklileştirilmesinden kaynaklanmaktadır. Tehdit algılamasının sürekliliği beraberinde ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamaları, bu kısıtlamalar da her dönemde yeni bir ceza maddesinin tartışılmasını getirmektedir.

Aslında bu problemi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin Türkiye hakkında verdiği ihlal kararlarını dikkate alarak da ortaya koyabiliriz. AİHM'nin ifade özgürlüğü ile ilgili olarak 1999-2006 yılları arasında verdiği toplam 205 ihlal kararından 125'i Türkiye aleyhinedir. Bu rakam 10.maddeyle ilgili ihlal kararlarının %61'ine tekabül etmektedir. AİHM 2005 yılında ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle toplam 50 karar vermiştir. Bunun 39'u (yaklaşık %80'i) Türkiye hakkındadır. 2006 yılı içinde ise ifade özgürlüğüyle ilgili olarak verdiği toplam 62 ihlal kararından 35'i Türkiye'ye aittir.<sup>14</sup>

Türkiye hakkında verilen ihlâl kararlarının çok büyük bir kısmı Türk Ceza Kanunu'nun eski 312. maddesinden veya Terörle Mücadele Kanunu'nun 2003 yılında ilga edilen 8. maddesinden kaynaklanan

<sup>13</sup> Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, ss. 259-260.

<sup>14</sup> Rakamlar için bkz., [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

mahkûmiyet kararlarına dayanmaktadır. 312. maddede ifade özgürlüğünü korumaya yönelik adımların atılmış olması ve TMK'nın 8. maddesinin ilga edilmiş olması önümüzdeki dönemde ifade özgürlüğünden dolayı ihlal kararlarının düşebileceği ihtimalini akla getirebilir. Ancak bu maddelerden doğan "boşluğun" yeni maddelerle doldurulması, bilhassa TCK 301'den dolayı çok sayıda dava açılması ve TMK'da ifade özgürlüğünü sınırlandıran değişikliklerin yapılmış olması bu iyimserliği gölgelemektedir.

## 2. 2. AİHM'nin Türkiye ile ilgili kararlarında ifade özgürlüğü ve Terör

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğünü demokratik toplumun temeli olarak görmekte ve bu özgürlüğün devleti ve toplumun bir kesimini şoke edici söz ve haberleri de kapsadığını sürekli vurgulamaktadır. Diğer yandan Mahkeme, bu özgürlüğün sınırsız olmadığını, Devletlerin 10. madde-deki meşru amaçlara dayanarak yasal yollarla yaptıkları sınırlamaların demokratik toplumda zorunlu olması durumunda, başka bir ifadeyle "zorlayıcı bir toplumsal gereksinimi" karşılamaya matuf ve orantılı olması şartıyla, ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilirliğini kabul etmektedir. Bu bağlamda şiddet ve terör ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişki konusunda Strasbourg Mahkemesi'nin içtihatlarında ortaya çıkan temel esasları/eğilimleri kısaca açıklamakta fayda görüyorum.

### a. Olağanüstü rejim altında yapılan sınırlamaların gerekçeli ve yargıya açık olması gerekmektedir.

İstisna hâlinin en önemli özelliklerinden biri, tehdit gerekçesiyle yargısal koruma mekanizmasının askıya alınabilmesidir. 1982 Anayasası'nın 148. maddesine göre "olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz." Bu hüküm hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmayacak şekilde, yargının paranteze alındığı bir siyasi rejimi doğurabilmektedir. Nitekim bu tür kanun hükmünde kararnameler idari makamlara hak ve özgürlükleri sınırlandırma konusunda yargısal denetime tâbi olmayan geniş bir yetki alanı bırakmaktadır.



285 sayılı “Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin 425 sayılı KHK ile yeniden düzenlenen 7. maddesi, diğer temel hak ve özgürlükler yanında, ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlayıcı işlemlerin yargı denetimi dışında bırakılmasını sağlamıştır. 7. maddede “Bu Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz” denmektedir.

285 sayılı KHK'nin değişik 7. maddesiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi iki karar verdi. 1991/1 sayılı ilk kararında Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 148. maddesine dayanarak yetkisizlik kararı vermiştir. Ancak, Mahkeme olağanüstü yönetimin hukuka bağlı olması konusunda önemli tespitler yapmıştır. Mahkeme demokrasilerde olağanüstü rejimlerle hukuk arasındaki ilişkiyi şu şekilde formüle etmiştir:

*“Demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi bir yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa’da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdüren rejimlerdir. Ayrıca, olağanüstü hal yönetimlerinin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır. Bu nedenle olağanüstü yönetim usulleri yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın, demokrasilerde sonuçta bir “hukuk rejimi”dir.”<sup>15</sup>*

Anayasa Mahkemesi, teknik hukuk açısından, olağanüstü KHK'lerin hangi durumda denetlenip denetlenmeyeceğine dair ilkeyi de şu şekilde belirlemiştir: “Anayasa'nın 148. maddesinin biçim ve öz yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi dışında tuttuğu KHK'ler “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” çıkartılan KHK'lerdir. Anayasa Mahkemesi'nin çıkartılan bir olağanüstü hal KHK'sinin bu niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemesi ve eğer bu niteliği taşımıyorsa uygunluk denetimini yapması zorunludur.”<sup>16</sup>

<sup>15</sup> E. 1990/25, K. 1991/1, K. T. 10.1.1991, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi* (AMKD), Sayı 27/1, ss. 92-93.

<sup>16</sup> AMKD, Sayı 27/1, s.100. Mahkeme bu görüşünü şu sözlerle daha da açmıştır: “Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya uygunluk denetimi için önüne getirilen ve yasama veya yürütme organı tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemin hukuksal nitelemesini yapmak zorundadır. Çünkü, Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi “olağanüstü hal KHK'si” adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir

Anayasa Mahkemesi, bu ilkeyi uygulayarak, 425 sayılı olağanüstü KHK ile getirilen bazı maddeleri iptal etmiş, ancak 7. maddeye ilişkin olarak yetkisizlik kararı vermiştir. Mahkeme bu konudaki kararını şöyle temellendirmiştir:

*“Bu hükmü hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırabilmek olanağı yoktur. Anayasa’nın 125. maddesinin yedinci fıkrası olağanüstü yönetimlerde yasanın yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabileceğini belirtmektedir. Bu hükmün karşıt anlamından olağanüstü yönetim usullerinde dahi iptal davası açılmasını engellemeyeceği anlaşılmaktadır. Olağanüstü hal bir keyfilik ve denetimsizlik yönetimi değildir. Olağanüstü yönetimlerde yetkili makamların yaptıkları bireysel ve düzenleyici işlemlerin idari yargı denetimine bağlı olması gerektiğinden kuşku duyulamaz. Özgürlükçü demokratik düzeni benimsemiş ülkelerde bunun tersi düşünülemez. Ancak, bu madde 2935 sayılı Olağanüstü Hal Yasası’nda değil yalnızca Olağanüstü Hal Bölgesi için çıkarılmış olan 285 sayılı Olağanüstü Hal KHK’sinde değişiklikler yapılmıştır ve Anayasa’nın 121. maddesinin üçüncü fıkrasında çıkarılabileceği ve 148. maddesinde biçim ve öz yönlerinden Anayasa’ya aykırılığı savıyla Anayasa Mahkemesi’ne dava açılmayacağı öngörülen KHK kuralı niteliğindedir. Bu nedenle, bu maddeye yönelik iptal isteminin yetkisizlik nedeniyle reddi gerekir.”<sup>17</sup>*

Anayasa Mahkemesi’nin bu sözleri, AİHM’nin Özgür Gündem gazetesinin OHAL Bölgesinde basımının ve dağıtılmasının yasaklanmasını ifade özgürlüğünün ihlali olarak gördüğü Çetin ve diğ.leri/Türkiye kararında kullanılan önemli dayanaklardan birini teşkil etmiştir.<sup>18</sup>

2003/42 sayılı ikinci kararıyla Anayasa Mahkemesi bu maddeyi iptal etmiştir. Mahkeme, 5’e karşı 6 oyla verdiği kararda ise yargı yolunun kapatılmasının Anayasa’nın olağanüstü yönetimler için öngörmediği bir durum olduğunu, dolayısıyla itiraz konusu kuralın olağanüstü değil, olağan KHK sayılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme esasa ilişkin incelemesinde de 285 sayılı KHK’nin değişik 7. maddesinin Anayasa’nın 91. maddesine uygun olarak bir yetki kanu-

---

“olağanüstü hal KHK’si” niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa’ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. Anayasa’nın 148. maddesi yalnızca olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde olan düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluk denetimine bağlı tutulmalarına engel oluşturur.” AMKD, Sayı 27/1, s.102.

<sup>17</sup> AMKD, Sayı 27/1, s.108.

<sup>18</sup> Bkz., Çetin ve diğ.leri/Türkiye, (Başvuru No: 40153/98, 40160/98), par.61.

nuna dayanmadığını ileri sürerek iptaline karar vermiştir.<sup>19</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, mahkemenin aktivizmi, hukuk devleti anlayışı, temel haklar duyarlılığı gibi açılardan tartışılabilir olsa da, pratik sonuçları bakımından etkisiz bir karardır. Zira OHAL kaldırıldıktan yaklaşık 7 ay sonra verilen bir kararın pratik sonuçlarından ve faydalarından bahsedilemez. Anayasa Mahkemesi, 1991 yılındaki ilk kararında yetkisizlik yerine iptal kararı vermiş olsaydı AİHM önündeki birçok davada sonuç farklı olabilirdi.

OHAL Bölge Valisinin ifade özgürlüğünü sınırlandırmaya yönelik tasarrufları, AİHM tarafından hem 10. maddenin ihlâli, hem de bu kararlara karşı yargı yolu kapatıldığı için 13. maddenin ihlâli olarak değerlendirilmiştir. *Halis Doğan ve diğerleri/Türkiye* davasında, başvuru sahiplerinin sahibi ve yayın sorumluları oldukları Özgür Bakış isimli gazetenin OHAL Valiliğince Güneydoğu'nun bazı illerinde dağıtımının yasaklanması tedbiri tartışılmıştır.<sup>20</sup> Hükümet, yasaklama kararının 2935 sayılı kanunun 11/e maddesi ve 285 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 7. maddesi uyarınca alındığına, söz konusu "gazetenin dağıtılmasının terör olayları nedeniyle hassas bir ortamın oluştuğu bir bölgede yasaklandığına dikkati çekmekte, gazetede yayımlanan makalelerin halkı tahrik etme ya da terör olaylarını haklı gösterme eğiliminde olduğunu ve bu makalelerin bölgedeki kamu düzenini etkileyebileceğini belirtmektedir" (par. 20). Ayrıca, Hükümet terörle mücadele söz konusu olduğunda sözleşmenin 10. maddesinin taraf devletlere toprak bütünlüğünü ve kamu düzenini koruma noktasında çok geniş bir takdir yetkisi bıraktığını ve terör olaylarının olası etkisini değerlendirmede ulusal makamların daha yetkin konumda olduklarını belirtmiştir. Başvuru sahipleri ise bu argümanları kabul etmeyerek, gazetede yayınlanan makalelerin kamu düzenini bozmaya yönelik olmadığını ve dağıtım yasağının ifade özgürlüğüne haksız bir müdahale teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. (par. 20-23).

AİHM, olağanüstü rejime dair kanun ve kanun hükmünde kararnamelelerin, bölgenin kamu düzenini bozma eğilimi taşıyan ve halkı tahrik eden her türlü yazılı belge ve yayının dağıtımını engelleme konusunda Valiye çok geniş yetkiler verdiğini ve esasen bu tür yetkilerin Sözleşme ile de bağdaşabileceğini belirtmiştir. Ancak, mahkemeye göre, yasaklamanın sınırlarının yasal olarak açıkça belirtilmesi ve

<sup>19</sup> E.2003/28, K.2003/42, K.T.22.5.2003, AMKD, Sayı 40/1, s.92.

<sup>20</sup> *Halis Doğan ve diğerleri/Türkiye*, (Başvuru No: 50693/99), 10 Ocak 2006.

daha da önemlisi yetkilerin kötüye kullanılması olasılığı karşısında etkili adli denetim mekanizmasının sağlanması gerekmektedir. AİHM, mevcut olayda OHAL Bölge Valisine verilen geniş yetkiler karşısında başvuranları olası suistimaller karşısında koruyacak adli denetim mekanizmasının bulunmamasına, bunun da insanları “güvencesiz” bıraktığına dikkat çekmiştir. AİHM, davaya konu olan yasaklama kararının gerekçelendirilmediğini de belirterek söz konusu müdahalenin “demokratik toplumda gerekli” olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme terörle mücadelenin doğurduğu zorlukları anladığını, ancak bu durumun tek başına yapılan müdahaleyi haklılaştıramayacağını şu şekilde ifade etmiştir:

*“AİHM incelemesine sunulan olayı çevreleyen koşulları, özellikle de terörle mücadeleye bağlı olarak ortaya çıkan zorlukları göz önünde bulundurmaktadır. Terör eylemleri nedeniyle söz konusu bölgede hüküm süren siyasi atmosfer önem arz etmektedir. Bununla birlikte, yasaklama kararının gerekçelendirilmediğini belirtmek yerinde olacaktır. Ayrıca, söz konusu gazetenin yasaklanmasını haklı kılacak, şiddet ve demokrasinin reddi düşüncesini yayabileceği ya da zararlı etkilerinin bulunduğunu ortaya koyabilecek bir unsur bulunmamaktadır.” (par. 24)<sup>21</sup>*

AİHM, diğer yandan, OHAL Bölge Valisinin kararları karşısında başvuranların iç hukukta mağduriyetlerini gidermek amacıyla müraaat edecekleri mekanizmaların bulunmadığını, bu nedenle sözleşmenin 13. maddesinin de ihlâl edildiğini kararlaştırmıştır (par. 35-36).

Aynı şekilde, Emegın Partisi (EMEP) tarafından bütün seçim bölgelerinde dağıtılmak üzere bastırılan ve üzerinde “Baskılar Son Bulsun” “OHAL Kaldırılsın” yazılı afişlerin Diyarbakır’da dağıtımının 25 Kasım 1999 tarihli valilik kararıyla yasaklanması, AİHM tarafından hem 10. maddenin hem de 13. maddenin ihlali olarak görülmüştür.<sup>22</sup>

### **b. Terörü, terör örgütünü ve şiddeti savunan sözler prensip olarak 10. maddenin koruması altında değildir.**

AİHM, açıkça şiddeti ve terörü destekleyen ifadeleri 10. madde kapsamında değerlendirmemektedir. *Zana/Türkiye*<sup>23</sup> davasında Diyar-

<sup>21</sup> Aynı yönde kararlar için bkz., *Çetin ve diğerleri/Türkiye*, (Başvuru No: 40153/98, 40160/98), 13 Şubat 2003; *Mehmet Emin Yıldız ve diğerleri/Türkiye*, (Başvuru No:60608/00), 11 Nisan 2006.

<sup>22</sup> *Tüzel/Türkiye*, (Başvuru No: 57225/00), 21 Şubat 2006.

<sup>23</sup> *Zana/Türkiye*, B. N. 69/1996/688/880, 25 Kasım 1997. Alıntılarda kararların Adalet

bakır Eski Belediye Başkanı Mehdi Zana'nın ulusal yayın yapan bir gazetede yayınlanan sözleri ifade özgürlüğü kapsamında görülmemiştir. Zana 1987 yılında şöyle demişti: "PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar..." Bu sözlerinden dolayı Zana yargılanmış ve TCK'nın 312. maddesinde düzenlenen "kanununun suç saydığı fiili övmek"ten mahkum edilmiştir.

AİHM, Zana'nın sözleriyle ilgili değerlendirmesini yaparken (a) sözü söyleyen kişinin konumunu, (b) sözün söylendiği ortamı/zamanı ve sözün yayımlandığı yayın organının etkisini dikkate almıştır. Mahkeme bu unsurları hesaba katarak şu tespitte bulunmuştur:

"[B]u açıklamaya tek başına bakılmamalıdır. (Bu açıklamanın) başvurusunun da farkında olması gereken, olayın somut koşulları içinde özel bir anlamı vardır. Bu röportaj, o tarihte gerginliğin dorukta olduğu Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde PKK'nın sivillere yönelik kanlı saldırılarıyla aynı zamana denk düşmüştür.

Bu koşullar altında büyük bir ulusal günlük gazetede yayınlanan röportajda, Güneydoğunun en önemli kenti olan Diyarbakır'ın eski belediye başkanının –"ulusal kurtuluş hareketi" olarak tanımladığı- PKK'ya verdiği desteğin, bu bölgedeki patlamaya hazır havayı daha da ağırlaştıracağı düşünülebilir". (par. 59-60).

Buradan hareketle AİHM, "başvurucuya verilen cezanın "zorlayıcı bir toplumsal gereksinime" yanıt verdiğinin kabul edilmesinin uygun olduğunu ve ulusal makamların ileri sürdüğü nedenlerin "uygun ve yeterli" olduğunu düşünmektedir..." (par. 61).

Sürek/Türkiye<sup>24</sup> kararında da Haberde Yorumda Gerçek isimli haftalık bir dergide "Silahlar Özgürlüğü Engellemez" ve "Suç Bizim" başlıklı iki okuyucu makalesinin yayınlanması üzerine dergi sahibi ile editörünün cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediği meselesi gündeme gelmiştir. Bu kararda AİHM Lingens kararına atıf yaparak basın "şiddet tehdidi karşısında milli güvenlik veya ülke bütünlüğünün korunması veya asayişsizlik veya suçun engellenmesi amacıyla konmuş olan sınırlamaları aşmaması kaydıyla, bölücü olanlar da dahil olmak üzere, görüş

Bakanlığı'nın internet sitesinde (www.adalet.gov.tr) yer alan Türkçe çevirilerinden de yararlanılmıştır.

<sup>24</sup> Sürek/Türkiye (No.1), B. N. 26682/95, 8 Temmuz 1999.

ve siyasi hususlarda bilgi vermesi"nin demokratik toplumlar açısından bir "zorunluluk" olduğunu belirtmiştir (par. 59). Ayrıca Mahkeme'ye göre ifade edilen sözler bireylere, kamu görevlilerine veya toplumun belli bir kesimine karşı "teşvik ettiği durumlarda Devlet otoriteleri, ifade özgürlüğüne ilişkin müdahale gereğinin incelenmesinde daha geniş bir marja (takdir yetkisine) sahiptir". (par. 61)

AIHM dergide yayınlanan mektuplarda kullanılan kelimeler ve bu kelimelerin yayınlandığı bağlam üzerinde özellikle durmuştur. Mahkeme söz konusu kelimelerin açıkça şiddeti teşvik niteliğinde olduğunu belirterek şunları söylemiştir:

"Mahkeme ilk olarak, "katliam", "zulüm" ve "cinayet" gibi göndermelerin yanı sıra, "Faşist Türk ordusu", "TC cinayet çetesi" ve "emperyalizmin kiralık katilleri" gibi etiketlerin kullanılması ile diğer tarafa kara bir leke vurulmasına ilişkin açık bir kasıt olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme kanaatine göre söz konusu mektuplar, temel duyguların çalkalandırılması ve halen ölümcül şiddet şeklinde kendini göstermiş olan bileşik önyargıların katılaştırılması ile kanlı bir intikama çağrı şeklinde değerlendirilebilecektir. Ayrıca, mektupların 1985'ten buyana çok ciddi can kayıpları ve bölgenin büyük bir kısmında olağanüstü hal ilan edilmesine sebebiyet verecek şekilde güvenlik kuvvetleri ile PKK kuvvetleri arasında ciddi çatışmaların devam etmekte olduğu Güneydoğu Türkiye'deki güvenlik durumu bağlamında yayınlanmış olması da dikkate alınmalıdır (bkz., yukarıda anılan Zana kararı, s. 2539, Madde 10). Bu bağlamda, mektupların içeriğinin iddia edilen zulümlerin sorumlusu olarak gösterilenlere karşı köklü ve mantık dışı bir nefret uyandırarak bölgede daha fazla şiddete sebebiyet verebilecek şekilde değerlendirilmelidir. Gerçekten de, okuyucuya iletilen mesaj, saldırgan ülke karşısında şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğudur.

Ayrıca "Suç Bizim" başlıklı mektubun kişileri isimleri ile tanımlayarak, bunlara karşı olan nefretin alevlendirildiği ve bu şahısların fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakıldığı da dikkate alınmalıdır. Mahkeme bu açıdan, yetkililer tarafından Devletin toprak bütünlüğüne zarar verilmesi ile ilgili gerekçelerin vurgulandığı başvurunun mahkûmiyetine ilişkin nedenleri, başvuranın ifade özgürlüğü aleyhinde bir müdahale için ilgili ve yeterli bir dayanak olarak kabul etmektedir. Mahkeme, "bilgi" ve "görüşlerin" sadece kırıcı, şaşırtıcı veya rahatsız

edici olmasının müdahalenin haklı gösterilmesi için yeterli olmayacağını yinelemektedir. Mevcut davada söz konusu olan nefret konuşmaları ve şiddetin yüceltilmesidir. (par. 62)

Aynı şekilde *Hocaoğulları/Türkiye*<sup>25</sup> kararında bir dergide yayınlanan “Gençlik İsyan Demektir” başlıklı makalede şiddeti teşvik mahiyetinde ifadelere yer verildiği için başvuru sahibinin ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmiştir. AİHM bu davada şu tespitte bulunmuştur:

“Gençlere seslenen ve hiçbir devrimin insan zayıyatı olmadan gerçekleşmeyeceği görüşünü savunan yazarın dili barışa ve siyasi sorunların çözümüne çağrı olarak kabul edilemez. AİHM «(...) Diyarbakır zindanlarında işkenceci faşistlere sır verip ser vermeyerek ve Kızıldere’de düşmanları: “biz buraya dönmeye değil ölmeye geldik, diye selamlayarak dönenlere kavgalarının gelip geçici olmadığını bildirirler. Hem de canları pahasına. Evet, belki yenildiler. Ama direndiler. Çünkü gerçek zaferin böyle küçük ama kararlı direnişlerle kazanılacağını biliyorlardı” gibi ifadelerinin kullanımıyla net bir biçimde mücadelenin geçici olmadığı düşüncesinin vurgulandığını hatırlatmaktadır. Bunun yanı sıra, bütünü itibariyle şiddet kullanımını, silahlı direnişi veya başkaldırını tahrik eder bir makale olarak değerlendirilebilir.”

### c. Şiddete teşvik niteliğinde de olsa edebi metinlerde ifade özgürlüğünün alanı geniştir.

*Karataş/Türkiye*<sup>26</sup> kararında AİHM cezaya konu olan ifadelerin nerede yayınlandığını dikkate almıştır. Mahkeme, bir şiir kitabındaki şiddete çağrı niteliğindeki ifadeleri 10.madde kapsamında bulmuştur. “*Dersim - Bir İsyanın Türküüsü*” adlı şiir kitabında şiddete çağrı niteliğinde bazı şiirlere yer verilmiştir. Bunlardan ikisinde şu ifadeler mevcuttur:

[Özgürlük klanın yasadır]  
 “... kutsal ellerimizde  
 büyük bir tutku büyüyor  
 - eski Kürdistanın ışığı  
 Gün ışığında Munzursuyu kanımızla ala bulanmadıkça  
 Osmanlı fahişesinin eniklerinin ezmesine izin vermeyeceğiz

<sup>25</sup> *Hocaoğulları/Türkiye*, B. N. 77109/01, 7 Mart 2006.

<sup>26</sup> *Karataş/Türkiye*, B. N. 23168/94, 8 Temmuz 1999.

Ötesi

*Binlerce yıldır kanuna uyduk*

*Özgürlük klan yasasıdır."*

[*Sessizce Deşt köyüne doğru baktılar*]

*"Direniş ve ihanet*

*Özgürlük ve esaret*

*Yan yana...*

*Bir kanun olarak kabul etmedik mi*

*Binlerce yıldır*

*Kan kanla yıkanır diye?"*

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bu sözleri ifade özgürlüğü çerçevesinde görmemiştir. Komisyon görüşünü şu şekilde temellendirmiştir: "*Komisyon mevcut davaya ilişkin bir özelliğin başvuranın kendisini şiir yoluyla ifade etmeyi tercih etmesi olduğu kanaatindedir. Ancak, şiirin imtiyazları göz önünde bulundurulduğunda, Komisyon başvuranın şiirlerinin bir bölümünün Türk Devleti aleyhine silahlı ayaklanmayı ve bu mücadelede şehitliği övdüğünü tespit etmiştir. Bağlama dayalı olarak okunduğu zaman, kullanılan bazı ifadeler okuyucularda başvuranın Türk Devleti aleyhine silahlı mücadeleyi teşvik ettiği ya da buna davet ettiği ve bölücü amaçlara yönelik şiddeti desteklediği izlenimi yaratma kapasitesine sahiptir. Bu koşullar altında, başvuranın mahkûmiyeti ve kendisine uygulanan ceza acil bir sosyal ihtiyaca cevap verme ve sonuç olarak, demokratik bir topluluk için gereklilik olarak kabul edilebilir."*

AİHM, Komisyonun görüşlerine katılmamıştır. Mahkeme, şu gerekçelerle 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir:

*"Mahkeme, ancak, başvuranın görüşlerini "devlet güvenliği", kamu "düzeni" ve "toprak bütünlüğü" üzerindeki potansiyel etkilerini önemli ölçüde sınırlayacak şekilde kitle iletişim yolu yerine şiir yoluyla açıklayan bir birey olduğunu göz önünde bulundurmaktadır. Nitekim, şiirlerin bazı bölümlerinin ton açısından gayet agresif olmasına ve şiddet kullanmaya davet etmesine rağmen Mahkeme doğası açısından şiirlerin sanatsal olmalarının ve sınırlı bir etkiye sahip olmalarının bir ayaklanmaya davetten ziyade zor siyasi konum itibariyle derin bir üzüntü ifadesini içerdiklerini göz önünde bulundurmaktadır."* (par. 52)



Ayrıca Mahkeme, başvuru sahibine verilen 13 aydan fazla hapis cezasının hedeflenen amaçlar açısından ölçüsüz olduğuna ve dolayısıyla “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığına karar vermiştir.

#### **d. Siyasilerle ve Hükümetle ilgili eleştirilerde ifade özgürlüğünün alanı daha geniştir.**

AİHM, siyasi aktörlere yönelik eleştirilerde sınırın ve hoşgörünün, normal kişilere yönelik eleştirilerle karşılaştırıldığında, daha geniş olduğunu kabul etmektedir. Ancak burada da temel şartlardan biri, ifadenin şiddete, teröre, ayaklanmaya teşvik edici mahiyette olmamasıdır. Örneğin *Biol/Türkiye*<sup>27</sup> kararında, İlknur Birol adlı bir öğretmenin mensup olduğu sendikanın bir mitinginde dönemin Adalet Bakanı Mehmet Ağar’la ilgili olarak “Eli kanlıları hükümetin başına getiriyorlar. Eli kanlı faşistleri Adalet Bakanı yapıyorlar” dediği için cezalandırılmasını 10.maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. AİHM’ye göre “Dava konusu konuşma, politik bir kişinin Adalet Bakanı olarak atanmasıyla ilgili hükümet politikasının kritiğini içermektedir” (par. 27). Ayrıca mahkemeye göre “konuşmanın bazı kısımları dönemin Adalet Bakanının kişiliği hakkında negatif bir tablo çizse de, şiddet kullanmaya, başkaldırıya, silahlı direnişe teşvik edici mahiyeti bulunmamaktadır ve kin güden bir beyanat içermemektedir” (par. 29).

Hükümete ve hükümet politikalarına yönelik eleştirinin sınırı bireylere ve siyasetçilere yönelik eleştiriye oranla daha geniştir. *Ceylan/Türkiye*<sup>28</sup> kararında, Petrol-İş Sendikası Başkanı olan başvurucunun bir haftalık gazetede yayınladığı yazısı gündeme gelmiştir. Başvurucu Münir Ceylan, yazısında özellikle “Doğu ve Güneydoğu Anadolu’da giderek yoğunlaşan devlet terörü”nden ve “Z”ndan bahsetmiştir. AİHM öncelikle ““Devlet terörü” ve “katliam” kelimelerinin kullanılmasının da gösterdiği gibi, ülkenin ilgili bölgelerinde Türk yetkililerinin fiilleri hakkındaki eleştiri sert, kullanılan dil ise keskindir” tespitinde bulunmuştur (par. 33). Ancak Mahkeme, “Sözleşmenin 10. maddesinin 2. paragrafı bağlamında, siyasi söylem veya kamu çıkarı ile ilgili konulardaki kısıtlamanın dar” olduğunu ve Hükümetlerin güçlü pozisyonlarından dolayı onlara yönelik eleştiri sınırının geniş olması gerektiğini hatırlatmıştır (par. 34). En önemlisi “Mahkeme, başvurunun sendika lideri ve bir siyasetçi olarak yazdığını ve bu makale-

<sup>27</sup> *Biol/Türkiye*, (Başvuru No: 44104/98), 1 Mart 2005.

<sup>28</sup> *Ceylan/Türkiye*, B. N. 23556/94, 8 Temmuz 1999.

deki sert üslûba rağmen, şiddeti, silahlı direnişi ya da isyanı teşvik etmediğini gözlemlemiştir.”

Gerçekten de Mahkeme'nin hemen her davada dikkat çektiği husus şikayet konusu sözlerin “şiddeti, silahlı direnişi veya isyanı/ayaklanmayı” teşvik edip etmediğidir.

## 2. 2. Şiddete Teşvik ve “Açık ve Mevcut Tehlike” Kriteri

Yeni Türk Ceza Kanununun (TCK) 1. maddesinin gerekçesinde “totaliter devlet” ile “hukuk devleti” arasındaki farka dikkat çekilerek kanunun özgürlükçü felsefeye dayandığı ifade edilmiştir. TCK 1. maddenin gerekçesinde bu iki anlayış şu şekilde açıklanmıştır:

“[T]arihte ve günümüzde totaliter devletler, ideolojilerini benimsetmek ve rejimi ayakta tutmak için ceza kanunları yoluyla kişi hak özgürlüklerini ya geniş biçimde sınırlandırmışlar ya da ortadan kaldırmışlardır. Demokratik hukuk devletleri ise ceza kanunlarının kötüye kullanılmasını önlemek için, bu kanunların temel ilkelerine anayasalarında yer vermektedirler.”

Olağanüstü durumlar “hukuk devleti” uygulamasından uzaklaşıp, siyasal düzlemde üretilen söylemlerin benimsetilmesi ve statükoların korunması için baskıcı uygulamaların öne çıktığı “totaliter devlet” anlayışına geçişin yaşandığı durumlardır.

Yeni TCK'nın “hukuk devleti” anlayışını hâkim kılmak amacıyla attığı adımlardan biri ifade özgürlüğünü daha iyi koruyacak bazı kavramlara kanunda yer vermek olmuştur. “Açık ve mevcut tehlike” kriteri 5237 sayılı yeni TCK'nın 216. maddesine girmiştir.<sup>29</sup> Halkın bir kesimini diğeri aleyhine kin ve düşmanlığa tahrik suçunun “soyut tehlike” suçu olmaktan çıkarılıp “somut tehlike” suçuna dönüştürülmesi ifade özgürlüğünün alanının genişletilmesi bakımından olumlu bir gelişme-

<sup>29</sup> TCK'dan önce bu kriter 2002 tarihinde yapılan değişiklikle 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 17 ve 19. maddelerine girmiştir. Bu kanunun 17. maddesine göre “Bölge valisi, vali veya kaymakam, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla belirli bir toplantıyı bir ayı aşmamak üzere erteleyebilir veya suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması hâlinde yasaklayabilir.” Aynı şekilde 19. maddenin 2. fıkrasına göre “Valiler de aynı sebeplere dayalı olarak ve suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması hâlinde; ile bağlı ilçelerin birinde veya birkaçında bütün toplantıları bir ayı geçmemek üzere yasaklayabilir.”

dir. Kısacası, bu suçun oluşabilmesi için söz konusu tehlikenin sadece soyut olarak var olması yeterli değildir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, “böyle bir tehlikenin varlığı somut olarak, açıkça tespit edilmedikçe söz konusu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilemez.”<sup>30</sup>

Ancak hemen belirtmek gerekir ki “açık ve mevcut tehlike” kriteri tek başına ifade özgürlüğünü koruyucu bir kriter değildir. Tehlikenin açık, mevcut veya yakın olup olmadığını belirlemede takdir yetkisini kullanan yargıçların bu kriteri “hak-eksenli” ve özgürlükçü bir yaklaşımla yorumlayıp uygulaması çok önemlidir. Türk anayasa yargısında bu kriterin, “açık ve öngörülebilir tehlike” olarak, özgürlükleri sınırlayıcı bir yaklaşımla kullanıldığını söyleyebiliriz.<sup>31</sup> Yargıtay da bu konuda ikircikli bir tavır takınmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından 13’e karşı 14 oyla verilen 2004/2006 nolu kararda 312. maddenin özgürlükçü bir yorumu yapılmış, madde ile önlenmeye çalışılan tehlikenin soyut değil somut tehlike olduğu, ifadenin kamu düzeni için açık ve yakın tehlike oluşturması gerektiği ve bunun da ancak şiddete çağrı niteliğinde gerçekleşebileceği vurgulanmıştır.<sup>32</sup> Bu karardan kısa

<sup>30</sup> TCK 216. maddenin gerekçesinde tehlikenin somut olması şartı şu şekilde açıklanmıştır: “Söz konusu suçun oluşması için, kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak varlığı gereklidir. Bu tehlike, somut bir tehlikedir. Bu somut tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlerken failin söz ve davranışlarının neden olduğu tehlike neticesinin gerçekleşmesi gerekir. Hâkim, kullanılan ifadeler dolayısıyla bu tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini, dayanak noktalarını göstermek suretiyle belirleyecektir. Bu kapsamda, kişinin söz ve davranışlarının kamu güvenliğini bozma açısından yakın bir tehlike oluşturduğunun tespit edilmesi gerekir. Kişinin söz ve davranışlarının, halkın bir kesimi üzerinde tahrik konusu fiillerin işleneceği hususunda duyulan endişeyi haklı kılacak bir etki oluşturması gerekir. İfade özgürlüğü ile bu tip tehlike suçları arasında “açık ve mevcut tehlike” kriterinin var olması gerekir. Buna göre, yapılan konuşma veya öne sürülen düşünceler toplum açısından açık ve mevcut bir tehlike oluşturduğu takdirde yasaklanabilmekte, keza böyle bir tehlikenin varlığı somut olarak, açıkça tespit edilmedikçe söz konusu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilemez.”

<sup>31</sup> Bu konuda bkz., Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005).

<sup>32</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2004/8-130, K. 2004/206, K. T. 23.11.2004. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu kararında 312. maddedeki suçun tespitinde, yeni TCK yürürlüğe girdikten sonra da geçerli olacağını belirttiği, on ilkenin dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Bu “on ilke” şunlardır:

“Suçun oluşması için;

1. Eylemin aleni yapılması,
2. Kışkırtmanın; sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılıklarından en az birine dayanılarak ve bu kesimleri karşı karşıya getirmek amacıyla gerçekleştirilmesi,
3. “Suç ve ceza da yasallık ilkesi” nedeniyle kışkırtmanın, aynı sosyal sınıf, aynı ırk, aynı din, aynı mezhep yada aynı bölgeye mensup olup da farklı görüş veya düşünceye sahip olanların bu özelliklerine dayandırılması halinde anılan suçun oluşmayacağı bilinmesi,

bir süre sonra verilen başka bir kararda ise şiddet unsurunun varlığı vurgulanıp gösterilmeden 312. madde ifadeyi daraltıcı bir şekilde yorumlanıp uygulanmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2005/30 nolu bu kararında "başörtüsünü İslam'ın sembolü olarak nitelendiren" yazarın "sistem ve hukuksal gerçeklik karşısında düşünce veya din ve inanç özgürlüğü kapsamında kalmadığı açık ve tartışılmaz olan başörtüsüne yönelik mahkeme kararlarıyla istikrar kazanmış uygulamaları İslam'a saldırı olarak göstermek suretiyle hitap ettiği kitleyi tahrik etmekte" olduğu sonucuna ulaşılmıştır.<sup>33</sup>

4. Kışkırtmanın, farklı halk topluluklarını birbirine karşı düşmanlığa ve kin beslemeye seok etmesi ve fakat bu halin "kamu düzeni" için tehlikeli olabilecek bir şekilde ve yeterlilikte olması,

5. 4744 sayılı Yasa gerekçesinde de açıklandığı üzere, tanımlanan tehlikenin soyut olmayıp somut ve yakın tehlike olduğunun göz önünde tutulması ve Yargıtay 8. Ceza Dairesinin birçok kararına yansıtıldığı üzere, kışkırtmanın şiddet çağrısını içermesi,

6. Ne var ki, ilk bakışta açıkça saptanamasa dahi, muhatabı kitlenin algılayabileceği maharetli bir gizlilik altında yapılan düşmanlığa ve kin beslemeye elverişli şiddet çağrılarının, yakın tehlike yaratıp kamu düzenini tehlikeye sokacak somutluğa ulaşması hallerinde, suçun oluşacağı kabul edilmesi,

7. Tek başına yeterlilik arz etmeyen ancak, önceden veya sonradan yapılanlarla birlikte değerlendirildiğinde aynı okuyucu veya dinleyici kitlesine hitap ediyor oluşu nedeni ile, kitlelerde kin ve düşmanlık birikimi yaratacağı kabul edilen eylemlerin anılan suçu oluşturabileceğinin, ancak bunun için, bütünüün parçalarının ayrı hükümlere konu edilmeyerek toplu şekilde yargılanmasının gerekli olacağı bilinmesi,

8. Öngörülen suç unsurlarından herhangi birinin eksikliği durumunda tanımlanan cürümün oluşmayacağı,

9. Ceza Yasası uygulamalarında, genişletilen ve kıyas düzeyine varan yorumlarla suçun varlığına hükmedilemeyeceği, bu itibarla şiddet çağrısını içermeyen, somut ve yakın tehlike düzeyine de ulaşmamış kışkırtmalara, dolaylı ve zorlayıcı soyutlukla anılan unsurları yakıştırarak, TCY'nin 312/2. maddesindeki suçun oluştuğunu kabullenmenin olanaklı bulunmadığı,

10. "Kuşkunun lehe yorumlanacağı" temel ilkesi gereği; aleniyetin varlığında, tahrikin yasada açıklanan farklılaşmalara dayalı olup olmadığında, halkın birbirine karşı düşmanlığa veya kin beslemeye sevk edilip edilmediğinde ya da sevk ediliyorsa bu sonucu yaratmaya yeterli bulunup bulunmadığında, kamu düzenini bozabilecek etkinliğe ulaşıp ulaşmadığında, soyutluktan kurtulup somut ve yakın bir tehlike haline dönüşüp dönüşmediğinde ve nihayet şiddet çağrısını taşıyıp taşımadığında kuşku hali doğduğunda, aşılması gerektiğinin ve aşılamıyorsa yorumun sanık yararına ve ifade hürriyetinin genişletme doğrultusunda yapılması icap edeceğinin gözönünde tutulması,

Zorunluluk arz etmektedir."

<sup>33</sup> Burada ilginç bir nokta Eygi kararını veren YCGK'nun, Aydar kararının içtihat oluşturmadığını belirtmesidir. Eygi kararında esas incelemesine geçilmeden önce şu açıklamaya yer verilmiştir: "CGK'nun 2004/206 Karar sayılı ilamında, TCK'nun 312/2. maddesi yönünden ilke ve unsurların içtihat niteliğinde ortaya konulduğu belirtilmiştir. Anılan karar Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı üzerine ve

AİHM kararları ışığında denebilir ki, korunan hukuki değer “*kamu güvenliği*” dir, “*devletin güvenliği*” değil.<sup>34</sup> Türkiye’de “*kamu*” (public) terimi özellikle yargı camiasında ısrarla “*devlet*” karşılığında kullanılmaktadır. Böyle olunca da “*kamusal alan*”, “*devlet alanı*”na, “*kamu güvenliği*” de kolayca “*devlet güvenliği*”ne dönüşebilmektedir. Oysa kamusal alan (public sphere) sınırlamalardan ziyade özgürlüklerin esas alındığı, bireylerin ve toplulukların kendi kimlikleriyle ve kendileri olarak serbestçe katılacakları, kendilerini ifade edecekleri ve başkalarıyla diyaloga girebilecekleri ortak alanları ifade etmektedir.

### 2. 3. Terörle Mücadele Kanununda Değişiklikler ve İfade Özgürlüğü

Türkiye’nin Strasbourg’ta ifade özgürlüğünü ihlalden mahkûm olmasının en önemli nedenlerinden biri Terörle Mücadele Kanunu’ndaki ifadeyi sınırlandıran hükümlerdir. Özellikle mülga 8. maddeden dolayı Türkiye’de mahkûm olup da AİHM’ye gidenlerin neredeyse tamamı davaları kazanmışlardır. Bu bağlamda Terörle Mücadele Kanun’un, güvenlik güçlerinin talepleri doğrultusunda değiştirilmesi<sup>35</sup> sonucunda ifade özgürlüğü açısından da yeni tartışmalar ortaya çıkmıştır. Bu tartışmaları şu şekilde özetleyebiliriz.

- Terör örgütünün ve AMACININ propagandasını yasaklayan 7. madde, eleştirilerden sonra “*amacının*” sözcüğü çıkarılarak kabul edilmiştir. Ancak bu sözcüğün yarattığı problem büsbütün ortadan kalkmış değildir. Çünkü Ceza Kanun’un 220. maddesinin 8. fıkrasına göre

---

somut olay gözetilerek olay bazında verilmiş, yerel mahkeme yönünden bağlayıcı dahi olmayan kesinleşmemiş bir karardır. Yerel mahkeme yönünden bağlayıcılığı bulunmayan ve Yüksek CGK’nun yerleşik görüşünü yansıtmayan bahse konu kararın içtihat niteliği bulunmadığından, konunun bütün yönleriyle irdelenmesi gerekmektedir.”

<sup>34</sup> Bu konuda bkz., Fazıl Hüsnü Erdem, “TCK’nun 312. maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türk Devlet Düzeni v. Demokratik Kamu Düzeni”, *AÜHFD*, 52/1 (2003): 37-62.

<sup>35</sup> TMK değişikliğinin arkasındaki nedeni Adalet Bakanı Cemil Çiçek Meclis Genel Kurulu’nda yaptığı konuşmada şu sözlerle açıklamıştır: “şu an, Türkiye’nin şu veya bu bölgesinde hayatını ortaya koyarak ülkenin birliği ve dirliği için mücadele veren insanlar, bizim yetkilere ihtiyacımız var, Terörle Mücadele Yasasının yeni baştan gözden geçirilmesine ihtiyacımız var diyor. Yani, durup dururken bu yasa niye geldi diyorsanız, bu ihtiyaçtan dolayı geldi. Bunu herkesin iyi anlaması lazım.” *Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, Dönem 22, Yasama Yılı 4, Cilt 126, 122. Birleşim, 29 Haziran 2006.

*“Örgütün veya amacının propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

• 6. maddeye eklenen ek fıkra da tartışmalara yol açmaktadır. Buna göre *“Terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçlularını övme veya terör örgütünün propagandasını içeren süreli yayınlar hâkim kararı ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet savcısının emriyle tedbir olarak on beş günden bir aya kadar durdurulabilir. Cumhuriyet savcısı, bu kararını en geç yirmi dört saat içinde hâkime bildirir. Hâkim kırk sekiz saat içinde onaylamazsa, durdurma kararı hükümsüz sayılır.”* Bu hüküm, olağanüstü dönemde uygulanan bir tedbirin olağan döneme taşınması ve olağanlaştırılması anlamına gelebilecek niteliktedir. Hâkim kararı olmadan bir savcının üç gün süreyle süreli yayınları durdurabilecek olması özellikle basın özgürlüğü açısından tartışmalı bir durum yaratmaktadır.

• 6 ve 7. maddelerde, daha önce de bulunan, bazı fiillerin *“basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayın sorumluları hakkında”* da cezaya hükmedileceği belirtilmektedir.

Buradaki tartışma, suçun işlenişine iştirak etmemiş olan yayın sahiplerinin ve yayın sorumlularının da cezalandırılmasının *“cezaların şahsiliği”* ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmadığı noktasında odaklanmaktadır. Basın Kanunu’na göre cezai sorumluluk süreli ve süresiz yayınlarda eser sahibine (yazara) aittir. *“Cezai sorumluluğun şahsiliği”* ni Anayasa güvence altına almıştır. Cumhurbaşkanı bu nedenle de Anayasa Mahkemesi’ne iptal davası açmıştır. Peki Anayasa Mahkemesi’nin bu konudaki yorumu nedir?

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu 12.4.1991 tarihinde kabul edildikten yaklaşık bir ay sonra dönemin Anamuhalefet Partisi (Sosyaldemokrat Halkçı Parti) tarafından bazı maddelerinin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi 1992/20 sayılı kararıyla TMK’nın bazı maddelerini iptal etmiştir. Ancak Mahkeme, kanunun mevkute sahiplerinin de cezalandırılmasını öngören hükümlerini Anayasaya aykırı bulmamıştır.<sup>36</sup> Anayasa Mahkemesi’ne göre, dava konusu kuralla süreli yayın

<sup>36</sup> E. 1991/18, K. 1992/20, K. T. 31.3.1992, AMKD, Sayı 28 (1993): 232-368.

sahipleri açısından öznel (subjektif) sorumluluk yerine “nesnel (objektif) sorumluluk” ilkesi benimsenmiş, bu kişilerin sorumlu tutulabilmesi için “kasıt”, “bilerek yayımlatma” ve “iştirak”ten söz edilmemiş, sahibi buldukları yayınlarda konusu suç teşkil eden bir yayının yapılması yeterli sayılmıştır.<sup>37</sup> Mahkeme 1966/36 sayılı kararına atıf yaparak şu tespitte bulunmuştur:

*“Mevkute ve eser sahibinin sorumluluğu konusunda bir kimsenin eyleminden dolayı diğer bir kimseye ceza sorumluluğu yükleniyor gibi görünmekte ise de, gerçekte, sorumluluğun hukuksal nedeni sorumlu tutulanların kendi kusuruna dayanmaktadır. Bu kusur, yükümlü olduğu özeni göstererek yasak eylemin işlenmesine engel olmaktan doğmakta ve böylece sorumlu tutulan kimsenin davranışı ile meydana gelen sonuç arasında nedensellik (illiyet) bağı kurulmaktadır.”<sup>38</sup>*

Anayasa Mahkemesi, terörle mücadelenin “ayrık” hükümler konulmasını zorunlu kılabilceği gerçeğinden hareketle gazete sahibinin sorumlu davranması gerektiğini hatırlatmıştır. Anayasa Mahkemesi bu konuda şunları söylemiştir:

*“Günümüzde basın, temsil ettiği teknolojik düzey ve sermaye gücüyle endüstriyel ve ticari bir sektördür. Başta yazı işleri müdürü olmak üzere gazetede çalışan basın mensuplarının özenle seçilmelerini sağlamak gazete sahibinin görevidir. Terörü önleme konusunda getirilen kuralların eksiksiz uygulanması gereği ve bir bütünlük taşıması toplum yararına kamu düzeni için genel kurallara ayrıklık oluşturan hükümler konulması zorunluluğunu getirmektedir”<sup>39</sup>*

Anayasa Mahkemesi, sonuç olarak, TMK'nın 6. maddesinin sürelili yayı sahiplerinin de cezalandırılmasını öngören hükmünü Anayasa'nın 38. maddesindeki “cezaların kişiselliği” ilkesine aykırı görmeyerek beşe karşı altı oyla iptal isteminin reddine karar vermiştir.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> *Ibid*, s. 285.

<sup>38</sup> *Ibid.*, s. 285-286.

<sup>39</sup> *Ibid.*, s. 286.

<sup>40</sup> Yekta Güngör Özden, Selçuk Tüzün, Ahmet N. Sezer, Haşim Kılıç ve Yalçın Acarğün 6.maddenin son fıkrasının tümünün iptali yönünde oy kullanmışlardır. Ahmet N. Sezer “Karşioy Gerekesi”nde karara muhalefetini iptal davasını açan Partinin dava dilekçesindeki argümanlarına paralel şekilde aşağıdaki gibi açıklamıştır: “1961 Anayasası'nın 33.maddesindeki cezaların kişiselliği ilkesi aynen 1982 Anayasası'nın 38.maddesinde yer almıştır. Anayasa'nın 38.maddesinde “Ceza sorumluluğu şahsidir” denilmektedir. 1961 Anayasası'nın bu kurala ilişkin gerekçesinde; “Esasen bu kaidenin Anayasa'ya konulması sayesinde, basın davalarında yazı ve karika-

Hemen belirtmek gerekir ki bu kararı veren Mahkeme heyetinden sadece bir üye (Haşim Kılıç) hâlen görev yapmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki içtihadının değişmesi olasılığı vardır.

Ancak AİHM de süreli yayınlarda yayınlanan yazılardan dolayı editör ve yayın sahiplerinin sorumlu tutulmasını Sözleşme'ye aykırı görmemektedir. Örneğin *Sürek* (No.1) kararında dergi sahibinin okur mektuplarından dolayı sorumlu tutulmasına yönelik itiraza AİHM şu cevabı vermiştir:

*"Başvuranın bu mektuplarda bulunan görüşler ile şahsen bağlantılı olmadığına doğru olmasına rağmen, mektupların yazarlarına şiddet ve nefretin körüklenmesi için bir araç temin etmiştir. Dergi ile sadece ticari açıdan bağlı olduğu ve yazı işleri müdürlüğü sorumluluğu taşımadığı gerekçesi ile mektupların içeriğine ilişkin her türlü cezai sorumluluktan muaf tutulması gerektiği yönünde başvuran tarafından ileri sürülen iddiayı reddetmektedir. Başvuran mal sahibi olup, bu konumu itibarıyla derginin yazı işleri yönetimini şekillendirme hakkına sahiptir. Bu nedenle, halk için bilgi toplanması ve dağıtılması konusunda derginin yazı işleri ve muhabir personelinin görev ve sorumlulukları açısından vekâleten sorumlu olup, bu durum çatışma ve gerginlik durumlarında daha büyük önem taşımaktadır."* (par. 63)

Aynı şekilde Hocaoğulları kararında da AİHM derginin yazı işleri müdürü olan başvuru sahibinin kendisinin kaleme almadığı yazılardan dolayı sorumlu tutulamayacağına dair itirazını reddetmiştir.<sup>41</sup> Bu

türün müellifinden başkasının (gazete sahip ve yazı işleri müdürlerinin) rasgele cezalandırılmasını derpiş eden kanun hükümleri bertaraf edilmiş olacaktır" denilmekte; 1982 Anayasası'nın "Danışma Meclisi" gerekçesinde ise "Beşinci fıkra, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu; yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi, ceza hukukuna yerleşmiş ve "kusura dayanan ceza sorumluluğu" ilkesine dahil terki mümkün olmayan bir temel kuraldır" denilerek ceza sorumluluğu yönünden objektif sorumluluğun kabul edilmediği belirtilmiştir. "Ceza sorumluluğunun kişiselliği" ilkesi herkesin kendi kusurlu eyleminden sorumlu olması demektir. Oysa 6, 7 ve 8. maddelerin son fıkralarında belirtilen durumlarda, süreli yayın sahibi "yayın eylemini" yapan kişi değildir. Bu durumlarda yayın sahibinin kendisine ait kusurlu bir eylemi bulunmazken cezalandırılması "ceza sorumluluğunun kişiselliği" ilkesine aykırıdır." *Ibid.*, s.360.

<sup>41</sup> AİHM bu görüşünü şöyle temellendirmiştir: "Başvuranın bu makalede yer alan görüşler ile şahsen bağlantılı olmadığına doğru olmasına rağmen, yazarının şiddet ve nefrete daha az yer vermesi için çaba sarf etmemiştir. AİHM, yazarı olmadığı gerekçesi ile makalenin içeriğine ilişkin her türlü cezai sorumluluktan muaf tutulması gerektiği yönünde başvuran tarafından ileri sürülen iddiayı reddetmektedir.



noktada belirtmek gerekir ki, yayın sorumlularının süreli yayınlarda yayınlanan yazılardan dolayı sorumluluklarının söz konusu olması belki anlaşılabilir. Zira bu kişiler yayınlanan haber ve makaleleri denetleme yetkisine sahip oldukları için konusu suç teşkil eden yazıların yayınlanmasında bir ölçüde ortak sorumluluğa sahip oldukları söylenebilir. Ancak, süreli yayın sahiplerinin de sorumlu tutulmasını anlamak zordur. Özellikle onlarca ulusal ve yerel süreli yayına sahip kişilerin yayınlanan yazılardan dolayı sorumlu tutulmaları, cezaların şahsiliği ilkesini ihlal edici niteliktedir.

### Sonuç yerine

İstisna hâlinin sona ermesinde ve siyasal/hukuksal düzenin normalleşmesinde ifade özgürlüğü önemli bir işlev görmektedir. İstisna hâlindeki baskıcı, otoriter uygulamalara yönelik eleştiriler ve en önemlisi bu uygulamaların süreklileştirilmesine karşı dile getirilen itirazlar ancak sözün serbestçe söylenebildiği durumlarda mümkündür. İstisna hâllerinin en karanlık noktası sözün askıya alındığı anlardır. Söz askıya alındığında meydan şiddete kalmaktadır. Şiddetin söz sahibi olduğu yerde de olağanüstünün olağanlaşması ve istisnanın kural haline gelmesi kaçınılmazdır. Bu anlamda terörle mücadelede şiddeti tek “Z” olarak gören yaklaşım sosyal/siyasal/hukuksal düzenin sürekli istisna durumunda kalmasına hizmet edecektir. Bu da “öteki”nin susturulmasına ve tasfiye edilmesine dayalı, “devlet-eksenli” bir istisna durumunun, kitlesel desteğin de etkisiyle, farklı biçimler altında yeniden üretilmesine neden olacaktır.

Şiddetle ifade özgürlüğü arasında empirik düzlemde ters orantılı bir ilişki vardır. Şiddetin yoğun olduğu dönemlerde “tehditler” karşısındaki korku büyüyor, bu da beraberinde özgürlüklerin, özellikle de muhalif düşünceleri ifade etme özgürlüğünün kısıtlanmasını getiriyor. 11 Eylül sonrasında liberal demokrasilerin yaşadığı özgürlük krizi, terörün toplumda yarattığı panik ve korkunun yönetilememesinden kaynaklanmaktadır. Bu korku atmosferinde siyasal ve toplumsal para-

---

Başvuran derginin yazı işleri sorumlusu olarak yazı işleri yönetimini şekillendirme hakkına sahiptir. Bu nedenle, başvuran halk için bilgi toplanması ve dağıtılması konusunda derginin yazı işleri ve muhabir personelinin görev ve sorumlulukları açısından vekaleten sorumlu olup, bu durum çatışma ve gerginlik durumlarında daha büyük önem arz etmektedir”

noya örneklerine sıkça rastlanıyor. Kısacası bu tür dönemlerde insanlar, Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarından Brandeis'in dediği gibi, "cadılardan korkup, kadınları yakıyorlar".

"McCarthyizm, kolu sızalı amerikanizmdir" diyen ve aynı zamanda boksör olan Senatör Joseph McCarthy'nin hayaleti küreselleşmenin de etkisiyle her yerde dolaşüyor. Şiddete dayalı McCarthyizm, ifade özgürlüğü düzleminde "öteki"nin susturulmasını, konuştuğunda cezalandırılmasını savunur. Oysa ifade özgürlüğü, bir anlamda "öteki"nin özgürlüğüdür. "Öteki" ile ilişkilerde yaşanan sorunlar, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını beraberinde getirmektedir. Ötekinin engellenmesi, bastırılması liberal demokrasilerde yaşanan özgürlük krizinin en önemli nedenlerinden biridir. "Öteki" ile ontolojik ilişkimizi sağlam bir moral temele oturtmadan özgürlükten bahsedemeyiz. Çünkü öteki gerçekte bizim dışımızda olan değil; aynadaki yansımamızdır.

Ötekinin susturulması, aynı zamanda onun siyasal özne olma hakkını elinden almaktır. Zira konuşma veya ifade, Hannah Arendt'in dediği gibi, "kişiyi siyasal varlık yapan unsur" dur. Siyasal varlık olmak, bir tercihten ziyade zorunluluğu ifade etmektedir. Her birimizi birer "zoon politikon" olarak formatlayan bir dünyada ifade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir. Bu değerın değerini bilmeliyiz.

# “ÜCRETLİ AVUKAT”

Güneş GÜRSELER\*

Avukatlık mesleğinin içinde bulunduğu sorunların kaynağını, her gün ortalama yirmi yeni avukata ruhsat verilmesi ile ortaya çıkan niceliksel artışın oluşturduğu görüşündeyim. Bu sayısal baskı yürürlükteki mevzuata, meslek kurallarına ve mesleğin özüne aykırı fiili uygulamalar yaratmıştır. “İşçi/ücretli/bağımlı avukat”, “CMK avukatı”, “aynı adreste birden fazla avukatın birbirinden bağımsız olarak çalışıyor görünmesi” gibi uygulamalar hep bu baskının zorlaması altındaki arayışlardır.

Hiçbir planlama yapılmadan birbiri ardına açılan hukuk fakülterinin yılda yaklaşık dokuz bin mezun vermesi, hukuk diplomasının ilk kazanımının avukatlık olması, yaş ortalaması çok genç, altmış bini aşan avukatı yaşam ve hukuk mücadelesi içinde bırakmıştır. Kendi bürolarını çeşitli sosyal ve kişisel nedenlerle açamayan genç avukatlar da bir başka avukatın yanında aylık ücretli olarak çalışma yolunu seçmişler ve uygulamada “ücretli avukat” tipini oluşturmuşlardır.

Avukatlık Yasası’nın 12. maddesine dayandırılan bu uygulama yasanın genel anlayışı ile çeliştiği için önemli sorunlar yaşanmaktadır.

Türkiye Barolar Birliği bu sorunların bilinci ile en uygun çözümü bulmak için tartışma zemini oluşturmak üzere öneri taslağı hazırlayarak meslektaşların bilgisine sunmuştur.

Bu öneri taslağı üzerindeki tartışmalar ise ne yazık ki sadece ücretli avukatın baro genel kurulunda oy hakkı olmaması ile sınırlı kalmıştır. Oysa beklenen, bu nitelikteki bir savunma hizmetinin avukatlıkla ne kadar bağdaştığının tartışılması ve eğer böyle bir hizmetin devamı

\* Avukat, Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri.

isteniyor ise bunun hukuki niteliğinin belirlenerek Avukatlık Yasası içinde nasıl düzenleneceğinin ortaya konulması idi. Bütün bunların tartışılmaması meslektaşlarımızın “*ücretli avukat*” gibi bir sorunlarının olmadığını düşündürmektedir.

Oysa böyle bir sorun vardır ve sayısal artışla birlikte büyümektedir.

Sorun, “*ücretli avukat*” tipinin Avukatlık Yasası’nda tanımlanmaması ve fiili uygulamanın hem yasaya ve hem de savunma mesleğinin özüne aykırı olmasıdır. Avukatlık Yasası, avukatların birlikte çalışmasını 44. maddesinde “*avukatlık bürosu*” ya da “*avukatlık ortaklığı*” şeklinde düzenlemiştir.

### “*Ücretli Avukat*”ın özellikleri

- Baroya kayıtlıdır. Ancak bu kayıt fiili çalışma durumuna uygun bilgiler içermemektedir. Baro levhasındaki kayıt, belirtilen adreste serbest avukat olarak çalışıldığına ilişkindir. Yanında çalışılan avukatı, alınan ücreti ve diğer bilgileri içermemektedir.

- Kendine ait bir bürosu yoktur.

- Gelir Vergisi mükellefi değildir.

- “*Topluluk Sigortası*” üyesi değildir.

- “*İşveren avukat*”ın işyerinde çalışan “*işçi*” konumu ile SSK kapsamında sigortalıdır.

- Sigorta primi işçi asgari ücreti üzerinden ödenmektedir.

- “*İşveren avukat*”, geçerli işçi asgari ücretine göre “*ücretli avukat*”a ödediği ücreti giderleri arasında göstermekte ve vergisini ödemektedir.

- “*Z*” adına vekaletname düzenlenmesinde çok farklı uygulamalarla karşılaşılmaktadır. Genelde vekaletname almamakta, vekaletnameler “*Z*” adına düzenlenmekte “*ücretli avukat*” yetki belgesi ile işleri takip etmektedir. Bazen her ikisine birden ortak vekaletname düzenlenmekte ve “*ücretli avukat*”ın SSK sicil numarası vekaletnameye yazılmaktadır. Bazen de gelir vergisi mükellefi olarak vergi sicil numarası olmadığı halde genel vergi sicil numarasını kullanarak “*ücretli avukat*” adına da vekaletname düzenlenmektedir.

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

- Bağımsız ve serbest değildir.

- Mesleki kimliği öne çıkmamaktadır.

- Barolar ve Türkiye Barolar Birliği bu şekilde çalışan avukatlar için ayrı bir kayıt tutmamakta bu nedenle güncel sayısı bilinmemektedir.

### **Bu Nitelikte Bir Avukatlık Faaliyeti Avukatlık Yasası’na Uygun mudur?**

#### **Aynı büroda birlikte çalışma yönünden**

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

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

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

- 2001 yılında yapılan değişiklikle, Avukatlık Yasası 44. maddesinde avukatın kişisel bir büro kurma zorunluluğuna iki istisna getirmiştir; “Aynı Büroda Birlikte Çalışma” ve “Avukatlık Ortaklığı”. “Ücretli avukat”ın fiili durumu bu iki istisnai düzenlemeye de uymamaktadır.

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

Yeni Avukatlık Yasası hazırlıkları sırasında bu aykırılığın giderilmesi gerekmektedir.

### Avukatlık mesleğinin genel ilke ve kuralları yönünden

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

Görüldüğü gibi; bir avukat yanında aylıklı olarak çalışan avukatın yani "ücretli avukat"ın durumu, 12. madde dışında Avukatlık Yasası'na ve Meslek Kuralları'na aykırıdır. Ülke koşulları ve zorunluluklar böyle bir uygulamayı yaratmıştır. Ancak bu fiili durum her geçen gün savunma mesleğine, avukatlığa, bunların saygınlığına zarar vermektedir. Çözümü Avukatlık Yasası'nın 44. maddesindeki "avukatlık bürosu" ya da "avukatlık ortaklığı" şeklindeki uygulamalara geçilmesidir.

Türkiye Barolar Birliği, mesleğe aykırı bu fiili durumun sakıncalarına dikkat çekmek, yasaya uygun uygulamaya yönlendirmek ve en azından ücretli avukatın ücretinin işçi asgari ücretinden farklı olması gerektiğini vurgulamak için Avukatlık Yasası'nın verdiği yetkiyi kullanarak 2006 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde düzenleme yapmış ve aylık ücreti 1000 YTL olarak belirlemiştir.

Bu düzenlemeye hem Adalet Bakanlığı ve hem de yanında ücretli avukat çalıştıran bazı avukatlar karşı çıkarak avukat ile ücretli avukat arasındaki ilişkinin işçi-işveren ilişkisi olduğu iddiası ile iptal davası açmışlardır.

Örneğin Yargıç Sayın Murat Aydın, Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin 2006 Mart/Nisan sayısının 72-95. sayfalarında yayınlanan makalesinde böyle bir düzenleme yapılamayacağını belirtmiştir:

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

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

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

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

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

*Komisyon kararları kesindir. Kararlar Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girer.*

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

*Asgari Ücret Tespit Komisyonu’nun sekretarya hizmetleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yerine getirilir.”*

*Bu madde hükmüne dayanılarak çıkarılan ve 01.08.2004 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan Asgari Ücret Yönetmeliğinde asgari ücretin nasıl belirleneceğine ilişkin ayrıntılı hükümler konulmuştur.*

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

Danıştay 8. Dairesi de 6.12.2006 tarih 2006/76 E 2006/4896 sayılı kararı ile bu görüşlere benzer düşüncelerle ve “Bir avukat ve yanında çalışan avukat arasında, iş akdinden doğan çalıştıran-yanında çalışan ilişkisi, bir başka deyişle istihdam ilişkisi bulunmaktadır. Çalışan ve çalıştıran avukat arasındaki vekalet, avukatlık asgari ücret tarifesindeki hukuki yardım ve vekalet sözleşmesi kapsamında bulunmamaktadır.” gerekçesi ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi değişikliğini iptal etmiştir.

Gelinen bu aşamada, niteliği yargı kararı ile belirlenen bu ilişki ve hizmetin savunma mesleği ile ne kadar bağdaştığını tartışmak ve bağdaşmıyorsa bağdaşır konuma getirmek gerekmektedir.

Bu soruya yanıtım; bu ilişki ve hizmetin bugünkü uygulamasının savunma mesleği ile bağdaşmadığı yolundadır. Ya başka ülkelerin yaptığı gibi savunma mesleğinin özüne uygun olarak yeniden düzenlenmeliyiz ya da avukatların kendi işlerinin patronu olarak kimseye bağımlı olmadan birlikte çalışabilecekleri avukatlık ortaklığı uygulamasını işe yarar konuma getirip, işçi/ücretli avukat adı altında İş Kanunu hükümlerine göre düzenlenen avukatlığı tümüyle yasadan çıkarmalıyız. Bu konuda da tercihim ikincisinden yanadır. Çünkü ne kadar ayrıntılı düzenlenirse düzenlensin, avukat da olsa bir işverenin



emir ve gözetimi altında çalışmanın avukatlıkla bağdaşmadığına inanıyorum.

Bu soruna Yeni Avukatlık Yasası Taslağı hazırlanması aşamasında bazı barolarımız tarafından değişik çözüm önerileri geliştirilmiştir.

Örneğin İstanbul Barosu.

İstanbul Barosu'nun taslak metin için Türkiye Barolar Birliği'ne gönderdiği önerisinin ilgili bölümleri aynen aşağıdadır. İstanbul Barosu'na göre; *“Uzun vadeli hedef bağımlı avukatlık ilişkilerinin tümüyle ortadan kaldırılmasıdır. Ancak bu hedef için gerekli geniş mutabakatı yaratmak bu gün için zor gözükmemektedir. Bununla birlikte bu tartışmanın bu gündən başlatılması gereklidir.”* Bu anlayışla Avukatlık Yasası'nın 12 ve 163. maddelerinde değişiklik içeren bir metin hazırlanmıştır.

### **“MADDE 12 - Değişiklik gerekçesi**

Avukatlıkla birleşebilen işler maddesi gerek içerik olarak gerek Avukatlığın amacını düzenleyen Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesi gerekse avukatlık ile birleşmeyen işleri düzenleyen 11. maddesi ile yalnız avukatların yapabileceği işler başlığıyla düzenlenen 35. madde başta olmak üzere avukatlığın en klasik ilkeleri ile çelişen hükümler içermektedir.

Öte yandan, avukatlık ile birleşebilen işler ile bizzat avukat olarak yapılan işler madde metninde birbirine karıştırılmıştır. Örneğin, müşavirlik avukatlık ile birleşen değil ancak avukat olarak yapılabilecek bir iştir. Yine 12/c'de geçen ücretli avukat tabiri de avukatlık ile birleşen değil bizzat avukat olarak yapılabilecek işlerdendir. Gerek klasik meslek ilkelerine aykırı olan gerekse teknik anlam bozuklukları taşıyan madde Avukatlık Yasası'nın 163. maddesinde öngördüğümüz değişiklikleri de göz önünde bulundurarak yeniden düzenlenmiştir.

Gerçekte avukatlık mesleği Avukatlık Kanunu 2. maddesi uyarınca ancak *“bağımsız”* bir biçimde yapılabileceğinden uzun vadede *“bağımsızlıkla”* çelişen bütün bağımlı avukatlık çalışma modellerinin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Ancak şu andaki fiili durumu düşünerek ileriki aşamada mevcut durumun iyileştirilmesi amacını ön planda tutarak öneride bulunuyoruz. Özellikle *“memur avukatlık”* avukatlık mesleğinin en temel ilkeleri ile doğrudan çelişen bir çalışma

biçimidir. Memur avukatların, bağımsız olmaması 38. madde uyarınca işi reddetme hakkının olmaması, memur olarak hem memur disiplin yargılamasına, hem baro disiplin yargılamasına tabi olmalarının kabul edilmez olması ilk bakışta görülebilecek hususlardır.

## MADDE 163 – Değişiklik gerekçesi

### Değerlendirme

Bir tüzel kişi bünyesinde veya bir başka avukat yanında ücretli olarak çalışan avukatlarla ilgili olarak 195 maddeli Avukatlık Yasamızda bir tek alt madde vardır. O da 12-c maddesi. Diğer bütün hükümler ağırlıklı olarak = tümüyle “*kendi bürosunda görev yapan*” = serbest çalışan avukatlara göre düzenlenmiştir. Bir avukatın bir tüzel kişi bünyesinde çalışması Avukatlık Yasası 12/c maddesi uyarınca onun avukat niteliğini ortadan kaldırmaz. Tam tersine bu çalışma tarzı yasaya göre avukatlıkla birleşebilen bir çalışma tarzı olduğu için bağımlı çalışan avukatlar da avukatlıkla ilgili hakları, yetkileri ve ödevleri bakımından Avukatlık Yasası’nın kapsamındadır

Öte yandan çok fazla sayıda avukat meslektaşımız, Avukatlık Yasası 12-c maddesi kapsamında başka avukatların yanında çalışmaktadır. Bu meslektaşlarımız da bağımlı çalışan avukatların azımsanmayacak bir kesimini teşkil etmektedirler.

### i. Bağlı (Bağımlı Çalışan) Avukatların Sözleşmelerinin Temeli Avukatlık Yasası Olmalıdır

Avukatlık faaliyetinin niteliği ve avukatlık kamu hukukundan kaynaklanan özellikleri nedeniyle genel hükümlere göre kurulan bağımlı avukatlık ilişkileri çok önemli sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle bağımlı avukatlık ilişkisinin genel iş sözleşmesinden ayrı bir biçimde düzenlenmesi zorunludur. Bu düzenlemenin, “*serbest avukatlık sözleşmesi*” yanında ve “*avukatlık iş sözleşmesi*” adı altında doğrudan Avukatlık Yasası içinde yapılması gerekir. İş Yasasına ise ancak avukatlık faaliyetinin niteliği ile bağdaşan hükümler yönünden yollama yapılmalıdır.

## ii. İşçi Avukatın Bağlılığı Ortadan Kaldırılmalıdır.

Avukatlık Mesleğinin ön önemli niteliklerinden birisi “işlevsel bağımsızlıktır”. Bugün için bağımlı çalışan avukatların iş sözleşmelerinin iş mevzuatını ilgilendirdiğine şüphe yoktur. Bununla birlikte iş mevzuatı uyarınca bağımlı çalışan avukatın herhangi bir çalışan gibi tüzel kişinin veya yanında çalıştığı kişinin talimatları ile bağlı olması söz konusu değildir. Avukatlık iş sözleşmelerinde yer alan bağımlılık unsuru niteliği gereği genel iş sözleşmelerinin bağımlılık unsurundan farklıdır. Çünkü avukatlık iş sözleşmelerindeki iş görme edimi Avukatlık Yasası’nın 2. maddesine aykırı olarak düzenlenemez.

İşveren, görevini yaparken avukatın Av. Y. 2. maddesi kapsamında değerlendirmesine müdahale edemeyeceğini açıkça bilmelidir. İşveren’ in bu şekildeki bir müdahalesi bağımsızlığa müdahale anlamını taşır ve avukatın işi reddetme ya da avukatlık sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı doğar. Avukatlık İş Sözleşmesi’ni “genel iş sözleşmesinden” ayıran en önemli özellik avukata tanınan bu haktr.

Bağımlı çalışan avukatların yasadan kaynaklanan bu hakları tercihen iş sözleşmelerinde yer almalıdır. Ama açıkça iş sözleşmesinde bu haklara yer verilmese dahi yasal nitelikli olduğu için bu hakların mutlaka uygulanması sağlanmalıdır.

## iii. Hedef

Uzun vadeli hedef bağımlı avukatlık ilişkilerinin tümüyle ortadan kaldırılmasıdır. Ancak bu hedef için gerekli geniş mutabakatı yaratmak bu gün için zor gözükmektedir. Bununla birlikte bu tartışmanın bu günden başlatılması gereklidir.

## iv. Avukatlık Yasasındaki Bağımlı Çalışan Avukatlarla İlgili Eksiklik Ve Ayıp Giderilmelidir.

Avukatların neredeyse %50 si bağımlı avukat olarak çalışırken Avukatlık Yasasında bu konuda bir alt madde olmasının ayıbı giderilmeli ve Avukatlık Yasası’nda avukatlık iş sözleşmeleri ile ilgili özel bölüm olmalıdır. Avukatlık iş sözleşmelerinde olması gerekli asgari hükümler yasada belirtmeli bu konuda ayrıntılı tip sözleşme çıkarma yetkisi baroların görüşleri alındıktan sonra ulusal ölçekte uyum için

TBB' ye verilmelidir. Yine bu bölümde avukatlık iş sözleşmelerinden doğan ihtilaflara maddi hukuk bakımından öncelikle Avukatlık Yasası hükümlerinin uygulanacağı belirtilmelidir.

#### **v. Barolar ve TBB Bağlı Avukatları Koruyucu Tip Sözleşmeler Geliştirmelidir.**

Bağımlı çalışan avukatların iş sözleşmeleri avukatlık mesleğinin temel ilkelerine atıf yapan, bağımlı çalışan avukatları koruyan, görevlerini Meslek İlkelerine uygun olarak yapabilmelerine imkan tanıyan hükümler içermelidir. Bu ise ancak meslek örgütlerinin konuya sahip çıkmaları; zorunlu asgari hükümleri içeren tip sözleşmeler hazırlamaları ve bağımlı çalışan avukatlar için bu sözleşmeleri kullanılması zorunluluğunun getirilmesi ile mümkündür.

Böylece güçsüz durumdaki bağımlı çalışan avukatlar kendilerini korumada büyük bir destek elde etmiş olacaklardır. Bağımlı çalışan avukatların kendilerini koruma mekanizmalarının yaratılması ise mesleklerini bağımsız olarak yürütebilmelerine imkan tanıyacak, mesleki niteliksel gelişmenin önü açılmış olacaktır.

Avukat yanında çalışan avukatlar için yapılacak biraz daha farklı tip sözleşmeler ise, meslektaşlar arasındaki birlikte çalışma ilkelerini gündeme getirecek, bu ilkelerin süreç içinde olgunlaşmasını sağlayarak mesleki etik düzeyini yükseltecektir. Kendi içlerinde hakkaniyetli süreçler, kurumlar yaratan avukatların toplum nezdinde inandırıcılığı ve gücü artacaktır.

Bu maddedeki değişiklik "*İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü'nün*" savunucusu avukatların ciddiye alınabilmesi için bu mücadeleye önce kendi mesleki alanlarından başlamalarının bir gereğidir.

Bu düşüncelerle ve gerekçelerle Avukatlık Yasası'nın 12. maddesinde önerdiğimiz değişiklikler de göz önüne alınarak 163. madde, "*Avukatlık Sözleşmesi*", "*Avukatlık İş Sözleşmesi*" ve "*Avukatlık Birlikte Çalışma Sözleşmesi*" biçiminde tanımları yapılarak ve muhtevası ayrıntılı tespit edilerek değişik hali ile önerilmektedir."

Ankara Barosu da 163. maddede değişiklikler yapılarak ücretli avukatın sorunlarına çözüm aramaktadır.

Uluslararası uygulama araştırıldığında örneğin Alman Avukatlık Yasası'nda (madde 46 ve 59/a) ve İsviçre Bern Kantonu Avukatlık

Yasası'nda (madde 8) bu tür çalışmaya izin verilmediği, avukatların birlikte çalışmalarının ancak ortaklık şeklinde olabildiği görülmektedir. "İşçi / ücretli / bağımlı avukat" türünde mesleki faaliyete izin veren bazı Avrupa ülkelerinde ise farklı içerikte ve bağımsız çalışan avukatlardan ayrı statüde düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Örneğin, Fransa Avukatlık Yasası m. 7/4-5, Paris Barosu İttüzüğü m. 14. ve Macar Avukatlık Yasası 84. m. bu konudaki farklı düzenlemeleri içermektedir.

Bunların içinde en ayrıntılı düzenlemeyi yapan Macar Avukatlık Yasası'nın ilgili bölümü aşağıya alınmıştır.\* Bilindiği gibi Macar Avukatlık Yasası'na benzer bir düzenlemenin Türkiye Barolar Birliği öneri taslağında yer alması tartışmalara yol açmıştı.

---

**\* Macar Avukatlık Yasası'nın İlgili Bölümü (Bölüm VIII, Ücretli Avukat)**

84. (1) Ücretli avukat, avukatlık faaliyetlerini, avukatla veya Avukatlık Bürosu ile yapmış olduğu hizmet sözleşmesi temelinde yürüten kişidir.

(2) Ücretli avukat, mesleki faaliyetlerini münhasıran işveren avukat tarafından verilen iş temelinde gerçekleştirir. Ücretli avukat, işveren avukatın onayı ile görevini bir başka avukata devredebilir.

(3) Ücretli avukat olarak çalışanlar Baronun ücretli avukatlar siciline kaydedilirler.

(4) Ücretli avukatlara Baro tarafından bir ruhsatname verilir.

**Ücretli Avukatların Kaydedilmesi**

85. (1) Aşağıda belirtilen kişiler, talepleri üzerine ücretli avukatlar siciline kaydedilirler:

- a) 13. paragrafın 3. fıkrasının (a), (e) ve (h) bentlerindeki koşulları taşıyanlar,
- b) Avukatlık faaliyetleri amacıyla bir büro veya avukat ile hizmet ilişkisi kuranlar.

(2) Ücretli avukat Baro üyesi değildir.

(3) İşveren avukatın/büronun sorumluluk sigortası, ücretli avukatın faaliyetlerini de kapsar.

(4) Ücretli avukatın işveren avukatla/büroyla olan hizmet ilişkisi açısından İş Kanunu hükümleri geçerlidir.

**Disiplin Cezaları**

86. İşveren avukata/büroya karşı bir disiplin suçunun işlenmesi durumunda, 38. paragrafın (a) ve (b) fıkralarında belirtilen disiplin cezalarının yanı sıra, ücretli avukatlar sicilinden çıkarılma cezası da uygulanabilir.

**Ücretli Avukatlar Sicilinden Çıkarma**

87. (1) Aşağıda belirtilenlerin ücretli avukatlar sicilinde çıkarılması zorunludur:

a) 13. paragrafın 3. fıkrasının (a), (e), (h) bentlerinde belirtilen koşulları taşımayanlar;

b) İş akdi sona ermiş olanlar;

c) Ücretli avukatlar sicilinden çıkarılma cezası uygulanmış olanlar;

d) Vefat edenler.

(2) Baro, sicilden çıkarma hakkındaki kararını gerekçeli olarak verir. Karar açısından 15. paragraf hükümleri amirdir.

(3) Bir avukat veya Büro ile 3 ay içinde hizmet sözleşmesi yapan ücretli avukat hakkında 1. fıkranın (b) bendine dayanılarak ücretli avukatlar sicilinden çıkarma kararı verilemez.

(4) Ücretli avukatın kayıttan çıkarılması halinde, ücretli avukatın ruhsatnamesi Baro tarafından geri alınır.

88. (1) Avukatlara dair düzenlemeler (ücretli avukatın bir avukat veya avukatlık bürosu ile arasındaki hizmet ilişkisinin 6. paragrafın 1. fıkrasının (b) bendi hükümleriyle çelişmemesi koşuluyla) uygun olduğu ölçüde ücretli avukatlar açısından da geçerlidir.

(2) Ücretli avukatın, avukat olarak mesleki faaliyetlerine devam etmek istemesi halinde, Baro, 13. paragraf hükümlerine uygun bir usul takip eder (bu durumda önceden incelenen ücretli avukat kaydına ilişkin zorunlu olan şartlar açısından ikinci bir incelemeye gereksinim duyulmaz.)”

Macaristan Avukatlık Yasası böyle bir çözümü bulmuş ve uygulamaktadır.

Benzer bir çözümün ülkemizde ne kadar başarılı olacağı tartışılır. Ancak tartışılmayacak kadar açık gerçek “*ücretli/işçi/bağımlı avukat*” konumunda çalışan meslektaşlarımızın yaşadığı sıkıntılardır. Büyük şehirlerimizde bazı bürolarda onlarca bu nitelikte meslektaşımızın çalıştığı barolarımızda resmi kayıtları olmadığı için ancak haricen biliyoruz. Bu tablonun sürmesi önce mesleğimize ve sonra da meslektaşlarımıza zarar vermektedir. Asıl zarar gören de bu nitelikteki meslektaşlarımızdır.

Yapılması gereken serinkanlılıkla tartışmak ve çözüm önerilerini ortaya koymaktır. Benim önerim; meslektaşlarımızın “*avukatlık bürosu*” ve “*avukatlık ortaklığı*”nı tercih ederek avukatlık mesleğinin tüm niteliklerine uygun çalışabilmelerinin sağlanmasıdır. İşveren avukatın emir komutası altında yapılan hizmetin gerçek anlamı ile avukatlık olabileceğini kabul edemiyorum.

Ayrıca mesleğimizin sorunu ücretli avukatlık ile sınırlı değil. Mesleğimizin ve örgütlerimizin yargı erki içinde kurumlaşarak gerçek saygınlığını kazanabilmesi hepimizin gayretine bağlı. Baroların ve Türkiye Barolar Birliği’nin bu sorunlar karşısında başarılı olabilmesi meslektaşlarımızın en geniş tartışmaları yaparak çözüm önerilerini de belirtmeleri ile sağlanabilir. 16.6.2007

# 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN İŞTİRAK KURUMUNA BAKIŞI

Mustafa ÖZEN \*

İştirak, suçun işlenebilmesi için gerekli olan kişi sayısından en az bir veya daha fazla kişinin o suçu işlemesi halinde, işlenen suç açısından, cezai sorumluluğunun esasını belirleyen ceza hukuku kurumudur. Genel olarak, suçlar bir kişi tarafından işlenebilir. Bu suçların işlenmesine, ikinci bir kişinin katkı sağlaması, ikinci kişi açısından iştiraki oluşturur. Bazı suçlar ise, unsur olarak en az iki veya daha fazla kişinin birlikte bulunmasını gerektirir. Bu suçlara, çok failli suçlar denir. Mesela, rüşvet suçunun işlenebilmesi için, biri kamu görevlisi olmak üzere iki kişinin anlaşması gerekir. Aynı şekilde, TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen örgüt kurma suçunun işlenebilmesi için en az üç kişinin bulunması gerekir. Çok failli suçlara, suçun oluşabilmesi için zorunlu olan sayının dışındaki diğer kişilerin katkısı iştiraki olacaktır.

İştirak konusunda, eşitlik ve ikilik olmak üzere iki farklı sistem bulunmaktadır. Eşitlik sisteminde, suçun işlemesine katkısı olan herkes, indirim olmaksızın işlenen suçun cezasıyla cezalandırılır. Bir başka ifadeyle, bütün şerikler aynı ceza ile cezalandırılırlar. İkilik sisteminde ise, suça iştirak eden kişilerin, suça katkılarına göre cezalandırılmaları söz konusudur. Bu sisteme göre, şeriklerden bazıları suçun cezasıyla cezalandırılmakta, bazıları ise, daha az ceza ile cezalandırılmaktadır. Hem hem de 5237 sayılı kanun ikilik sistemini benimsemiştir.

Biz bu çalışmamızda, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu'nun iştirak kurumuna bakış açısını incelemeye çalışacağız. Bu incelememizi yaparken, yeni kanunun neler getirip neler götür-

\* Ar. Gör., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

düğünü belirleyebilmek için, 765 sayılı önceki kanunu da göz önünde bulundurup ilgili bölümlerde farklarına değineceğiz.

## I. İŞTİRAKIN KOŞULLARI BİRDEN ÇOK KİŞİNİN BULUNMASI

Suçta iştirakin olabilmesi için, unsur olarak gerekli sayıdaki kişi/lerden çok kişi/lerin suçun işlenişine katılmaları gerekir.<sup>1</sup> Yukarıda kısaca açıklandığı gibi, çok failli suçlarda, suçun oluşabilmesi için zorunlu olan kişi sayısından başka kişilerin, diğer suçlarda ise, ikinci kişinin suçun işlenişine katkı sağlaması, iştirak kurallarının uygulanması için gereklidir. 765 sayılı kanun bu koşulu; *'Bir kaç kişi bir cürüm veya kabahatin icrasına iştirak ettikleri takdirde'*, 5237 sayılı kanun ise, *'Suçun kanuni tanımında yer alan fülü birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri'* şeklinde düzenlemişlerdir.

## DEĞERLENDİRME

765 sayılı kanun, *'birkaç kişi'* ifadesini kullanırken, 5237 sayılı kanun, *'her biri'* ifadesini kullanmıştır. Özü itibariyle birden fazla kişi anlamına gelen bu ifadeler, farklı şekillerde ifade edilmiştir. Dolayısıyla yazım farklılığı dışında öze ilişkin bir farklılık yoktur.

## SUÇA KATILMA KASTI

İştirak, bir amaca yönelmiş iradeyi gerektirir. Bu amaç, kanunun suç saydığı neticeyi istemektir. Doğal olarak, bu neticeyi isterken, neticeye götürecek hareketler de bilinip istenecektir. Her suçun somut bir neticesi yoktur. Bu nedenle, neticesiz suçlarda, hukuken korunan menfaatin ihlali istenecektir. Kast, TCK'nun 21. maddesinde, *'suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi'* şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıktığımızda, iştirakte, kastın unsurların bulunması gerektiği sonucu ortaya çıkar. Taksir, TCK'nun 22. maddesinde, *'suçun kanunda öngörülen neticelerinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla'* şeklinde tanımlanmıştır. Taksirde, hareket bilerek yapılmakta ve fakat netice istenmemektedir. Dolayısıyla,

<sup>1</sup> Francesco Antolisei, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Milano 1989, s. 481.



kastta netice de istendiği için, taksirle işlenen suçlara iştirak mümkün değildir. 765 sayılı kanunda, bu koşulu açıkça görmek mümkün değildir. Ancak, bu koşul, 5237 sayılı kanunun bağluluk kuralını düzenleyen 40. maddesinin 1. fıkrasında, 'Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir' şeklinde açıkça düzenlenmiştir.

## DEĞERLENDİRME

Suçta katılma kastı, 765 sayılı kanunda açıkça düzenlenmemiştir. 5237 sayılı kanunda, bağluluk kuralının bir gereği olarak açıkça düzenlenmiştir. 765 sayılı kanunda, suça katılma kastının açıkça düzenlenmemiş olması ne öğretide ne de Yargıtay içtihatlarında bir eksiklik olarak görülmüştü. Çünkü, iştirak kurumunun niteliği gereği, zaten bu koşul kendiliğinden çıkmaktadır. Bu koşul, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda<sup>2</sup> da açıkça düzenlenmemiş, fakat İtalyan öğretisinde kabul edilmiştir. 5237 sayılı kanun, bu boşluğu doldurmak amacıyla bağluluk kuralı altında, suça katılabilmek için, kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi gerekliliğini vurgulamıştır. Bağluluk kuralının düzenlendiği 40. maddenin gerekçesine bakıldığında, bu kuralın, suçun işlenişine müşterek fail olanların dışında katkı sağlayan kişilerin cezalandırılmasının hukuki temelini oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bu, aslında, iştirak iradesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, suça katılma kastı, bağluluk kuralını karşılamaktadır. Gerek öğretide ve gerekse uygulamada herhangi bir tartışmanın olmadığı bu koşulun, açıkça ve bağluluk kuralı altında düzenlenmiş olması, kanunun fazlaca ayrıntıya girdiği izlenimini verebilmektedir. Suça katılma iradesi, en geç, suçun işlendiği ana kadar gösterilmelidir.<sup>3</sup>

## C. ÜZERİNDE ANLAŞILAN SUÇUN AYNI OLMASI

İştirak, kelime anlamı olarak, bir konu üzerinde, bir işin yapılmasında fikir birliğine varma, anlaşma anlamına gelmektedir. Bu anlama uygun olarak, hukuki anlamı da, işlenmek istenen suçun bütün şerikler / suça katılanlar için aynı olması gerekir. Bir başka ifadeyle, şerik-

<sup>2</sup> 110. madde; 'Aynı suçun işlenmesine birden çok kişi iştirak ettiği zaman, o kişilerden her biri, ilerdeki kanuni düzenlemelerdeki durumlar hariç olmak üzere, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır'.

<sup>3</sup> Antolisei, a. g. e, s. 492.

lerin / suça katılanların aynı suçu işleme iradesi içerisinde olmaları gerekir. Şeriklerden biri, anlaşılardan başka bir suç işlerse, şerikler o suçtan sorumlu olmayacaklardır. Örneğin, konut içinde hırsızlık için anlaşan üç şerikten A, binaya girdikten sonra, B'ye karşı cinsel saldırı suçunu işlerse, diğer şerikler / suç ortakları, cinsel saldırı suçundan sorumlu olmayacaklardır.

## DEĞERLENDİRME

Hem 765 sayılı kanunda hem de 5237 sayılı kanunda, bu koşul açıkça yer almamıştır. Ancak, iştirak kurumunun yapısı gereği, hem öğreti hem de uygulama tarafından bu koşul kabul edilmiştir. Burada üzerinde durulması gereken noktalardan birincisi, üzerinde anlaşılan suçun, bütün unsurlarının bilinmesinin gerekip gerekmeyeceği, ikincisi ise, üzerinde anlaşılan suç ile uzak veya yakın bağlantı kurulabilen suçlar konusunda da ayrıca iştirak iradesine gerek duyulup duyulmayacağıdır. Örneğin, konutta işlenecek hırsızlık suçunda, ev sahibinin direnmesi üzerine, bıçakla yaralanması veya öldürülmesi durumunda, dışarıda gözcülük yapan kişi, ayrıca yaralama veya öldürme suçundan sorumlu olacak mıdır? Hırsızlık suçunu işlemek isteyen bir kişinin, malın zilyedinin karşı koyma ihtimalini düşündüğü ve bu direnci kırmak için, yaralama hatta, öldürme fiilini gerçekleştirebileceğini ön kabul olarak iradesinde bulundurduğu kabul edilecek midir? Hırsızlık suçları işlenirken bu suçların işlenmesi ihtimali yüksek olduğu için şerikler açıkça bu yönde bir irade beyanında bulunmasalar bile, iştiraklerinin varlığı, kabul edilebilir.<sup>4</sup> Eğer, ortak işlenmek istenen suçun dışına çıkmışsa (önemli sapma olmuşsa) ortak iradenin dışına çıkarak suç işleyen kişi, işlenen suçtan sorumludur.<sup>5</sup> Her olayın özelliğine göre değerlendirilmeli, eğer olası kast derecesinde bir kusuru varsa, şeriklikten cezalandırılmalıdır. İşlenen ikinci suçun işleneceğini bilen ve iradesini o yönde kullanan kişi, ikinci suçtan sorumludur.<sup>6</sup> Netice sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından, ağırlaşan neticeden, asıl fail ile birlikte şerikler de sorumlu olacaklardır.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005, s. 423-424; Aksi yönde karar için bkz., Vural Savaş - Sadık Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt I, Ankara 1999, s. 1249- 1250.

<sup>5</sup> Mustafa Ruhan Erdem, Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı, *HPD Dergisi*, Sayı 5, Aralık 2005, s. 207.

<sup>6</sup> Antolisei; a. g. e., s. 493.

<sup>7</sup> Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2005, s. 521.

## D. İŞLENİLMESİNE KARAR VERİLEN SUÇUN İCRASINA BAŞLANILMASI

İştirak iradesinin cezalandırılabilmesi için, üzerinde anlaşılan suçun en az icra hareketlerine başlanmış olması gerekir. Burada, icra hareketlerinin ne zaman başlamış sayılacağı teşebbüs kurumunu ilgilendirmektedir. 5237 sayılı kanun, icra hareketlerine başlanmış sayılabilmesinin kabulü için, *'doğrudan doğruya icraya başlama'* ölçütünü getirmiştir. Buna göre, suç ile korunmak istenen hukuki menfaatin ihlal edilebilmesi için zorunlu olarak bağlı olan ve suçun kanuni tanımındaki unsurlardan birinin, önlenmediği zaman ihlal edilebileceği aşamaya gelen hareketler, icraya başlama sayılacaktır. Bu sonuçtan, doğal olarak, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağı anlamı ortaya çıkacaktır. Mesela, A'nın B'ye, sadece *'eğer, C'yi öldürmek istersen sana tabanca bulurum'* demesi, tek başına cezalandırmak için yeterli değildir. Öldürme fiilinin icrasına başlanmış olması gerekir.

## DEĞERLENDİRME

İşlenmek istenen suçun en azından icrasına başlanmış olmasının gerektiği konusunda 765 sayılı kanunda, açık bir hüküm yoktu. 5237 sayılı kanun, 40. maddesinin 3. fıkrasında, *'Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir'* ifadesiyle bu konuyu açıkça düzenlemiştir. Konuya, 5237 sayılı kanunun, teşebbüsü düzenlediği 35. maddesi açısından bakılarak, suçun icrasına ne zaman başlanmış olunacağına ölçütünde yeni bir anlayış getirdiği göz önüne aldığımızda, 5237 sayılı kanunun önemli ve yerinde bir yenilik getirdiği söylenebilir.

## II. SUÇA İŞTİRAK BİÇİMLERİ

### A. MÜŞTEREK FAİLLİK

Müşterek faillik, suçun kanunda belirtilen unsurlarının işlenmesine doğrudan doğruya katkı sağlanması / ortak olunması anlamına gelir. Bu husus, 37. maddenin 1. fıkrasında, *'Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur'* şeklinde düzenlenmiştir. Ancak burada, *'suçun kanunda belirtilen unsurlarının işlenmesine'* ifadesi değil, *'suçun kanuni tanımında yer alan fiili'* ifadesi kullanılmıştır. *'Kanundaki unsur'* yerine *'fiil'* kelimesinin kulla-

nılmış olması farklı yorum ve buna bağlı olarak sorunlara yol açabilir. Örneğin, ırza geçme şeklindeki cinsel saldırı suçunda, mağdurun elini tutan kişi ile ırza geçme fiilini gerçekleştiren kişinin iştirakteki konumları ne olacaktır? Bu örneğimizde, kanunda yer alan 'fiil' kelimesinin suçtaki karşılığı 'ırza geçme' davranışdır. Ancak mağduru tutan kişi, ırza geçme suçunun kanunda yer alan fiilini işlememiştir. Aynı şekilde, insan yaralama suçunda mağdurun elini tutan kişi, yaralama suçundaki yaralama fiilini işlememiştir. Ancak, bu durum, suçun işlenmesi üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için, müşterek faillik sayılacaktır. 765 sayılı kanunun 64. maddesinin 1. fıkrasında, '*Bir kaç kişi bir cürüm veya kabahatin icrasına iştirak ettikleri takdirde fiili irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri o fiile mahsus ceza ile cezalandırılır*' şeklinde düzenlenmişti. Bu düzenlemeye göre, suçun kanuni tanımındaki unsuru ihlal eden kişi '*irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri*', suçun kanuni tanımında yer alan fiili işlememekle birlikte işlenmesine önemli derecede katkı sağlayan kişi, '*zorunlu fer'i iştirak*' şeklinde adlandırılmakta ve bu, 65. maddenin 4. fıkrasında, '*Bu maddede yazılı fiillerden birini işleyen kimisenin iştiraki inzıam etmeksizin fiilin irtikabı mümkün olamayacağı sabit olan hallerde o kimse yukarıda gösterilen tenzilattan istifade edemez*' şeklinde düzenlenmişti.

## DEĞERLENDİRME

5237 sayılı kanun, '*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili*' işleyen kişilerin, müşterek fail olacağını düzenlemiştir. Bu düzenlemesiyle yeni kanun, 765 sayılı kanundaki, '*irtikap etme veya doğrudan doğruya beraber işlemiş*' olma ölçütünü terk etmiştir. Önceki kanundaki, '*zorunlu fer'i iştirak*' şeklinde adlandırılan ve irtikap eden veya doğrudan doğruya beraber işleyen kişilerden farkının ortaya konulmasının zaman zaman güçlük çıkardığı durum, yerinde olarak kaldırılmıştır. İşlenen fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulması ifadesinin, müşterek faillik için esas alınmış olması yerinde olmuştur. Ancak, '*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri*' ifadesi, farklı yorum ve sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Bu nedenle, bu fıkranın '*suçun kanuni tanımında yer alan unsurları birlikte gerçekleştirenlerden her biri*' şeklinde düzenlenmesi yerinde olurdu.

## B. DOLAYLI FAİLLİK

Dolaylı faillik, 37. maddenin 2. fıkrasında ‘Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar arttırılır’ şeklinde düzenlenmiştir. Dolaylı faillikte, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi, aslında cezai anlamda kusurlu değildir. Bir başka kişi, suçu işleyen kişiyi, suçu işlemekte araç olarak kullanmaktadır. Öyle ki, görünürde suçu işleyen kişi, aslında bir başka kişi tarafından suçu işlemeye araç olarak kullanılmaktadır. Dolaylı fail, görünürde suçu işleyen kişinin iradesini ederek / ortadan kaldırarak onu bir araç gibi kullanmaktadır. Kanun 2. fıkranın son cümlesinde, kusur yeteneği olmayanları, suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmasını daha fazla ceza ile cezalandırma yoluna gitmiştir. Böylelikle, kusur yeteneği olmayanlar ile olup da sonradan ortadan kaldırılanlar arasında bir ayırım yapmış ve kusur yeteneği olmayanların suçta araç olarak kullanılmasının daha kolay olması nedeniyle bu kişilerin zayıflıklarından yararlanılmasını daha ağır ceza ile cezalandırmıştır. 765 sayılı kanunda dolaylı faillik düzenlenmemiştir, fakat, gerek öğretide ve gerekse uygulamada kabul edilmekteydi.

## DEĞERLENDİRME

5237 sayılı kanun, dolaylı failliği yerinde olarak açıkça düzenlemiş ve sanki suçu işlemiş gibi yani müşterek fail gibi cezalandırmıştır. Dolayısıyla failliğin bir iştirak şekli olup olmadığı konusunda tartışma bulunmaktadır. Aksi yönde görüş belirten yazarlar olmasına rağmen genel kanı, bir iştirak şekli olduğu yönündedir.<sup>8</sup> Suçun işlenmesinde, kusur yeteneği olmayanlar ile olup da ortadan kaldırılmış olanlar arasında verilecek ceza bakımından ayırım yapılmıştır. Buna göre, kusur yeteneği olmayan kişilerin kandırılmalarının, zayıf veya saf hallerinden yararlanılmasının diğer kişilere göre daha kolay olacağı için, bu kişilerin suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmaları hali yerinde olarak daha ağır bir cezai yaptırım altına alınmıştır. Burada geçen kusur yeteneği ifadesi, ‘*isnad kabiliyeti*’ olarak anlaşılması gerekir. Yoksa, kusurlu hareket edebilme yeteneği şeklinde anlaşılmasıdır. Çünkü, 12 yaşından küçük çocuklar kast veya taksirle hareket edebilirler. Bu

<sup>8</sup> Antolisei, a. g. e., s. 471.; Nevzat Tororslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2005, s. 282.

nedenle bu kişiler, normal koşullarda kusurlu hareket etme yeteneğine sahiptirler. Son olarak, 'Kusur yeteneği' olmayanların dolaylı faillikte kullanılmasının cezada arttırım nedeni olduğu düzenlenmektedir. Kusur yeteneği olmayan kişilerin kimler olduğu kanunda açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak; çocuklar, akıl hastaları, uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olanlar, geçici nedenlerin etkisi altında olanlar ile sağır ve dilsizlerin kusur yeteneği olmadığı kabul edilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, dolaylı failliğin uygulanması açısından bu saydığımız sınıfa girenler bakımından bir ayırım olmaksızın, dolaylı faillik hükümleri uygulanabilecektir. Fakat, azmettirmenin düzenlendiği, 38. maddenin 2. fıkrasında, çocukların azmettirilmesi halinde, cezanın üçte birinden yarısına kadar arttırılacağı düzenlenmiştir. Bu fıkrada, kusur yeteneği olmayan kişilerden sadece çocuklardan bahsedilip, yukarıda saydığımız diğer, akıl hastaları, uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olanlar, geçici nedenlerinin etkisi altında olanlar ile sağır ve dilsizlerden bahsedilmemesi, bu kişilerin, azmettirilmesi halinde, azmettirenin ceza sorumluluğuna gidilirken, daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal uygulanamayacaktır. Böyle bir ayırımın, hukuki dayanağı madde gerekçesinde bulunmamaktadır. Bu nedenle, ortaya çıkabilecek sorunları önleme açısından, bu fıkrada, kusur yeteneği olmayanların azmettirilmesi halinde, azmettirenin cezai sorumluluğunun arttırılacağı şeklinde düzenlenmesi daha uygun olabilirdi.

### C. AZMETTİRME

Azmettirme, kanununun 38. maddesinin 1. fıkrasında, '*Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır*' şeklinde düzenlenmiştir. Azmettirme, suç işleme düşüncesi olmayan bir kişide suç işleme düşüncesi oluşturmaktır. Azmettirme ile dolaylı faillik, birbirine yakın olup bazen karıştırılabilmektedir. İki kurum arasındaki fark; (1) Azmettirmede, azmettiren azmettirilenin fiili üzerinde hakimiyet kurmaz. Azmettirilen, bir iştirak iradesinin sonucu olarak hareket ettiğinin bilincindedir. Dolaylı faillikte, dolaylı fail, suçu işleyen kişinin hareketleri üzerinde hakimiyet kurmaktadır. (2) Azmettirmede, azmettirilen suçu işlerken bir araç olarak kullanılmaz. Suç üzerinde tasarruf etme imkanı vardır.<sup>9</sup> Özgür iradeye sahiptir. Dolaylı faillikte ise, suçu işleyen kişi, özgür iradeden yoksun olup, bir araç olarak kul-

<sup>9</sup> Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku*, Ankara 2007, s. 369.

lanılmaktadır. Mesela, tam ceza ehliyetine sahip bir kişinin hipnotize edilerek, babasının öldürtülmesinde dolaylı faillik vardır.

## DEĞERLENDİRME

Kanununun 2. fıkrası, ‘Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar arttırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın arttırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz’ şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile, kan hısımlığı yoluyla elde edilen nüfuz hakkının kötüye kullanılmasının cezalandırıldığı görülmektedir. Akrabalık ilişkisi güç / yetki kullanımının en kolay olduğu alanlardan biridir. Bu imkanın kötüye kullanılması cezalandırılmak istenmiştir. Ancak başkaca güç / yetki kullanımının kolay olduğu yerler de vardır. Örneğin, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar belli bir altlık – üstlük ilişkisine göre hareket ederler. Bu gibi yerlerde, amir konumunda olan kişiler de, yetkilerini kötüye kullanabilirler. Bu durumları da kapsamına alacak bir ifadenin kanunda yer alması mümkün olabilirdi. Çocukların azmettirilmesi durumunda, cezanın ağırlaştırılabilmesi için, alt soy – üst soy ilişkisinin varlığı aranmayacaktır. Bu demektir ki, altsoy – üstsoy ilişkisi olmadan 18 yaşından küçükün suça azmettirilmesi ile altsoy – üstsoy ilişkisi olup 18 yaşından büyük olanın suça azmettirilmesi hali aynıdır. Bu durumda kişiye tek cezayı ağırlatan nitelikli hal uygulanır. Ancak, azmettirilen 18 yaşından büyük ise, altsoy – üstsoy ilişkisinin varlığı aranacaktır.

765 sayılı kanunda böyle bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak, 64. maddenin 2. fıkrasının 2. cümlesinde, ‘fili icra edenin onu işlemekte şahsi bir menfaati olursa azmettiren şahsın cezası, ölüm yerine yirmi dört sene ve müebbet hapis yerine yirmi sene ağır hapistir. Sair cezaların altıda biri indirilir’ şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı. Bu düzenlemeye göre, eğer azmettirilen, azmettirildiği suçu işlemekte şahsi bir menfaati varsa, azmettirenin cezası indirilmekteydi. Yani, azmettirenin, azmettirme konusunda çok güçlük çekmemekte, kişiyi içinde bulunduğu durumdan yararlanarak daha kolay ikna edebilmekteydi. Yeni kanun, bunu dikkate almamış, herhangi bir derecelendirme veya azmettirmede kolaylık imkanını dikkate almadan cezalandırma yoluna gitmiştir.

3. fıkra, ‘Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet

*hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir'* şekilde düzenlenmiştir. Bu fıkra, özellikle örgüt suçları gibi suç delillerinin kolay elde edilemeyeceği veya suç faillerinin kolay yakalanamayacağı suçlar için getirilmiş bir düzenlemedir. Azmettirenin kim olduğunun ortaya çıkartılmasını sağlayacak bilgi veren suç faillerinin cezasında indirimle gidilmesi ilk defa getirilmiştir. Bu düzenleme, özellikle örgütsel faaliyetler çerçevesinde işlenen ve bu nedenle suç ve faillerinin ortaya çıkartılmasının zor olduğu suçlarla etkin mücadele için getirilmiştir. Bu düzenleme, tamamen bir suç politikası sonucu getirilmiştir. Ancak, bu düzenlemenin, asılsız, somut dayanaktan yoksun olarak, kişilerin azmettiren sıfatıyla ceza soruşturmasına uğrama ve uğratılma tehlike ve ihtimalini doğuracağı gözden uzak tutulmamalıdır. Bu düzenlemenin olmaması halinde de her zaman bu ihtimalin olabileceği ileri sürülse de, yasal dayanağın olması, bu ihtimali daha da arttırmaktadır. Burada, Kanun koyucunun, niçin, sadece şerik olarak azmettirenin yakalanması için, yetkili makamlara bilgi verilmesini düzenleyip, diğer şerikleri düzenlememesi akla soru olarak gelebilir. Yani, şerikler arasında bu ayrımın, hukuki temelini ne olduğu düşünülebilir. Suça katılan şeriklerin, suçun işlenmesinde, farklı ağırlık ve önem taşımaları mümkün olduğu ve bütün şeriklerin de, nihayetinde, kanun hükmünü ihlal ettiği düşünülüğünde, eğer suçlulukla daha etkin mücadele düşüncesiyle bu düzenleme yapılmışsa, tüm şeriklere bunun uygulanması hem gerçekleştirilmek istenen amaç, hem de kanun sistematığı açısından yerinde olurdu.

#### D. YARDIM ETME

Yardım edenler, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların işlenmesinde ortak hakimiyet kurmayan ve fakat suçun işlenmesine illi katkı sağlayan kişilerdir. Hemen belirtmek gerekir ki, bazı durumlarda şeriklik sıfatı yardım eden bile olsa, söz konusu somut olayda, suçun işlenmesine olan somut katkısı, kişiyi müşterek fail konumuna getirebilir. Örneğin, çok iyi korunan büyük bir bankanın soyulmasında, o bankanın iç düzenini, teknik donanım ağı ve bu ağın zayıf taraflarını, para kasasının nasıl açılacağını, şifrelerini dışardan telsizle suçun işlenmesi anında birebir söyleyen kişi, her ne kadar, 39.



maddenin 2. fıkrasının (c) bendindeki yardım etme durumu içine giren 'Suçun işlenmesinden önce veya o sırada yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak' konumunda olsa da, somut olayda, müşterek fail olacaktır. Yardım etme, 765 sayılı kanunda, 65. maddede fıkralar halinde düzenlenmişti. 5237 sayılı kanun, genel olarak sadece, yardım etme başlığı altında düzenlemiştir.

### DEĞERLENDİRME

Burada üzerinde durulması gereken konu, 765 sayılı kanunda olan, fakat, 5237 sayılı kanuna alınmayan bir şeriklik durumunun varlığıdır. Bu da, 765 sayılı kanunun 65. maddesinin 2. fıkrasında yer alan '*fiilin işlenmesine yarayacak iş ...tedarik ederek*' şeklinde düzenlenmiş bulunan 'iş sağlama' durumudur. Kanunun, mevcut haliyle, böyle bir şeriklik durumu meydana gelse nasıl bir cezalandırma yoluna gidilecektir? Örneğin, büyük bir şirketi dolandırmak için, uzun bir zaman öncesinden tasarlayarak bir veya birden çok kişinin o şirkete yerleştirilmesi sonucunda, bu kişilerin gerekli bilgileri edinmeleri ve bu bilgileri suçu işleyen kişilere vermeleri iş sağlama mı, yoksa, suçun işlenmesinden önce icrasını kolaylaştırmak olarak mı, kabul edilecektir? Suçun işlenmesinden önce icrasının kolaylaştırılması, iş ve vasıta sağlama ile her zaman aynı anlama gelir mi? Bu konuda bir boşluğun olduğu, önceki yasanın hükmünün muhafaza edilmesinin yerinde olacağı söylenebilir.

### III. ÖZGÜ SUÇA İŞTİRAK

Kanunun 40. maddenin 2. fıkrası, '*Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur*' şeklinde düzenlenmiştir. Özgü suç, ancak belli sıfat / lara sahip olan kişiler tarafından gerçekleştirilebilen suçtur. Örneğin, zimmet, rüşvet suçları gibi. Bu suçları, ancak, kamu görevlisi kişiler işleyebilirler.<sup>10</sup>

TCK'nun 94. maddesinin 4. fıkrası, '*Bu suçun işlenmesine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır*' düzenlemesini göz

<sup>10</sup> Bu konuda eleştiri için, bkz., Centel/Zafer/Çakmut, a. g. e., s. 535.; Toroslu, a. g. e., s. 299.

önüne alırsak, acaba, buradaki 'gibi cezalandırılır' ifadesi, özgü suçlara iştirak konusunda, genel hükümlerdeki özgü suçlara iştirakın düzenlendiği 40. maddenin ikinci fıkrasından farklı bir iştirak şekli mi benimsenmiştir? Buradaki 'gibi cezalandırılır' ifadesi, müşterek fail olarak mı anlaşılmalıdır? Yani, bir iştirak şekli olarak mı anlaşılmalı yoksa, verilecek ceza bakımından aynı derecedeki ceza ile cezalandırılacağı bir başka ifadeyle, ceza miktarı olarak mı anlaşılmalıdır? 2. fıkra, özgü suçta iştirak eden kişinin azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumlu olacağını düzenlemektedir. Lafzi yorum yolu tercih edilecek olursa, kesin bir sonuca varmak mümkün gözükmemektedir. Ancak, amaçsal yorum yoluyla, buradaki ifadenin ceza bakımından bir eşitlik getirdiği anlaşılacaktır. Bu nedenle, bu fıkra bakımından, 'cezai sorumluluk bakımından kamu görevlisinin alacağı ceza ile aynı cezaya mahkum olur' ifadesi getirilmesi yerin olurdu.

#### IV. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

5237 sayılı kanun, şahsa ve fiile ait cezayı ağırlaştırır veya hafifleten nitelikli hallerin diğer şeriklere uygulanıp uygulanmayacağı ya da nasıl uygulanacağı konusunda bir düzenleme yapmamıştır. 765 sayılı kanun 66. maddesinde bu durumu, 'Bir cürüm veya kabahati beraber işleyenlerden veya icrasını kolaylaştırmağa yardım edenlerden biri hakkında teşdidî cezayı mucip olan şahsa merbut daimî veya arızî ahval ve evsaf, cürüm veya kabahate iştirak eyledikleri zamanda ona vakıf olan faillere dahi sirayet eder. Ancak haklarında terettüp eden cezanın altında biri indirilebilir ve idam ile müebbet ağır hapis cezasına bedel yirmi seneden yirmi dört seneye kadar ağır hapis cezasına hükmolunur' şeklinde düzenlemiştir.

66. maddeye bakıldığında, şahsa ait sürekli veya geçici ağırlatıcı nedenlerden bahsedilmekte ve bu nedenlerden dolayı sorumluluk için, ancak, şeriklerin bunu iştirak iradesini açıkladıkları zaman bilmeleri gerekmektedir. Ancak, şahsa ait sürekli veya geçici ağırlatıcı nedenlerin neler olduğu açıklanmamıştır. Bu konuda görüş ayrılıkları ortaya çıkmaktaydı. Özellikle, taammüd ve kan gütme saikinin şahsa mı ait, yoksa, fiile mi ait ağırlatıcı neden olduğu tartışmalıydı. Örneğin, babasını öldürmek isteyen bir kişiye yardım eden kişi, iştirak iradesini açıkladığı zaman, failin, babasını öldüreceğini biliyorsa, şahsa ait ağırlatıcı nedenden sorumlu olmaktadır. 765 sayılı kanunun 67. maddesi 'Fiilin cezasını teşdit eden maddî esbab dahi – cürüm veya kabahatin vasfını

*tebdil edecek şekilde olsa bile – fiil işlendiği zaman ona vakıf olan şeriklere saridir'* şeklinde, fiili ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanma koşullarını düzenlemişti. Nelerin fiile ilişkin ağırlatıcı neden olduğu, kanunda, açıkça düzenlenmemişti. Ancak, örneğin, zehirleyerek insan öldürme olayında, zehir, fiile ilişkin ağırlatıcı neden sayılmakta ve en geç fiilin işlendiği zaman öldürme fiilinin zehirle işlendiğini bilen kişi, ağırlatıcı nedenden sorumlu olmaktaydı. Hem şahsa hem de fiile ilişkin hafifletici nedenler konusunda ise, şahsa ilişkin hafifletici nedenler kimde ise sadece o yararlanıyor, fiile ilişkin hafifletici nedenler ise herkese uygulanıyordu. Örneğin, hırsızlık suçunda, sadece ayrı evlerde yaşayan kardeşlerden biri aleyhine hırsızlık suçunu işleyen kişi, şahsi cezadan indirim halinden yararlanabilmekteydi. Çalınan malın değerinin az olması halinde, bütün şerikler indirimden yararlanıyordu.

Burada açıkça görülmektedir ki; (1) şahsa ait ağırlatıcı nedenlerin, (2) fiile ait ağırlatıcı nedenlerin neler olduğu kesin olarak belirlenmiş değildi, (3) neden şahsa ait ağırlatıcı nedenlerde, iştirak iradesinin açıklandığı zaman uygulanmakta, (4) neden fiile ait ağırlatıcı nedenlerin en geç fiilin işlendiği zaman bilinmesi halinde uygulanmakta olduğunun gerekçesi doyurucu değildi, (5) ayrıca bu zamanların tespiti oldukça zor görünmekteydi.

### BAĞLILIK KURALI

765 sayılı kanunda bulunmayan bu düzenleme, kısaca, şeriklerin cezai sorumluluğunun temelini oluşturmaktadır.<sup>11</sup> Ancak, daha önce de, iştirakin koşullarını incelerken ilgili bölümde de değinildiği gibi,<sup>12</sup> bu düzenleme olmasa da, iştirak kurumunun özünde zaten bu vardır. Fakat düzenleme yapılması, bir fazlalık değildir. Burada değinilmesi gereken konulardan biri, 40. maddenin 1. fıkrasında yer alan '*Suçta iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir*' ifadesidir. Hukuka aykırılık, aynı zamanda, suç teşkil etmekte midir? Bir başka ifadeyle, hukuka aykırı bir fiil, aynı zamanda suç mudur? Kanun maddesinin lafzına bakıldığında, kasten işlenmek koşuluyla hukuka aykırı bir fiil işlenirse, suçta iştirak edilmiş olacaktır. Mesela, A kişisi, B şirketinin marka tescili yapılarak ürettiği bir ürüne çok ben-

<sup>11</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 539; İzzet Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul, 1996, s. 136, 141 vd.

<sup>12</sup> I - İştirakin Koşulları, B) Suçta Katılma Kastı, s. 2.

zeyen bir ürün ortaya koysa, bu ürünün yapılmasına katılan C kişisi, suç işlemiş olacak mıdır? Salt maddenin lafzına bakıldığında bu mümkündür. Ancak, bu maddeden anlaşılması gereken, kasten ve hukuka aykırı gerçekleştirilen fiilin aynı zamanda suç olarak düzenlenmiş olmasıdır. Yani, sadece, kasten ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı yeterli olmayıp, işlenen fiilin de suç oluşturması gerekmektedir. Ancak, bu düzenleme olmasaydı, genel ilkelerden yola çıkılarak, bu sonuca ulaşılabilirdi. Bağlılık kuralı başlığı altında, ayrıca bir düzenleme olduğu için, dikkate alınmak zorundadır.

### GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Kanunu'nun 41. maddesinde, suça iştirakte gönüllü vazgeçme hali düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin 2. fıkrasına göre, a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayretin dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması,

b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır.

765 sayılı kanunda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu yönüyle gönüllü vazgeçme, yeni bir düzenlemedir.

### DEĞERLENDİRME

Gönüllü vazgeçme, suç işlemek amacıyla suç yoluna (İnter Crimis) girmiş bir kimsenin, kendi isteğiyle, suç yolundan geri dönmesidir. İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme, iştirak iradesiyle suça katılan kişinin, suça olan katkısını ortadan kaldırması veya iştirak iradesiyle oluşturduğu illi değeri ortadan kaldırması şeklinde gerçekleşmektedir. Burada, önemli olan, iştirak iradesinin sağladığı illi değer ortadan kaldırılmış olmasıdır. Bu ise, kesin bir ölçüt ile değil, her somut olaya göre belirlenebilir. Bu açıklamalar ışığında bakıldığında, (a) bendinin, hukuki anlamda bir gönüllü vazgeçme olmadığı, çünkü, burada, iştirak eden kişinin, iştirakteki illi değeri kaldırdığı söylenebilir. Mesela, A, B'yi öldürmek istemekte, B'nin İstanbul'daki adresini bilmediği için, C'ye, 'B'yi öldürmek istediğini ama adresini bilmediğini' söyleyerek, C'den adresini aldığını ve fakat C, daha sonra pişman olarak, hem A'yı vazgeçirmek için uğraşıp hem de polise haber verdi-

ğini düşünelim. A'nın kararından dönmeyip Ankara'dan, İstanbul'a B'yi öldürmek için yola çıkıp İstanbul'a vardığında, aniden çok sevdiği eşinin hastalanıp hastanede yoğun bakıma alındığı haberi üzerine, B'yi öldürmekten vazgeçtiğini düşündüğümüzde, C açısından, iştirake sağladığı illi değer katkısını ortadan kaldırdığı söylenemez. Dolayısıyla, gönüllü vazgeçme, söz konusu değildir. Bu nedenle, burada, C'nin hukuksal açıdan sorumluluk durumu, tartışılabilir. Teşebbüsten dolayı, sorumluluğu düşünülebilir. Ancak, şerikin isteyerek yaptığı vazgeçme hareketi, failin, henüz korunan hukuki menfaat alanına girmediği ve dolayısıyla, hukuk kuralına karşı gelme kötü iradesinden vazgeçtiği için, cezalandırılmayacaktır. Yoksa, burada, illi değer, ortadan kalkmamıştır. Son olarak, belirtmek gerekir ki, bu düzenleme olmasaydı bile, genel ilkelerden yola çıkılarak aynı sonuca ulaşılabilirdi. Nitekim, 765 sayılı kanunda, bu konuda, bir açıklık olmadığı halde, gerek öğreti ve gerekse uygulamada, genel anlamda, bir sorun bulunmamaktaydı. Yeni kanun, iştirakçilerin sorumluluktan kurtulabilmesi için, katkının sağladığı illi değer kaldırılması gerekir görüşünü, bu fıkra hükmü ile kaldırmıştır.<sup>13</sup>

### KAYNAKÇA

- Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano 1989.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2005.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005.
- Erdem, Mustafa Ruhan, Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı, *HPD Dergisi*, Sayı 5, Aralık 2005.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku*, Ankara 2005.
- Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Cilt I, Ankara 2005.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, Ankara 2005.
- Özgenç, İzzet, *Suçta İştirakın Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul 1996.
- Vural, Savaş/Mollamahmutoglu, Sadık, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt I, Ankara 1999.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2005.

<sup>13</sup> Veli Özer Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Cilt I, Ankara 2005, s. 453.

# MALVARLIĞINA KARŞI İŞLENEN SUÇLARDA DEĞER AZLIĞI

Timuçin KÖPRÜLÜ\*

## A. Genel Olarak

765 sayılı Türk Ceza Kanunu (ETCK) döneminde 10. bapta düzenlenen ve “*Mala Karşı İşlenen Cürümler*”<sup>1</sup> olarak isimlendirilen suç tipleri, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (YTCK) ise “*Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*”<sup>1</sup> düzenleyen 2. kısmın 10. bölümünde “*Malvarlığına Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmiştir.

Bu başlık altında hırsızlık (m. 141), kullanma hırsızlığı (m. 146), yağma (m. 148), mala zarar verme (m. 151), ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme (m. 153), hakkı olmayan yere tecavüz (m. 154), güveni kötüye kullanma (m. 155), bedelsiz kalan senedi kullanma (m. 156), dolandırıcılık (m. 157), Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf (m. 160), hileli ve taksirli iflas (m. 161-162), karşılıksız yararlanma (m. 163), şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi (m. 164), suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (m. 165) suçları yer almaktadır.

Bu suç tipleriyle ilgili olarak şahsî cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebepler (m. 167) ve etkin pişmanlık hükümlerine (m. 168) de yer verilmiştir.

---

\* Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

<sup>1</sup> ETCK dönemindeki bu isimlendirmenin yanlış anlaşılmalara mahal verebileceği zira bu bapta düzenlenen suç tiplerinden bazılarının maddi bir varlık olarak malı değil, bir bütün olarak malvarlığını korumaya yönelik olduğu söylenmiştir. Bkz., Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2006, 3. Baskı, s. 379.

## B. Malın Değerinin Azlığı

### a. ETCK ve Yargıtay Uygulaması

ETCK'nin 522. maddesi 10. bapta yer alan suçların işlenmesinde suçun konusu olan şeyin veya ika edilen zararın değerinin pek fahiş olması halinde cezanın arttırılmasını öngörmekteyken, zararın hafif ve pek hafif olması hallerini de ayrı ayrı cezada indirim sebebi olarak değerlendirmişti. 522. maddenin 2. fıkrası değer takdirinin suçun konusu olan şeyin veya meydana gelen zararın suçun işlendiği zamandaki değeri üzerinden hesaplanacağını ve failin sağladığı menfaatin hesaba katılmayacağını hükme bağlamıştı.

522. maddenin 1. fıkrasında belirtilen hafif ve pek hafif indirim sebeplerinin yağma<sup>2</sup> ve adam kaldırma suçları dışındaki suçlarda uygulama alanı bulacağı 3. fıkrada düzenlenirken; zararın veya suç konusu şeyin değerinin pek fahiş olması durumunda bu iki suç tipi için ceza artırımına gidileceği hüküm altına alınmıştı.<sup>3</sup>

Bu iki suç tipinde 522. maddenin kısmen uygulanmamasının nedeni ilk olarak yağma suçunda korunan değer olarak mal varlığının yanında kişi özgürlüğünün de bulunmasıdır.<sup>4</sup> Aynı düşünceyle bu suç tipleri 523. maddedeki etkin pişmanlık ve 524. maddedeki şahsi cezasızlık sebeplerinin dışında bırakılmıştır.

ETCK döneminde suçun konusu şeyin veya verilen zararın değerinin belirlenmesi konusunda Yargıtay çeşitli kriterler benimserken, 6,

<sup>2</sup> ETCK döneminde yağma suçunda değer azlığının cezada indirim sebebi olmaması şeklindeki 522. maddenin son fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin önüne itiraz yoluyla götürülmüş ancak Anayasa Mahkemesi, "Devletin ceza politikası sonucu, suça verilen önem, cezalandırmada güdülen amaç gözetilerek eşyanın değerinin hafif olmasına bağlı olarak indirim yapılmaması, hukuk devletine aykırı olmadığı ..." gerekçesiyle iptal başvurularını oyçokluğu ile reddetmiştir. Bkz., AYMKD, 07.06.1999, E. 1998/4, K. 1999/23, AYMKD, s. 36, c. 1, s. 496-506.

<sup>3</sup> Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 1998, s. 502-503; Tezcan-Erdem, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, İzmir 2002, s. 610; Ahmet Gündel, *Açıklamalı-İçtihatlı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal Suçları*, Ankara 2002, s. 1383.

<sup>4</sup> Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 1995, c. 1, s. 391. "Kanun koyucunun bu tür suçların ihdasıyla hangi hukuksal değeri ağırlıklı olarak korumak istediğini, Kanunun sistematüğünde o suçlara nerede yer verildiğine bakarak tespit ederiz. Sözgelimi yağma cürümlerinde malvarlığı ve kişisel özgürlük değerleri birlikte korunmaktadır. Tüm bu değerlerin içerisinde malvarlığı daha ağırlıklıdır." Bkz., Mahmut Koca, *Yağma Cürümleri*, Ankara 2003, s. 78.

8 ve 11. Ceza Daireleri yıllar itibariyle değerlere ilişkin listeler çıkartmıştı.<sup>5</sup>

Yargıtay değer tespitinin, tarafların ekonomik durumları göz önüne alınarak subjektif bir şekilde değil, suç tarihinde özellikle ülkenin ekonomik durumu, paranın yıllara göre değişen ve azalan satın alma gücü, enflasyonist baskı, orta gelirli sayılan insanların düzeyi göz önünde tutularak objektif bir şekilde yapılması gerektiğini ifade etmişti.<sup>6</sup>

Bunun yanında Yargıtay, bazı hallerde, yağma<sup>7</sup> ve hırsızlık<sup>8</sup> suçlarıyla ilgili olarak 522. maddenin uygulanmasında değerın suçun konusu üzerinden değil, faydalanılan kısım ile ilgili olarak arttırılıp azaltılabileceğine de karar verip yağma ya da hırsızlığın mal edinmeye yönelik olup olmadığının<sup>9</sup> araştırılması gerektiğini ifade etmişti. Buna göre:

*“Sanıklar savunmalarında, Bulancak ilçesinden Ordu iline gitmek için otoyolu gasp ettiklerini ileri sürmekte ve bu savunma mağdur tarafından da doğrulanmaktadır. O halde otonun mülkiyetine yönelik bir gasp eyleminden söz edilemez. Oto kullanılmak amacıyla gasp edilmiştir. Bu itibarla 522. maddenin uygulanmasında otonun yıpranması ve yakıt gideri gibi bu kullanımdan doğan zarar esas alınmak gerekirken, oto değeri olan 800,000 TL'nin esas alınması suretiyle maddenin pek fahiş değere ilişkin hükmünün uygulanması doğru değildir”.*

*“... Eylemin kullanma hırsızlığı olduğu oluş ve kabulden anlaşılmasına göre 522. maddenin uygulanmasında yıpranma gideri ve yakıt harcama gibi bu kullanımdan doğan zarar tutarının nazara alınacağı gözetilmeden, suça konu mobiletin değerinin esas alınması ... yasaya aykırıdır”.*

<sup>5</sup> Listeler için Bkz., Gündel, s. 1384-1385.

<sup>6</sup> CGK, 26.02.1990, 6-18/34; CGK, 05.02.1990, 6-370/7; CGK, 29.12.1986, 6-538/642; CGK, 12.11.1984, 6-120/370. Soyaslan'a göre “hakim kendisini normal vatandaşın yerine koymalı ve bunun değer ölçülerine göre bir malın veya zararın değerine karar vermelidir”. Soyaslan, s. 390.

<sup>7</sup> CGK, 11.04.1988, 6-46-141. Yerel mahkeme “intifa gaspı olamaz, taşınır malın zilyedini veya suçun işlendiği yerde bulunan başkasını cebir, şiddet veya tehdit kullanarak o malı teslim mecbur bırakması halinde suç oluşur” gerekçesi ile direnmiştir.

<sup>8</sup> Y. 6. CD, 13.04.1989, 2208-3656.

<sup>9</sup> “Hırsızlığın intifa amacı dışında otoların mülkiyetine yönelik olduğunu gösteren kesin ve inandırıcı delillerin nelerden ibaret olduğu karar yerinde açıklanıp tartışılmadan ...” Y. 6. CD, 04.06.1991, 3624-4485.



Ayrıca Yargıtay'ın iştirak halinde işlenen suçlarda, her suç ortağının hissesine düşen miktarın değil ve fakat malın tümünün değerinin dikkate alınması yönünde kararları da bulunmaktadır.<sup>10</sup>

Yargıtay'ın, yağma ve hırsızlık suçlarına konu olan malda, eylemin doğrudan doğruya sonucu olmayan ikincil veya taksirli hareket sonucu ortaya çıkan zararların 522. madde kapsamına girmeyeceği, bu biçimde ortaya çıkan zararların fahiş sayılamayacağına ilişkin kararları da bulunmaktadır.<sup>11</sup>

### b. YTCK ve Yargıtay Uygulaması

ETCK'nin mala karşı işlenen suçlarla ilgili düzenlemesiyle YTCK'nin malvarlığına karşı işlenen suçlarla ilgili düzenlemesi arasındaki farklardan bazıları, inceleme konumuz bakımından ortaya çıkmaktadır. YTCK, ETCK'deki 522. maddenin aksine değer azlığı veya fazlalığı konusunda müşterek bir düzenleme getirmemiştir. Sadece hırsızlık (m. 145) ve yağma (m. 150/3) suçlarında daha az ceza verilecek haller olarak öngörülen düzenlemelerle<sup>12</sup> ETCK'deki kapsam aşırı bir şekilde daraltılmıştır. Bunun yanında ETCK'de bulunan suçun konusunun veya zararın pek fahiş olması durumunda cezayı ağırlaştırıcı bir düzenlemeye YTCK'de yer verilmemiştir.

Yine ETCK'de etkin pişmanlık halleri yağma suçu için geçerli değilken YTCK'nin 168/3. maddesi ile yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın belirli şartlar dahilinde indirileceği düzenlenmiştir.

Gerek Kanun maddelerinin gerekçesinde gerek genel gerekçede ve komisyon raporunda yukarıda bahsi geçen değişikliklerin neden yapıldığına dair bir açıklama bulunmamaktadır.

<sup>10</sup> CGK, 26.04.1982, 6-112/170.

<sup>11</sup> Bkz., CGK, 12.05.1986, 6-103/291. "Kullanılmak amacıyla çalınan otonun, taksirli bir eylemle devrilerek hasar meydana gelmesiyle hırsızlık eylemi arasında ilişki yoktur. Bu nedenle TCK'nun 522. maddesinin pek fahiş hükmününün ... uygulanması yasaya aykırıdır". 6. CD, 18.12.1986, 9281-11495.

<sup>12</sup> YTCK'nin 249. maddesinde değer azlığı konusunda bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir.

## 1. Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı

YTCK'nin 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı kanununun 16. maddesiyle değişik 145. maddesine göre "*hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurulurken, ceza vermekten de vazgeçilebilir*".<sup>13</sup>

Bu düzenlemeyle karşılaştırmalı hukuktaki eğilime de uygun olarak hırsızlık suçunda malın değerinin az olması hafifletici neden olarak göz önünde bulundurulmuştur. Bununla birlikte, karşılaştırmalı hukukta malın değerinin az olması, aynı zamanda suçun kovuşturulması bakımından da etki göstermekte ve suçun şikayete bağlı olarak kovuşturulması sonucuna yol açmaktadır. Ne var ki, YTCK'nin 145. madde malın değerinin az olmasını suçun kovuşturulması bakımından dikkate alınmamıştır.<sup>14</sup> Sadece 167. maddede faille mağdur arasındaki yakınlığa göre şahsi cezasızlık sebepleri öngörülmüş ve bu sebeplerin varlığı halinde CMK 171. maddeye göre Cumhuriyet Savcısına kamu davası açmama konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.

Yine 145. maddede malın değerinin az olması durumunda yapılacak indirim oranı belirtilmemiştir. Bu durum ülkenin farklı yerlerinde benzer olaylarda farklı kararların ortaya çıkmasını sonuçlayabilecektir. Cezada indirim yapılabilmesi için malın değerinin azlığı yeterliken hakim ceza vermektense vazgeçebileceği haller konusunda ayrıca suçun işleniş şekli ve özelliklerinin göz önünde bulundurulması gerekecektir. Hakim suçun işleniş şekli ve özelliklerini göz önünde bulundurarak ceza vermektense vazgeçtiğinde CMK'nin 223/4-d maddesine göre işlenen failin haksızlık içeriğinin azlığı sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığına dair karar vermesi gerekecektir.

145. maddede yer alan malın değerinin azlığı sebebi, hırsızlık suçu yanında kullanma hırsızlığı suçunda,<sup>15</sup> 142 ve 143. maddelerde yer alan

<sup>13</sup> Değişiklikten önce madde metni şu şekildeydi: "*Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir*".

<sup>14</sup> Tezcan/Erdem/Önok: s. 425.

<sup>15</sup> YTCK'nin TBMM'de Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeleri esnasında Niyazi Güney, kullanma hırsızlığı suçunun, malın değerinin azlığı indirim sebebi kapsamı dışında kalması konusundaki sorusuna Prof. Dr. İzzet Özgenç cevap olarak kullanma hırsızlığı ile malın değerinin azlığının karıştırılmaması gerektiğini söyledikten sonra, kullanma hırsızlığında failin, sahibinin buna rıza gösterebileceğini düşüne-

nitelikli hırsızlık hallerinde ve 144. maddede yer alan daha az cezayı gerektiren hallerin varlığı halinde de dikkate alınabilecektir.

Bunun yanında madde metnine bakıldığında hakime cezayı indirme ya da ceza vermeme konusunda takdir hakkı tanındığı görülmektedir. ETCK 522. maddedeki düzenleme bu konuda hakime bir takdir hakkı tanımamakta; değer azlığı ya da fahişliği söz konusu olduğunda cezayı indirme veya arttırma zorunluluğu getirmekteydi. Bu durum eleştirilmekte ve suç konusunun değerinin çoğunlukla tesadüfe bağlı olduğu; failin şansına bağlı değişen bir hal olması nedeniyle irade dışı bir hal olarak nitelendirilip mahkemenin olayın özelliklerine göre bu hükmü uygulama konusunda serbest olması önerilmektedir.<sup>16</sup>

Yargıtay'ın YTCK yürürlüğe girdikten sonra değer azlığı konusundaki kararlarına bakıldığında, yeni kararların Yüksek Mahkeme'nin kısmen, eski kararlarından ayrılma yönünde işaretler taşıdığı görülür:

*"Kabule göre de 5237 Sayılı TCK 145. maddesindeki malın değerinin azlığı kavramının 765 sayılı TCK 522/1 maddesindeki hafif ve pek hafif ölçütleri ile her iki maddenin de cezadan indirim olanağı sağlaması dışında benzerliğinin bulunmadığı değerinin azlığının 5237 Sayılı yasaya özgü ayrı ve yeni bir kavram olduğu bunun: Çoğunu alma imkanı varken yalnızca gereksinimi kadar (Örneğin Bir kaç meyve, ekmek, yiyecek bir iki defter, Kalem, sigara bira ve benzeri) değer olarak az olan şeyi alma durumunda olayın özelliği ve sanığın kişiliği de değerlendirilip yasal ve yeterli gerekçe gösterilerek uygulanabileceği ayrıca suça konu eşyanın 500 Milyon lira olan toplam değerinin de az olmadığı gözetilmeden sanığa verilen cezadan 145. madde ile indirim yapılması bozmayı gerektirmiş ...".<sup>17</sup>*

Karardan anlaşılan Yargıtay'ın değer azlığı kavramını ayrı ve yeni bir kavram olarak görüp; bu kavramın ETCK'nin 522. maddesinde ifade edilen hafif veya pek hafif ölçütlerinden cezada indirim olanağı sağlaması dışında bir benzerliğinin bulunmadığı sonucuna vardığıdır.

rek bulunduğu yerden aldığı ifade ederken malın değerinin az olmasının kullanma hırsızlığında kapsam dışı bırakılmasını bir eksiklik ve çelişki olarak görmediğini söylemiştir. Bkz., Niyazi Güney/Kenan Özdemir/Yusuf Solmaz Balo, *Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Adil Yayınevi 2004, s. 439. Özgenç'in, failin, genellikle mağdurun rızası bulunabileceğine dair bir düşünceyle hareket edip kullanma hırsızlığı yapabileceğine dair görüşüne katılmıyoruz. Bu tür bir genelleme yani mal sahibinin rızasının bulunacağına dair düşünce, kullanma hırsızlıklarında ancak istisna olarak düşünülebilecek hallerdir.

<sup>16</sup> Faruk Erem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 1985, c. 4, s. 883.

<sup>17</sup> Y. 6. CD, E. 2005/11959, K. 2005/12376

Bunun yanında Yargıtay değer azlığının indirim sebebi olabilmesi için kriter olarak failin çoğu alma imkanı varken gereksinimi kadar almasını, bu alınanın da değer olarak da az olmasını öngörmektedir.

Kanaatimizce değer azlığının yeni bir kavram olması düşüncesi yerinde değildir. YTCK 145/1. madde, “*hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı*” ifadelerini kullanırken ETCK 522. madde, “*cürmün konusu olan şeyin... kıymeti* ” ifadelerini kullanmaktadır. Bu iki düzenleme anlam olarak aynıdır. Karardaki “... ayrıca **suça konu eşyanın 500 Milyon lira olan toplam değerinin de az olmadığı**” cümlesine dikkat edilirse yine 522. madde lafzının kullanıldığı açıktır. Ayrıca Yargıtay’ın bu kararında ve aşağıda yağma suçu ile ilgili kararlarında neden 145. maddedeki değer azlığının yeni bir kavram olduğu sonucuna vardığına dair doyurucu bir açıklama da yapılmamaktadır.

Öte yandan, Yargıtay, ETCK döneminde olmayan, çoğunu alma imkanı varken yalnızca gereksinimi kadar o da değer olarak da az olan şeyi alma kriterlerini getirmiştir. Örnek olarak da birkaç meyve, ekmek, yiyecek, bir iki defter, kalem, sigara ve benzeri demiştir. Yani “çoğunu alma imkanı varken gereksinimi kadarını almak yetmemekte ayrıca bunun da değer olarak az olanı olmalıdır”. Bu kriterler 145. madde metninde belirtilmemiştir ve maddenin bu şekilde anlaşılmasının gerekçesi de yine karardan anlaşılmamaktadır. Bu durumda örneğin pahalı dolmakalemler satan bir dükkana girip yüzlerce dolma kalem arasında hepsini almak mümkünken gereksinimi olan bir tanesi alan kişi anılan kriterlere göre indirim sebebinden değer olarak azını almadığı için faydalanamayacaktır. Böyle bir olayda hırsızın değer olarak az bir dolma kalem araması gerekecektir. Peki, gereksiniminden fazlasını alan kişilerin aldıkları, değer olarak az ise ne olacaktır? Yargıtay’ın vurgusu burada “gereksinimi kadar alma” sözleriyle ifade edilmektedir. Bu kanaatimizce alınan malın değerinin objektif olarak göz önüne alınmasından ziyade failin sübjektif<sup>18</sup> durumuna ilişkindir.

Kararda geçen bir ifadeye daha değinmek gerekir. Buna göre 145. madde hükmü, *olayın özelliği ve sanığın kişiliği de değerlendirilip yasal ve yeterli gerekçe gösterilerek uygulanabilecektir*. Objektif bir değer azlığı kriteri aranması gerekirken, madde metninde bulunmayan ceza indirimi veya ceza verilmemesi bakımından *sanığın kişiliğinin de değerlendirilme-*

<sup>18</sup> Aynı görüş için Bkz., Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku*, Ankara 2007, 5. Baskı, s. 510.

sini anlamak güçtür. Sanığın kötü bir yaşam tarzını benimsemesi gibi kişisel bir halin değer azlığı gibi objektif bir durumda incelenmesi yine kanaatimizce uygun değildir.

Sorulması gereken bir başka soru da, örneğin dükkana giren fail herhangi bir şey çalamadan yakalanırsa yani suç teşebbüs aşamasında kalırsa ve ne çalınacağı anlaşılamıyorsa ne yapılacaktır? Bu halde Yargıtay'ın ETCK döneminde "...hırsızlık eyleminde değere ilişkin bir saptama yapılmadığına göre, kuşkudan sanık yararlanır ilkesi uyarınca sanık hakkında 522. maddesi hükmü pek hafif değer ölçüsüne göre uygulanmak gerekir"<sup>19</sup> şeklindeki içtihadına bağlı kalınması isabetli olacaktır.

Malın değerinin fazla olmasına rağmen, failin değerinin az olduğunu düşünmesi, yani failin malın değeri konusunda yanılması halinde ise fail bu yanılmadan YTCK 30/2. madde hükmüne göre yararlanacaktır.

## 2. Yağma Suçunda Değer Azlığı

Yargıtay'ın 6. Ceza Dairesi'nin yağma suçunda değer azlığına bağlı olarak cezanın indirilmesi veya verilmemesine dair ulaşabildiğimiz kararlarında aradığı kriterler yukarıda hırsızlık suçuyla ilgili ifade edilen kriterlerle aynıdır.

6. Ceza Dairesi 19.09.2005 tarihli kararında<sup>20</sup> "...yağma suçuna konu olan toplam 25 milyon lira<sup>21</sup> değer, suç tarihindeki ekonomik koşullar ile paranın satın alma gücü gözetildiğinde, 5237 sayılı TCK'nun 150/2. maddesinde öngörülen "değerin azlığı" kavramının üzerinde bulunduğu düşünülmeyen cezadan indirim yapılması" nı bozma sebebi olarak görmüştür.

06.12.2005 tarihli kararında<sup>22</sup> "... yakınan Gökhan'dan alınan 5.000.000 ve yakınan Cihat'dan alınan (olayda bıçak kullanılmıştır) 1.500.000 lira az olmasına karşın, yukarıda açıklanan her iki ölçütün birlikte gerçekleşmediği, zira yakınanların cebinde ne kadar para bulunduğu sanık tarafından bilinme-

<sup>19</sup> CGK, 27.04.1987, E. 1987/94, K. 1987/237.

<sup>20</sup> 6. CD, E. 2005/10185, K. 2005/7672.

<sup>21</sup> 6 ve 11. Ceza Dairelerinin belirlediği cetvellerde 2002 yılında 250 milyon lira pek hafif olarak nitelendiriliyordu. 6. Ceza Dairesi 09.09.2005, E. 2005/10068, K. 2005/7180 sayılı kararında 230.796.610 liralık 22.09.2005 tarih ve E. 2005/10849, K. 2005/8074 sayılı kararıyla da 85.000.000 liralık cep telefonunun değerinin az olmadığına hükmetmiştir.

<sup>22</sup> 6.CD, E. 2005/12008, K. 2005/11360.

*diği gibi amacın yakınanların cebindeki bütün parayı alma olduğu ve böylece yanlış yorumla suç konusu eşyanın değeri az kabul edilerek ...” gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. ETCK döneminde intifa yağması sonucuna ulaşip değerın tümünü değil de faydalanılan miktarı esas alıp pek fahişlik incelemesi yapan Yargıtay, burada yağma edilen miktar olan 5.000.000 lirayı ve 1.500.000 lirayı göz ardı edip, kanaatimizce yanlış bir şekilde bilinmeyen bir değeri esas alarak değer azlığı olmadığına kanaat getirmiştir.*

06.04.2006 tarihli daha sonraki bir kararında ise aynı daire “*sanığın yakınana bıçak doğrultup 10 milyon TL vereceksin diyerek tehdit etmesi ve yakınanın da çantasından 20 milyon çıkarıp vermesi üzerine sanığın başka istekte bulunmadan ve zarar vermeden gitmesi eyleminde; kastın sadece 10 milyon liraya özgü olması karşısında, 5237 sayılı yasanın 149/1-a-d-son madde ve fıkralarıyla belirlenen cezanın aynı yasanın 150/2. maddesiyle indirim yapılmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır”* sonucuna ulaşmıştır. Bu karar kanaatimizce değer azlığı konusundaki yeni kriterlerden ilkiyle çatışmaktadır. Zira gereksinimi 10 lira iken fail 20 lirayı yani fazlasını almıştır.

Bir önceki kararda bilinmeyen bir değeri esas alarak 5 lira ve 1,5 lira gibi objektif olarak az olan bir değeri faillerin cepteki tüm paraları alma amacı bulunması sebebiyle değer azlığı içinde değerlendirmeyen Daire, 10 lira yağmalamak isteyip de 20 lira alan failin cezasının indirilmesini hukuka uygun bulmuştur. Bu karar ışığında yağma suçu işleyenlerin tehdit ederken az bir değer söylemesi onların lehine bir durum olacak gibi gözükmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi YTCK 30/2. madde uyarınca malın değerinin az olduğunu düşünen failin bu hatasından yararlanması karşısında malın değerinin az olması, ancak failin, malın değerinin fazla olduğunu düşünmesi durumunda ise, objektif bir değerlendirme yapılmalı ve bu durumda da fail indirimden yararlandırılmalıdır.<sup>23</sup>

## Sonuç

YTCK, malvarlığına karşı işlenen suçlarda malın değerinin azlığını cezada indirim sebebi olarak ETCK ile karşılaştırıldığında sadece iki

<sup>23</sup> Mustafa Ruhan Erdem, *Malvarlığına Karşı Suçlar (YTCK 141.vd)*, s. 514. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc>

suç tipi açısından düzenlemiştir. Kuşkusuz bu Yasa Koyucunun takdindedir. Ancak yağma gibi kişi hürriyetine ve/veya vücut bütünlüğüne yönelik bir suçta indirim nedeni olarak görülüp örneğin güveni kötüye kullanma suçunda cezada indirim sebebi olmaması anlaşılmamaktadır.

YTCK 145. maddeye göre hırsızlık suçunda malın değeri az olduğunda yapılacak indirim oranı belirtilmemiştir. Bu durum ülkenin çeşitli yerlerinde farklı uygulamalara sebep olabilecektir.<sup>24</sup>

Yargıtay'ın "*çoğunu alma imkanı varken gereksinimi kadarını almak yetmemekte ayrıca bunun da değer olarak az olanı olmalıdır*" şeklinde geliştirdiği içtihat da kanaatimizce Kanun metnindeki ifadeleri aşan ve yasal temeli olmayan bir içtihattır. Bu içtihadın malın değerinin objektifliğinden ziyade sübjektifliğine yaptığı vurgu yukarıda da yer verilen kararlarda görüleceği üzere bir karışıklık yaratmıştır.

<sup>24</sup> Osman Şirin'in Adalet Komisyonu'nda indirim oranı konusundaki sorusu üzerine cevaben Prof. Dr. İzzet Özgenc, "*Cezadan tamamen vazgeçebilme yetkisini hakime tanıdıktan sonra, cezada yapılacak olan indirim oranını belirlemenin mantıksız olduğunu düşünerek buraya bir oran yazmadık. Burada, cezada indirim yapıldığında, eğer söz konusu olan hapis cezasıyla, hapis cezasının alt sınırı zaten bu sistemde bir aydır. Bir aydan da aşağı inemeyecektir. Ya bir aya kadar hapis cezası verecektir veyahut da ceza vermektan tamamen vazgeçecektir*" demiştir. Bkz., Güney/Özdemir/Balo, s. 439. Fakat kanaatimizce Kanun metni bu şekilde anlaşılmaya müsait değildir. Eğer öngörüldüğü gibi "*ya bir ay hapis ya ceza vermeme*" isteniyorsa bunun madde metninde belirtilmesi gerekirdi.

# YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

Kemalettin EREL\*

## I. GENEL AÇIKLAMALAR VE TANIM

Ülkemizin ekonomik ve sosyal yönden gelişmemiş Asya ve Afrika ülkeleri ile gelişmiş Avrupa Birliği ülkeleri arasındaki coğrafi konumu son yıllarda göç dalgasına maruz kalmasına neden olmaktadır. Türkiye, bir yandan Avrupa Birliği ülkelerine yasadışı yollardan ulaşmak isteyen göçmenler açısından transit ülke konumunda iken Gürcistan, Azerbaycan, Moldova, Ukrayna, Rusya gibi ülkelerden gelen göçmenler açısından hedef ülke konumundadır. Gerek ülkemizi transit ülke olarak kullanmak amacıyla gerekse ülkemizde yasadışı yollardan kalmak amacıyla gelen göçmenlerin sayısındaki hızlı artış bu soruna sosyal çözüm arayışlarını hızlandırdığı gibi hukuksal alanda da mücadeleyi zorunlu kılmıştır. İşte göçmen kaçakçılığı suçu bu zorunluluğun sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Birçok ülkeyi yakından ilgilendiren bu sorun için uluslararası alanda harekete geçilmesi sonucu imzalanan ve aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacak sözleşme ve bunlara ek protokolleri imzalayan ülkemiz gecikmeksizin bu eylemleri iç hukukta suç haline getirmiştir.

Göçmen kelimesinin sözlük anlamı, *muhaçir*, göç eden kimsedir.<sup>1</sup> Uluslararası metinlerde ise göçmen terimi *bulunduğu yeri terk edip başka yere çalışmak, yerleşmek, sığınmak vb. amaçları doğrultusunda hareket eden kişi* anlamında kullanılmaktadır.<sup>2</sup>

\* Yargıtay 8. Ceza Dairesi Tetkik Hakimi.

<sup>1</sup> Yılmaz E., *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınevi, Ankara 1996, s. 561 .

<sup>2</sup> Evik A. H., *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, AÜ Erzincan HF, 2005, C. IX, s. 3-4, s. 128.



Son yıllarda yakın ve uzak komşularımız olan bazı ülkelerdeki<sup>3</sup> siyasi ve ekonomik kaos, iltica ve yasadışı göçü özendiren uygulamalar, iç karışıklık ve savaşlar, ekonomik çöküntü, demokratik olmayan baskıcı uygulamalar vb. gibi nedenler göçmen kaçakçılığının nedenlerini oluşturmaktadır.<sup>4</sup> Bunun dışında kitle iletişim araçları sayesinde Avrupa ülkelerindeki cazip refah seviyesinden haberdar olan ve bu oldukları yerde insani olmaktan uzak koşullarda yaşayan insanlar için bir umut kaynağı olmuştur. Bu nedenlerle bu ülkelerde yaşayan insanlar yüksek oranda yaşamsal riskleri göze alarak yasadışı göç için yola çıkmaktadırlar.

Bu suçun dayanağını *Birleşmiş Milletler* tarafından 12-13 Aralık 2000 tarihlerinde Palermo'da düzenlenen konferansta kabul edilen sözleşme ve ek protokoller oluşturmaktadır. Türkiye, "*Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesini*"<sup>5</sup> ve ona ek "*Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolü*" (aşağıda "*protokol*" olarak anılacaktır)<sup>6</sup> onaylamıştır. Anılan sözleşme ve ek protokol sözleşmeye taraf olan devletlere, sözleşmede yasaklanan fiilleri suç haline getirme yükümlülüğü getirmektedir. Protokolün "*Suç haline getirilme*" başlıklı 6. maddesi şöyledir:

"1. Her Taraf Devlet, kasten ve doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için gerçekleştirilmeleri halinde, aşağıdaki eylemleri suç haline getirmek üzere gerekli yasal ve diğer önlemleri alacaktır:

- (a) Göçmen kaçakçılığı,
- (b) Göçmen kaçakçılığını gerçekleştirmek amacıyla işlendiği takdirde:
  - (i) Sahte seyahat veya kimlik belgesi imali,
  - (ii) Bu tür bir belgenin tedariki, temini veya bulundurulması,

(c) İlgili Devletin vatandaşı olmayan veya o Devlette daimi ikametgahı bulunmayan bir kişinin, anılan Devlette, yasal olarak kalmak için gerekli şartlara uymaksızın orada kalmasına, bu fıkranın (b) bendinde söz edilen veya başka yasadışı yollarla imkân sağlamak.

<sup>3</sup> Yargılama konusu olan olaylara göre göçün kaynağı olan ülkeler: Irak, İran, Afganistan, Pakistan, Suriye, Filistin, Mısır, Hindistan, Moritanya, Somali, Ürdün vb... ülkelerdir.

<sup>4</sup> <http://www.icisleri.gov.tr>.

<sup>5</sup> 30.01.2003 gün ve 4800 sayılı yasa.

<sup>6</sup> 30.1.2003 gün ve 4803 sayılı yasa.

2. Her Taraf Devlet, aşağıdaki eylemleri suç haline getirmek için gerekli yasal ve diğer önlemleri alacaktır:

(a) Kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, bu maddenin 1. fıkrasında belirtilen bir suçu işlemeye teşebbüs etmek,

(b) Bu maddenin 1 (a), (b) (i) veya (c) fıkralarında belirtilen bir suça iştirak ve kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, bu maddenin 1 (b) (ii) fıkrasına göre tesis edilmiş bir suça suç ortağı olarak iştirak,

(c) Bu maddenin 1. fıkrasında yer alan suçları işlemek üzere başkalarını örgütlemek veya yönetmek.

3. Her Taraf Devlet, aşağıdaki durumların bu maddenin 1 (a), (b) (i) ve (c) fıkralarında yer alan suçlarda ve kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, bu maddenin 2 (b) ve (c) fıkralarında yer alan suçlarda cezayı ağırlaştırıcı nedenler olarak kabul edilmesi için gerekli yasal ve diğer önlemleri alacaktır:

(a) Göçmenlerin hayatlarını veya güvenliklerini tehlikeye sokan veya tehlikeye sokması muhtemel durumlar veya,

(b) Bu tür göçmenlerin istismarı dahil, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelere yol açan haller.

4. Bu Protokol'deki hiçbir hüküm, bir Taraf Devleti, kendi iç hukukuna göre eylemleri bir suç teşkil eden bir kişiye karşı önlem almaktan alıkoymayacaktır."

Protokolün 3. maddesinde göçmen kaçakçılığı, doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatan-daşlığını taşımadığı veya daimi ikametgah sahibi olmadığı bir taraf devlete yasadışı girişinin temini anlamına gelir şeklinde tanımlanmıştır. Genellikle ekonomik, sosyal veya siyasi nedenlerden dolayı iş bulma veya iltica gibi istekleri olan kişilerin, illegal geçişleri organize eden şebekeler tarafından, menfaat karşılığı farklı ülkelere götürülmesi<sup>7</sup> olarak tanımlanan göçmen kaçakçılığı,<sup>8</sup> 3.8.2002 tarih ve 4771 sayılı kanunla 765 sayılı TCK'ya eklenen yeni bir uluslararası suçtur. Bu tarihten önce işlenen göçmen ka-

<sup>7</sup> <http://www.mali.iem.gov.tr> (Evik, s. 126)

<sup>8</sup> Doğan K, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, Ankara 2005, Seçkin Yayınları, s. 185. Yazar göçmen kaçakçılığı teriminin uluslar arası belgelerde de bu şekilde kullanılmasına karşın hatalı bir seçim olduğunu ve yerine "insan kaçakçılığı" teriminin kullanılmasının daha doğru olacağını belirtmektedir.

çakçılığı suçlarına 5682 Sayılı Pasaport Yasası veya koşullarının varlığı halinde 765 sayılı TCK'nın 313. maddesi uygulanmaktaydı.<sup>9</sup>

765 sayılı TCK'da çalışma hürriyetine karşı suçlar kısmında<sup>10</sup> 201/a maddesinde düzenlenmiş olan bu suç, 5237 sayılı TCK'da uluslararası suçlar kısmında 79. maddede düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin TCK'daki yerinin isabetli olmadığı görüşünde olanlar da vardır.<sup>11</sup> Kanımızca göçmen kaçakçılığı suçunun yeni TCK'da yer aldığı bu bölüm suçun özellikleri düşünüldüğünde isabetlidir.

765 sayılı TCK'nın 201/a-1 maddesinde göçmen kaçakçılığı, *doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yabancı bir devlet tâbiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye'de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimsele- rin Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamak* olarak tanımlanmıştır.

5237 sayılı TCK'nın 79. maddenin 1. fıkrasında ise, *doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan, bir yabancının ülkeye sokulması veya ülkede kalmasına imkan sağ- lanması ya da bir Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına im- kan sağlanması* olarak tanımlanmıştır ki, bu tanım protokole, 765 sayılı

<sup>9</sup> Yargıtay 8. CD'nin 29.11.2001 ve 2001/13076-16645 sayılı kararında örneğin: "...sanık I'nin hükmü temyiz etmeyen diğer sanıklarla tam bir işbirliği, organizasyon ve eylemli paylaşım anlayışı içerisinde hareket ettiği İran uyruklu sanık M.'nin son altı ay içerisinde çok sayıda göçmeni yasa dışı yollara Irak'tan İran'a, oradan da Türkiye'ye geçirerek Van'a getirdiği ve bu aşamada Irak uyruklu M.'nin de devreye girerek sanıklar Z. ve S.'in ev ve müştemilatında barındırdıkları, bu göçmenlerin değişik zaman ve sayılarla yüksek ücret karşılığı yurt dışından yasa dışı yollarla yurt içine girişlerinde ve yurt içinde seyahatlerinde kolaylık sağlamak konusunda sanığın adları geçenlerle önceden anlaşıp birleştiğinin anlaşılmasına ve eyleminin mahkemece TCK'nın 313. maddesi kapsamında nitelendirilip yazılı biçimde uygulama yapılmasında bir isabetsizlik bulunmamıştır.". (Aynı içerikli kararlardan bazıları, 23.10.2000 gün ve 2000/20834-17090, 7.2.2003 gün ve 2002/14106-1323 )

<sup>10</sup> Bu suçun 765 sayılı TCK'da eklendiği bölümün çok isabetli olduğu söylenemez. Buna ilişkin :“Bu suçun çalışma hürriyetine karşı işlenen suçlar kısmına eklenmiş olmasının nedeni, göçmen kaçakçılığı veya insan ticareti yoluyla ülkeye sokulan kimselerin esaret koşullarına benzer bir çalışma düzeni içine sokulması olabilir.” şeklinde bir yorum getirilmiştir. (Hakan H., *Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları*, KHUKA (Kamu Hukuku Arşivi) Dergisi, Diyarbakır Mart 2004, yıl. 7, s. 2)

<sup>11</sup> Doğan, s. 185: “Karşılaştırmalı hukukta bu suç genellikle ceza kanunları yerine yabancılar hakkındaki özel yasalar içinde yer alır. Kanımızca bu şekildeki bir düzenleme daha uygundur ancak mutlaka ceza kanununda düzenlenmek isteniyorsa devletin güvenliğine karşı suçlar bölümünde düzenlenmelidir.”

TCK'nın 201/a-1 maddesindeki tanım gibi kısmen uygun bir tanımdır. Çünkü protokole göre göçmen kaçakçılığı asıl olarak bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgah sahibi olmadığı bir taraf devlete yasadışı girişidir. Oysa gerek 765 gerekse 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarında buna ek olarak, bir yabancının veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkarılmasına ilişkin eylemler de suçun tanıma dahil edilmiştir.<sup>12</sup>

## II. KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Her suçun işlenmesiyle bir ya da birden fazla hukuksal değer ihlal edilmektedir.<sup>13</sup> Bu ihlal, suçun kanuni tanımında öngörülen konu üzerinde zarar veya tehlikenin oluşturulması yoluyla gerçekleşmektedir.<sup>14</sup>

Göçmenlerin suçun mağduru olduğu görüşünden hareket edenler bu suç ile korunan hukuksal değerın göçmenlerin maddi ve manevi bütünlükleri ile genel ve objektif malvarlıkları olduğu görüşündedir.<sup>15</sup> Bu suçun işlenmesi sırasında göçmenlerin yaralanması, ölmesi gibi sonuçların doğması durumunda, göçmenler bu suçlar bakımından suçun mağduru olabilirler. *Örneğin*, taksirle yaralama, olası kastla öldürme gibi suçların da işlenmesi durumunda bu suçlar açısından korunan hukuksal değer hayat hakkı, vücut bütünlüğüdür.

Batılı ülkeler ekonomik, siyasi, kültürel ve son yıllarda artan terör eylemlerinin endişesiyle yasa dışı göçün önüne geçmek istemektedirler.<sup>16</sup> Böylece devletler konulan ulusal ve uluslararası kuralları çiğneyerek yasa dışı yollarla ülkelere gelen göçmenler nedeniyle uğrayabilecekleri zararları engellemek amacındadırlar.<sup>17</sup> Çünkü gerek bu göçmenleri gönderen, gerek transit ülke, gerekse hedef ülke konusunda bulunan ülkelerde göç olayları sosyal, ekonomik ve hukuksal

<sup>12</sup> Doğan, s. 23

<sup>13</sup> Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, Ankara 2006, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı s. 216

<sup>14</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 445

<sup>15</sup> Arslan, s. 280; Evik, s. 139

<sup>16</sup> Nitekim ek protokolün "amaç" başlıklı 2. maddesi: "Bu Protokol'un amacı, göçmen kaçakçılığını önlemek ve bununla mücadele etmek, kaçak göçmenlerin haklarını korurken, Taraf Devletlerarasında bu amaçla yapılan işbirliğini geliştirmektir." şeklindedir.

<sup>17</sup> Evik, s. 138

sonuçlar yaratmakta ve doğal olarak bu ülkeler bu sonuçlarla mücadele etmek zorunda kalmaktadırlar.<sup>18</sup> Özellikle Avrupa Birliği kontrolsüz göç akımının önlenmesinde maddi çıkarlarını korumayı amaçlamaktadır.<sup>19</sup> 2001 ön tasarısında bu husus “göçmen kaçakçılığı sadece göçmen mağdurlara değil ve fakat ilgili devletlere de büyük zararlar vermektedir. Madde bu suç faaliyetini önlemek için kaleme alınmıştır...” ifadesine yer vermektedir.<sup>20</sup>

Korunan hukuksal değerın belirlenmesinde özellikle protokoldeki düzenleme şekli göz önüne alınmalıdır. Göçmen kaçakçılığı ile ülkelerin yurda giriş-çıkış ve ülkede kalmaya ilişkin düzen ve kuralları ihlal edilmektedir. Tüm bu hususlar dikkate alındığından göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuksal değerin devletlerin ve uluslararası toplumun hukuksal metinlerle oluşturduğu düzenin, diğer bir deyişle “kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması” olduğu söylenebilir.<sup>21</sup>

### III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

#### 1. Fail

Göçmen kaçakçılığı suçunun faili herhangi bir gerçek kişi olabilir. Fail, Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı olabileceği gibi yabancı olması olanaklıdır. Failin madde kapsamındaki fiillerini örgüt faaliyeti kapsamında işlemesi durumunda TCK'nın 79/2 maddesi uyarınca cezasında yarı oranında artırım yapılacaktır.

#### 2. Mağdur ve Suçun Konusu

Göçmen kaçakçılığı ile ülkelerin yurda giriş çıkış ve ülkede kalmaya ilişkin düzen ve kuralları ihlal edilmektedir. Korunan hukuksal değer kamu düzeni ve güvenliği olduğu için devlet, bu suçtan zarar gören konumundadır.

<sup>18</sup> Dönmezer S., *Kriminoloji*, Beta Yayınları, İstanbul 1994, s. 196

<sup>19</sup> Doğan, s. 185

<sup>20</sup> Arslan, s. 286

<sup>21</sup> Durmuş T./ Mustafa R.E./ Önok M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi Ankara 2006, s. 69. Arslan, s. 287 :Yazar bu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda korunan hukuksal menfaatin kamu düzeni ve kamu güvenliğinin olacağı görüşündedir. Doğan, s. 185'te aynı görüşlere yer verir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun hukuksal anlamda mağduru, yasal olmayan yollardan ülkeye sokulan veya kalmasına ya da yurt dışına çıkmasına imkan sağlanan yabancılar veya yasal olmayan yollardan ülkeden çıkmasına imkan sağlanan Türk vatandaşları yani göçmenler değildir. Göçmenler, sanıklar tarafından rızaları dahilinde kaçırılmakta hatta bu suçun sanıklarına maddi menfaat sağlamaktadırlar. Hatta göçmenler başka bir ülkeye yasal olmayan yollardan girmeyi, kalmayı bizzat talep etmektedirler. Göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı konusunda rızalarının da bulunduğu unutulmamalıdır. Ancak rızanın varlığı bir fiilin cezalandırılmasını her zaman önlemez. Göçmenlerin verdikleri rıza, bir ülkeye giriş çıkış ve kalmaya ilişkin kamusal düzen ve kurallar üzerinde etkili değildir. Rıza ancak tasarruf yetkisinin olduğu alanda geçerli olabilir.

765 sayılı TCK'nın 201/a maddesinin gerekçesinde olduğu gibi 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinin gerekçesinde de, göçmenlerin suçun mağduru olduğuna işaret eden ifadeler vardır.<sup>22</sup> Ancak bu ifadelerdeki anlatım şekli hukuksal anlamda mağduriyetten çok sosyal anlamda mağduriyete işaret etmektedir.

Protokolün 5. maddesinde, "göçmenler bu protokolün 6. maddesinde öngörülen eylemlerin konusu olmaktan dolayı bu protokole göre cezai kovuşturmayaya tabi tutulmayacaklardır" düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme aslında göçmenlerin hukuksal anlamda suçun mağduru olmadıklarını ortaya koymaktadır. Zira uluslararası sözleşmede göçmenlerin bu suçun hukuksal anlamda mağduru olduğu düşünülseydi, bu suçtan cezai kovuşturmayaya tabi tutulmamalarına ilişkin düzenlemeyi öngörmezdi. Sözleşmedeki bu düzenleme ile suçun sosyal bakımından mağduru konumundaki göçmenlerin ayrıca göçmen kaçakçılığı suçundan da cezai kovuşturmayaya tabi tutularak daha da mağdur edilmelerini önlemeyi amaçlandığı söylenebilir. Bu, göçmenlere yönelik bir suç ve ceza siyasetinin bir sonucudur. Ancak bu kimselerin Pasaport Kanuna aykırılıktan dolayı cezai sorumlulukları devam etmektedir.

Konunun daha net olarak açıklığa kavuşabilmesi için bir örnek vermek gerekirse: *Örneğin*, fail maddi menfaat temin etmek amacıyla

<sup>22</sup> Bu iki maddenin gerekçesinde aynı ifadelere yer verilmiştir: "bu suçta asıl mağdurlar, çaresizlik ve yoksulluk nedeniyle kendilerine bir ekmek kapısı açmak için çirpınan insanlardır."

sahte nüfus cüzdanı düzenlemek suretiyle bir yabancıнын ülkede kalmasına imkan sağladığını varsayalım. Burada fail, hem göçmen kaçaklığı suçunu hem de resmi belgede sahtecilik suçunu işlemiştir. Bu durumda, nüfus cüzdanının hazırlanması için faile maddi menfaat sağlayan, sahte evrakı kullanan ve bu suretle ülkemizde yasadışı yollardan kalmaya devam eden bir göçmenin suçun mağduru olduğu söylenemeyecektir. Bu açıklamalar doğrultusunda, göçmenler suçun mağduru olmayıp suçun konusu durumundadırlar.<sup>23</sup>

Bu suçun mağduru yasadışı yollardan girilen ve kamu düzeni ihlal edilen ülkedeki kişiler ve birden fazla ülkenin kamu düzeninin ihlal edilmiş olması nedeniyle uluslararası toplumdur. Barış esasına dayalı bir toplumda yaşama hakkına sahip herkes bu suçun mağduru. Yasa dışı olarak ülkeye gelen göçmenlerin kamu düzenini bozdukları düşünüldüğünde toplumu oluşturan her bireyin bu suçun mağduru olduğu rahatlıkla söylenebilir.<sup>24</sup>

Yeni TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay 8. Ceza Dairesi birçok kararında göçmenlerin bu suçun hukuksal anlamda mağduru olmadığını vurgulamıştır.<sup>25</sup> Ancak hemen belirtmek gerekir ki aksini yani göçmenlerin bu suçun mağduru olduğunu savununlar çoğunluktadır.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Arslan, s. 284

<sup>24</sup> Doğan, s. 107: yazar bu görüşlerini açıkladıktan hemen sonra dar anlamda bu suçun mağdurunun göçmen olduğunu belirtmektedir ki bu görüşe katılmıyoruz.

<sup>25</sup> "...Sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda bulunan göçmenlerin göçmen kaçaklığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu.." (Y. 8. CD, 25.4.2006/2028-3617, 25.4.2006/1442-3616, 24.4.2006/1087-3557, 18.12.2006/3628-9363)

<sup>26</sup> Turan, s. 9; Doğan, s. 107; Evik, s. 140-141; Hakeri, s. 5; Y. 8. CD Üyesi Sayın H. Y. Aktan'da göçmenlerin bu suçun mağduru olduğu görüşündedir. Konuyla ilgili kararlara yazdığı karşı oy gerekçeleri şunlardır: "Göçmen kaçaklığı suçunda, göçmenlerin mağdur sayıldıklarında tartışma bulunmamaktadır. Nitekim Göçmen Kaçaklığına Karşı Ek Protokolün 5. maddesi de göçmenlerin cezai kovuşturmayla tabi tutulmayacaklarını öngörmektedir. Diğer taraftan TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasında "aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda" zincirleme hükmünün uygulanacağı öngörülmektedir. Bu nedenlerle mahkemenin sanıklar hakkında TCK'nın 43/2. madde-fıkrasını uygulamasında bir isabetsizlik görmediğimden çoğunluk görüşüne katılmamaktayım." (Y 8. CD 25.4.2006/2028-3617, 25.4.2006/1442-3616)

### 3. Fiil

Eski yasada olduğu gibi yeni yasada da göçmen kaçakçılığı suçu seçimlik hareketli<sup>27</sup> bir suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre göçmen kaçakçılığı suçu;

- bir yabancıнын yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması,
- bir yabancıнын yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlanması veya
- bir Türk veya yabancıнын yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlanması fiilleri ile işlenebilir.

Bu fiillerden herhangi birisinin işlenmesi suçun oluşması için yeterlidir.<sup>28</sup> Aynı suç bağlamında birden fazla seçimlik hareketin yapılması durumunda da doğal olarak tek bir göçmen kaçakçılığı suçu oluşacaktır. *Örneğin*, yasal olmayan yollardan ülkeye sokulan yabancıнын yine yasal olmayan yollarla çıkarılması ya da Türkiye’de kalmasının sağlanması halinde fail, suçun birden fazla seçimlik hareketini gerçekleştirmesine karşın tek bir suçtan cezalandırılacaktır.<sup>29</sup>

#### a. Bir yabancıнын yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması

Bir yabancıнын yasal olmayan yollardan ülkeye girmesi kavramı protokolün 3. maddesinin b bendinde, “*giriş yapılan devletin yasal giriş için gerekli koşullarına uyulmaksızın sınırı geçmek anlamına gelir*” şeklinde açıklanmıştır.

5682 sayılı Pasaport Yasası ülkemize yasal giriş-çıkış yolları ve şeklini göstermiştir.<sup>30</sup> Yasanın 1. maddesine göre, “*Türk vatandaşları ve*

<sup>27</sup> Seçimlik hareketli suç kavramı için bkz., Özgenç, s. 201,

<sup>28</sup> Turhan F., Yeni Türk Ceza Kanununda Uluslararası Suçlar, <http://www.adalet.gov.tr/ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/>, s. 9 (Bu tebliğ Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı tarafından Ankara Büyük Anadolu Otelinde Hakim ve C. Savcılara yönelik olarak 2005 yılı ocak ayı içinde düzenlenen seminerde sunulmuştur.)

<sup>29</sup> “Sanıklardan A.’ın, yasa dışı yollardan ülkeye soktuğu yabancı uyruklu kişilere sahte pasaport temin ederek önceden anlaştığı sanık İ.’in kullandığı kendisine ait araçla Yüksekova’dan Şırnak’a gönderdiği ve bu iş için her bir göçmenden 700 dolar aldığı, sanık İ.’in da bu şahısların kaçak olarak yurda giriş yaptıklarını bilmesine rağmen, onlara taşıdığı iddia, sanık İ. ve yabancı uyruklu kişilerin hazırlıkta alınan ifadeleri, sanık A.’nın olayı doğrulayan beyanlarından anlaşılma ile, adı geçen sanıkların üzerlerine atılı göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılmaları yerine yazılı gerekçe ile beraat kararı verilmesi...” (Y 8. CD 14.3.2005/10399-1347)

<sup>30</sup> Ülkemize yolcu giriş çıkışında kullanılabilen hava, deniz ve kara sınır kapıları için



*yabancılar İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca tayin olunan yolcu giriş - çıkış kapılarından Türkiye'ye girip çıkabilirler...*" Yasanın 2. maddede giriş ve çıkışlarda ibrazı gerekli belgeler,<sup>31</sup> 3. maddesinde ise pasaportsuz veya vesikasız gelen yabancıların durumu<sup>32</sup> düzenlenmiştir:

Yukarıda gösterilen yol ve yöntemler dışında yabancıların ülkeye girmesi veya sokulması yasal olmayan yollardan ülkeye giriş sayılır. Uygulamada göçmenler en çok İran ve Irak sınırından yürüyerek ülkemize girmektedirler. Maddeden açıkça anlaşılacağı üzere, Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması bu suçu oluşturmaz.

### **b. Bir yabancıların yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlanması:**

Yasal yollardan veya yukarıda açıklanan yasal olmayan yollardan Türkiye'ye girmiş olan bir yabancıların, ülkede kalmasına imkan sağlanması da TCK'nın 79. maddesine göre göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturur. Yasa koyucunun tercih ettiği "*imkan sağlama*"<sup>33</sup> ifadesiyle neyi kastettiği açıkça anlaşılmamaktadır. "*Bir yabancıların, ülkede kal-*

bakınız: <http://gumrukler.gumruk.gov.tr>

<sup>31</sup> Bu maddede "Türk vatandaşları ile yabancılar Türkiye'ye girebilmek ve Türkiye'den çıkabilmek için yolcu giriş - çıkış kapılarındaki polis makamlarına usulüne uygun ve muteber pasaport veya pasaport yerine geçerli bir vesika ibraz etmeye mecburdurlar... Kanunlar ve milletlerarası anlaşmalarla tespit edilenlerden başka, Türk vatandaşları ile yabancılar için, ne gibi belgelerin pasaport yerine geçerli kabul edilebileceği hususunda İçişleri ve Dışişleri Bakanlıkları müştereken karar almaya yetkilidirler" denilmektedir.

<sup>32</sup> Bu madde: "Pasaportsuz, vesikasız veya usulüne uygun veya muteber olmayan pasaport veya vesikalarla Türkiye sınırlarına gelen yabancılar geri çevrilirler. Bunlardan, pasaport veya vesikalarını yolda kaybettiklerini iddia edenlerin, İçişleri Bakanlığınca yapılacak soruşturma sonuna kadar, icap ederse, en yakın idare merkezine gönderilerek haklarında verilecek kararlara göre işlem yapılmak üzere mahalli mülkiye amirinin göstereceği yerde oturtulabilmek kaydıyla kabulleri caizdir.

Hükümetin müsaadesiyle gelen göçmenler ellerinde Türk konsolosluklarının veya göçmen sevki için yabancı memleketlere Hükümetçe gönderilen memur veya heyetler tarafından verilmiş bir vesika bulunmak şartıyla pasaportsuz da olsalar Türkiye'ye kabul olunurlar" şeklindedir.

<sup>33</sup> Doğan, s. 186: Yazar burada imkan sağlamanın manevi yardımdan maddi yani somut yardım (araç, harita temini vs.) çeşitleri şeklinde yorumlanması gerektiğini belirtir.

*masının sağlanması” ifadesinin yerine “bir yabancıнын, ülkede kalmasına imkan sağlanması” ibaresinin tercih edilmesiyle yasa koyucunun suçun oluşumu için mutlaka sonucun yani yabancıнын ülkemizde kalmasının sağlanmasını değil de bunun için gerekli ortamın oluşturulması veya işlemlerin yapılmasını yeterli gördüğü anlaşılmaktadır.*

İmkan sağlama çeşitli şekillerde olabilir Örneğin, göçmene kalabileceği yer<sup>34</sup> veya çalışabileceği bir iş temini gibi. Yasa koyucunun bu davranışları tek tek sayması mümkün olmadığından “*imkan sağlama*” şeklinde bir ibareye yer vermiştir.

Ülkemize yasal yollardan gelen yabancıların oturma ve yerleşme hakları Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkındaki Kanun,<sup>35</sup> Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu<sup>36</sup> ve Köy Kanunu’nda<sup>37</sup> ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Konumuz tam olarak bu olmadığından yabancıların ülkemizde oturma ve çalışma koşulları ile ilgili ayrıntıya girilmeyecektir.

Yasal olarak yurda girmiş olmakla beraber, Türkiye’de sürekli olarak oturmalarına yetkili makamlarca karar verilmemiş yabancıların ülkede kalmalarına imkan sağlamak için *örneğin*, yasal olmayan yollardan oturma izni, kimlik vb... belgelerin temin edilmesi, göçmenlerin yakalanmamaları için saklanma veya barınmalarının temin edilmesi, iş verilmesi diğer koşulların da varlığı halinde bu suçu oluşturabilecektir.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> “...Sanığın, İstanbul’da çalışmak amacıyla yasadışı yollardan Türkiye’ye girmiş yabancı uyruklu 34 göçmeni Hatay İli Ovakent Beldesinde bulunan evinde birkaç gece barındırması şeklindeki eyleminin, göçmenlerin nihai amacı ve sanığın evinde kalış süreleri de dikkate alındığında, ülkede kalmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı...” (Y 8. CD 2.4.2007/5743-2640)

<sup>35</sup> 5683 sayılı kanun 24.7.1950 gün ve 7564 sayılı *Resmî Gazete*’de yayımlanmıştır.

<sup>36</sup> 5419 sayılı kanun 22.12.1981 gün ve 17552 sayılı *Resmî Gazete*’de yayımlanmıştır.

<sup>37</sup> 442 sayılı kanun 7.4.1924 gün ve 68 sayılı *Resmî Gazete*’de yayımlanmıştır.

<sup>38</sup> “5237 sayılı TCK’nın 79. maddesinde 765 sayılı TCK’nın 201/a-2 madde ve fıkrasındaki düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle göçmen kaçakçılığı suçunun bütün hallerine teşebbüsün olanaklı olduğu göz önüne alınarak, Van İlinde İstanbul’a getirmek üzere aldığı 36 göçmeni çalıntı bir minibüsün içine koyarak yola çıkan ve Tutak İlçesinde kolluk tarafından yakalanan sanığın eylemi göçmenleri ülkeye sokmaya katıldığına dair delil de bulunmadığından, göçmenlerin anlatımları ve tüm dosya kapsamına göre göçmenlerin yurtdışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun ülkede kalmalarına imkan sağlamak suretiyle göçmen kaçakçılığı olduğu ve tamamlandığı kabul edilerek yazılı şekilde uygulama yapılması...” (Y. 8. CD 24.4.2006/1087-3557)

Ancak burada şu hususu da hemen belirtmek gerekir: Yurtdışına kaçırılmak istenen bir göçmenin geçici olarak bir yerde (evde, otelde vb) saklanması, bir yabancıya ülkede kalmasına imkan sağlama suçunu oluşturmayacaktır. “Ülkede kalmaya imkan sağlama” içinde sürekliliği<sup>39</sup> bulandıran bir kavramdır. Bu nedenle geçici ve yurt dışına çıkarılma amacına yönelik olarak göçmenlerin sadece bir süre barındırılmaları, yabancıya ülkede kalmasına imkan sağlama suretiyle göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmayacağı gibi bu suça teşebbüs olarak da değerlendirilmemelidir.<sup>40</sup> Çünkü burada amaç yabancıya ülkede sürekli kalmasının sağlanması değil yurt dışına yasa dışı yollardan çıkarılması için bir süre saklanmasıdır. Bu nedenle bir kişinin yurt dışına çıkarılmak istenen yabancıyı (diğer eylemlere katılmadan) doğrudan veya dolaylı maddi menfaat temini amacıyla sadece evinde, otelinde vb. bir süre barındırması halinde, yabancıya yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlama şeklinde işlenen göçmen kaçakçılığı suçuna yardım etmenin olduğu ve TCK’nın 39. maddesinin uygulanması gerektiği düşünülebilir.

Burada ikamet izinleri, vize süreleri vb. sona ermiş olması nedeniyle ülkemizde yasadışı olarak kalmakta olan kişileri evinde, iş yerinde çalıştıran kişilerin eylemlerinin “bir yabancıya yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlanması” olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusu da akıllara gelebilir. Bu durumda evinde veya işyerinde ülkemizde kalması yasal olmayan bir yabancı hizmetçiyi, çocuk bakıcısını, işçiyi vb. çalıştıran kişiler göçmen kaçakçılığı suçunu işlemiş olacaklar mıdır? Sorunu çözmek için aşağıda açıklanacak olan suçun manevi unsurlarına gitmek gerekir. Göçmen kaçakçılığı suçunun oluşması için genel kastla işlenmesi gerekir ancak bu yeterli değildir. Fail ayrıca *doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla* hareket etmiş olmalıdır. Yasal olmayan yollardan ülkemizde kalan bir yabancıyı bu durumunu bilerek, normal ücretini

<sup>39</sup> Doğan, s. 123 ve 186 ; “...olayda ülkede kalmaya imkan sağlama amacının ve bu eyleminde var olması gereken temadi unsurunun bulunmadığı gözetilmeyerek...” (Y. 8. CD 11.4.2006/1631-3028)

<sup>40</sup> Ancak Y. 8. CD kararlarında yurt dışına yasal olmayan yollardan çıkarılmak istenen göçmenleri maddi menfaat karşılığı barındırılması eylemini ülkede kalmaya imkan sağlamaya teşebbüs olarak değerlendirmektedir: “Olayımızda, yasadışı yollardan Türkiye’ye gelmiş ve buradan başka ülkelere gitmek isteyen 4 göçmeni evinde kısa bir süre barındıran sanığın eyleminin yabancı uyruklu şahısların ülkede kalmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı...” (12.4.2007/5339-1148)

vererek, evinde, işyerinde çalıştırma halinde bu suç oluşmayacaktır. Çünkü fail *doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla* hareket etmemiştir. Ancak fail yabancının bu durumundan yararlanarak normal koşullarda ödemesi gerekenden çok düşük bir ücrete çalıştırmak, bunun karşılığında da ülkede kalmasını bu yolla sağlamak suretiyle maddi menfaat temin ediyorsa yani kazanç sağlama amacıyla hareket ediyorsa (diğer koşulların da varlığı halinde) bu suçun oluşabileceği düşünülebilir. Bununla birlikte somut olaydaki koşullar değerlendirilmelidir. Ceza kanunumuza çok yeni girmiş olması nedeniyle henüz uygulama her yönüyle netleşmediğinden zamanla yargısal kararlarla bu konu da netleşecektir.

Protokolün 3. maddesinde, sahte seyahat veya kimlik belgesi düzenlemek veya bunları aldatma, yolsuzluk veya baskı yoluyla veya yasadışı başka bir biçimde elde etmek ya da bunların gerçek hamili dışında kullanılması durumu ayrıntılı olarak düzenlenmiş<sup>41</sup> ve taraf devletler tarafından yaptırım altına alınması öngörülmüştür.

### c. Bir Türk veya yabancının yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlanması:

Yukarıda (a) bendinde ülkemize yasal giriş koşulları ile birlikte yasal çıkış yolları da açıklanmıştı. Burada yabancılara ek olarak Türk vatandaşlarının da yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkarılmalarına imkan sağlanması durumunda diğer unsurların varlığı halinde göçmen kaçakçılığı suçu oluşacaktır.<sup>42</sup> Uygulamada göçmen kaçakçılığı suçunun en çok bu şekli karşımıza çıkmaktadır. Maddedeki düzen-

<sup>41</sup> Tanımlar başlıklı 3. maddede: "... (c) "Sahte seyahat veya kimlik belgesi";

(i) Seyahat veya kimlik belgesini bir devlet adına yapmaya veya düzenlemeye kanunen yetkili bir kişi veya kurum dışında, herhangi bir kişi tarafından herhangi bir şekilde maddi olarak sahte bir biçimde yapılmış veya değiştirilmiş ya da,

(ii) Usulüne uyulmadan çıkarılmış veya aldatma, yolsuzluk veya baskı yoluyla veya yasadışı başka bir biçimde elde edilmiş ya da,

(iii) Gerçek hamili dışında bir kişi tarafından kullanılan, Herhangi bir seyahat veya kimlik belgesi anlamına gelir."

<sup>42</sup> "...Yasadışı yollarla Türkiye'ye giriş yapan yabancı uyruklu kişilerin kalmaları için sanık Ömer Hacısalih ile C.'in Aksaray semtinde aylık 500 Euro'ya ev kiraladıkları ve sanık F.'in da kendisine ait .... plakalı aracı göçmenlerin kaldıkları evden nakli için tahsis ettiği ve tüm dosya içeriğine göre de sanıkların atılı suçu işledikleri kanıtlandığı halde, mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi..." (Y 8. CD 9.11.2006/4799-8025)

lemede tercih edilen ifadenin belirsizliği uygulamada sorunlara yol açmaktadır. *"Yurtdışına çıkmaya imkan sağlamanın"* dolayısıyla suçun hangi noktada tamamlandığının tespiti her zaman çok kolay olmamaktadır.<sup>43</sup> Bununla yurt dışına çıkarılmanın mı yoksa çıkmak için uygun araç ve koşulların sağlanması mı kastedilmektedir? Burada yasa koyucunun amacının suçun tamamlanması açısından yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmanın sağlanması olsaydı *"imkan sağlama"* ibaresine yer vermeyeceği düşünülebilir. *Örneğin*, göçmenlerin tekneye bindikleri sırada veya Meriç Nehrine yakın bir noktada, tıra kaçak olarak bineceği gümrük sahasında veya bindiği gemi henüz hareket etmeden yakalanması halinde suç tamamlanmış mıdır yoksa teşebbüs aşamasında mı kalmıştır? Kanımızca burada da *"yurt dışına çıkmasına imkan sağlanması"* arandığına göre imkan sağlamaya yönelik hareketlerin yapılmasıyla suç tamamlanmış olacaktır.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> "...Sanığın yasa dışı yollardan Türkiye'ye giriş yapan ve diğer sanıklar C.ile Ö.'in Aksaray'da kiraladıkları evde kalan yabancı uyruklu 36 kişiyi, sanık F.'a ait araç ile evden alarak Otogar Benzinliğine götürürken ihbar üzerine Vatan Caddesinde eylemini tamamlayamadan yakalanması şeklindeki eyleminin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 79/1-b, 35. maddelerinde tanımlanan ve 765 sayılı TCK'nın 201/a. maddesindeki göçmen kaçakçılığı suçuna nazaran daha lehe olan yabancıyı yurtdışına çıkarmaya imkan sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu halde yazılı şekilde karar verilmek suretiyle sanığa fazla ceza tayin edilmesi..."(Y 8. CD 9.11.2006/4799-8025) Ancak bu karar karşı görüş yazan daire üyeleri sayın s. Çetinkol ve H. Akdağ suçun tamamlandığı görüşündedirler: "Mahkemenin, 765 sayılı TCK'nın sanık lehine olduğuna ilişkin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik bulunmadığı gibi, 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesi nazara alındığında, sanığın kaçak göçmenleri kaldıkları evden alıp teslim edeceği yere götürmek üzere yaptığı anlaşma uyarınca arabasına alıp taşımak biçimindeki eyleminin, kaçak göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamak suçunu oluşturduğu düşüncesi ile çoğunluğun; eylemin 5237 sayılı TCK'nın kapsamında ve teşebbüs aşamasında kaldığına ilişkin görüşüne karşıyız."; "...yasadışı yollardan Türkiye'ye gelmiş ve buradan Yunanistan ülkesine gitmek isteyen "36" göçmeni yurtdışına çıkacakları tarihe kadar geçici olarak muhafaza etmek amacıyla ormanlık bölgeye götürüp saklayan ve yapılan ihbar sonucu kolluk görevlilerince yakalandıkları anlaşılan sanıkların kanıtlanan bu eylemlerinin, göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı..."(Y 8 CD 6.3.2007/5046-1705)

(Bu konudaki benzer kararlar teşebbüsün açıklandığı bölümde aşağıda 81 nolu dipnotta yer almaktadır)

<sup>44</sup> "...sanıklar M. ve B.'ün illegal yollardan Türkiye'ye giriş yapan ve Yunanistan ülkesi Midilli adasına gitmek isteyen Afganistan uyruklu 10 göçmeni alıp, 13.8.2004 tarihinde Çanakkale ilinin Ayvacık ilçesi Kozlu köyü Deveboynu Tepe mevkiinde sahile getirerek bıraktıkları ve botla Midilli adasına gidebileceklerini belirttikleri, yine 12.9.2004 tarihinde sanık B.'ün illegal yollardan Türkiye'ye giriş yapan ve İstanbul'dan Balıkesir ili Edremit ilçesine gitmelerini sağladığı 4 Afganistan uyruklu göçmeni yine Çanakkale ilinin Ayvacık ilçesi Kozlu köyü Deveboynu Tepe

Yasadışı olarak Afganistan, Pakistan, Hindistan, İran, Irak, Suriye, Filistin ve Afrika ülkelerinden vb... getirilerek ülkemize sokulan göçmenler karayoluyla ve çoğunlukla insanlık dışı yöntemlerle<sup>45</sup> ve yine çoğunlukla İstanbul'a getirilerek burada bir süre yine çok kötü şart-

mevkiinde sahile getirip "karşısı Yunanistan, şişme bot ile geçersiniz" diyerek olay yerinden ayırdığı, ancak sınırı kendi imkanlarıyla geçemeyen göçmenlerin sahilde kolluk görevlilerince yakalandığının anlaşılması karşısında, sanıkların eylemlerinin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlama niteliğinde olup, suçun tamamlandığı..." (Y 8. CD 27.2.2007/5435-1576)

"...sanık s. un yasal olmayan yollardan Türkiye'ye giriş yapan ve Uzunköprü ilçesine gelen İran uyruklu göçmeni buradan alıp Edirne ili Meriç ilçesi Karayusuf-lu köyü sınırları içinde bulunan Meriç Nehrinin yanına getirip nehrin karşısında bulunan Yunanistan topraklarına geçirmek için botu şişirecekleri sırada kolluk görevlilerince yakalandığının anlaşılması karşısında, sanığın kanıtlanan eyleminde, göçmenin yurt dışına çıkmasına imkan sağlama suçunun tamamlandığı ..." (Y 8. CD 11.4.2007/5780-3002).

<sup>45</sup> "...Sanıklardan s. 'in kullandığı .... plakalı çekiciye bağlı ... plakalı dorse içinde 194 göçmenin Erzurum İli Horasan İlçesi Dellalhan Jandarma Karakolu önündeki kontrol noktasında yakalanması..." (Y 8. CD 13.9.2004/4145-6469); "...sanıkların Van ilinden İstanbul'a getirmek üzere aldıkları 65 göçmeni kamyonetin içinde oluşturdukları iki bölmeye koyarak yola çıktıkları..." (Y 8. CD 20.3.2006/215-2281), "... Van ilinden İstanbul'a getirmek üzere aldığı 36 göçmeni çalıntı bir minibüsün içine koyarak yola çıkan..." (Y 8. CD 24.4.2006/1087-3557); "...yasadışı yollardan Türkiye'ye gelmiş ve buradan başka ülkelere gitmek isteyen 41 göçmeni Van ilinden İstanbul'a getirmek üzere kamyonetin arka bölümünde, sebze kasalarının arkasına gizleyerek yola çıkan..." (6.12.2006/4301-8928); "...sanıkların yasadışı yollardan yurda giriş yapan 57 yabancı uyruklu göçmeni kamyon kasasına yerleştirerek yola çıktıkları..." (6.12.2006/2813-8986) ; "...yasadışı yollardan Türkiye'ye gelmiş ve buradan başka ülkelere gitmek isteyen 71 göçmeni Van ilinden İstanbul'a getirmek üzere yola çıkan..." (7.12.2006/3003-9008) "... başka ülkelere gitmek isteyen 18 göçmeni, Şırnak ili Uludere İlçesinden İstanbul'a götürmek üzere kamyonun arka bölümünde odunların arkasına gizleyerek yola çıkan..." (12.12.2006/4770-9179); "...sanıkların Erzurum ilinden İstanbul'a getirmek üzere aldıkları 61 göçmeni kamyon içine koyarak yola çıktıkları..." (18.12.2006/3628-9363); "...Gürbulak sınırından üçüncü şahıslar tarafından Türkiye'ye girişleri sağlanmış olan 5 göçmeni alarak otomobiliyle Doğubayazıt'a doğru yola çıkan sanığın kolluk tarafından takibi sırasında aracı ve göçmenleri bırakarak kaçtığı..." (15.2.2007/5336-1279); "...sanıkların Doğubayazıt ilçesi Sarıcauş köyü meteor çukurunun alt tarafında bulunan dere yatağında, Doğubayazıt'a götürmek üzere aldıkları 18 göçmeni kamyonunda bulunan üst bölme-yeye koyarak yola çıktıkları ve Gülveren hudut takım karakolunun yol aramasında kolluk görevlilerince yakalandıkları..." (20.2.2007/5338-1375); "...sanıkların Tendürek Dağı bölgesinden yaya olarak getirdikleri ve Doğubayazıt'a göndermek istedikleri 30 Pakistan uyruklu göçmenin, Çetenli Köyü Kispo Mezrası Şenadir mevkiinden kolluk görevlilerine yapılan ihbar sonucu yakalandıkları..." (27.2.2007/5357-1581); "... yasadışı yollardan Türkiye'ye gelmiş ve buradan Yunanistan'a gitmek isteyen 21 göçmeni Doğubayazıt ilçesinden İstanbul'a getirmek üzere kamyonetin arka bölümünde gizleyerek yola çıkan sanıkların Baykan ilçesi Şekerim yol kontrol noktası yakınlarında kolluk görevlilerince yakalandıkları..." (14.3.2007/4591-2001).

larda barındırıldıktan<sup>46</sup> sonra Avrupa ülkelerine<sup>47</sup> gönderilmek üzere yola çıkarılmaktadırlar.<sup>48</sup>Göçmenler sınır kapılarından, kara sınırlarımızdan ya da kamuoyuna en çok yansıyan şekliyle denizlerimizden yasal olmayan yollardan ülkemiz dışına çıkarılmaktadırlar. Bu suçun failleri göçmenleri bazen bir tırın<sup>49</sup> içindeki yükün arasına, bazen tırda şoför kabine,<sup>50</sup> bazen yolcu veya yük gemilerine<sup>51</sup> bindirerek kacırdıkları gibi Meriç Nehrinden botla veya çoğu zaman trajik biçimde ölümle sonuçlanan Ege Denizinden teknelerle<sup>52</sup> kaçırmaları da söz ko-

<sup>46</sup> "...Sanıklar M. ve J.'un yurtdışına kaçak yollardan çıkmak isteyen göçmenleri İstanbul İlinde toplayarak tuttıkları evlerde barındırdıkları ve sonrasında Marmaris'e gönderdikleri, göçmenlerin açık kimlikleri tespit edilemeyen ve yakalanamayan kişilerle birlikte sanık M. tarafından sanık H.'a ait otele yerleştirildikleri..." (Y 8. CD , 20.2.2006/2773-1139); "...Moritanya uyruklu 24 göçmeni İstanbul Aksaray semtindeki bir evden alarak Yunanistan'a götürmek üzere kapalı bir kamyonete bindirip o istikamete götürmek üzere yola çıkan..." (Y 8. CD 13.11.2006/3165-8128); "...diğer sanıklar C.ile Ö.'in Aksaray'da kiraladıkları evde kalan yabancı uyruklu 36 kişiyi..." (Y 8. CD 9.11.2006/4799-8025)

<sup>47</sup> "...yasadışı yollardan Türkiye'ye giren ve Almanya'ya gitmek isteyen 5 göçmeni yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamak üzere aracına bindirdiği..." (13.12.2006/3193-9223)

<sup>48</sup> "... İstanbul ilinden Yunanistan'a götürmek üzere aldığı 31 göçmeni çalıntı bir minibüsün içine koyarak yola çıkan ve İpsala-Keşan karayolu üzerinde kolluk tarafından yakalanan..." (Y 8. CD 19.9.2006/7236-6777); "...İtalya'ya gitmek isteyen Moritanya uyruklu 10 göçmeni İzmir ilinden alıp sevk ve idaresindeki kapalı kasa kamyonet araçla Ayvalık ilçesine götürmekte olan sanığın, Alibey Adası Çeşme mevki Üstünkent Sitesi Patriça yol kavşağında kolluk güçlerince aracın durdurulması sonucu göçmenlerle birlikte yakalandığı..."(Y 8. CD 26.2.2007/6021-1537); "... Sanığın İstanbul ilinden İpsala ilçesine getirmek ve oradan da Yunanistan'a geçişlerini sağlamak amacıyla aldığı 39 göçmeni kamyonetin kapalı kasasına koyarak yola çıktığı ve Balabancık Köyü mevkiinde virajı alamayarak devrilmesi ile meydana gelen kaza sonucu kolluk tarafından yakalandığı ..." (Y 8 CD 19.3.2007/815-2150)

<sup>49</sup> "...sanık Ü.'nin de göçmenlerin içine binerek gizlenip sınırı geçmeleri için maddi menfaat karşılığı tır temin ettiği, yine İpsala'ya taşınmaları için araç bulunmasına yardım ettiği..." (Y 8. CD 1.11.2004/7796-8304)

<sup>50</sup> "...sanığın şoförü olduğu ve Fransa'ya gitmek için Çeşme Limanından gemiye binmek üzere olan tırda yapılan aramada yasadışı yollardan Fransa'ya gitmek isteyen F. isimli kişinin sürücü mahallinin yatak kısmında eşyaların altına gizlenmiş şekilde yakalandığı..."(Y 8. CD 27.11.2006/1726/8555)

<sup>51</sup> "...Ambarlı gümrüğünde gemiye binmek için beklerken yapılan kontrolde çubukların işaret vermesi üzerine içinde 5 tane kaçak yolcu bulunduğu anlaşıldığı..." (Y 8. CD 8.11.2005/3600-10376); "...sanığın, temin ettiği tedarikçi-görevli yaka kartı ile maddi menfaat karşılığı C. ve N.'u yasal olmayan yolla İtalya'ya gidebilmeleri için Çeşme liman sahasına sokup, kendisinin de N. ile birlikte gemide saklanmış olarak yakalandığı..." (Y 8. CD 4.12.2006/4008-8824)

<sup>52</sup> "...sanık M.'un satın aldığı ve kaptanlığını yaptığı eski teknelerle göçmenlerin Yunanistan'ın Rodos adasına kaçırıldığı, sanık K.'in de botla bu tekneleri takip ederek Rodos adasına yaklaşıldığında sanık M.'u alarak geri döndüğü..." (Y 8. CD

nusudur. Kaçırılması düşünülen göçmenlerin sayısı yöntem konusunda belirleyicidir. Kalabalık gruplar halindeki göçmenler için kullanılan yöntem teknelerle Yunan adalarına götürülme iken, 3-5 kişilik küçük gruplar ise genellikle Meriç Nehri üzerinden kaçırılmaktadır. Göçmen sayısının bir veya iki kişiden ibaret olduğu durumlarda ise tırlar, yolcu veya yük gemilerinin tercih edildiği görülmektedir.

Bu suçu işleyenler aralarında işbölümü yaparak ve hatta yurtdışında yaşayan kişilerle işbirliği yaparak ülkemiz dışına çıkardıkları göçmenlerin Yunanistan içindeki ulaşım ve barınmalarını sağlayarak Avrupa ülkelerine kadar ulaşmalarını temin etmektedirler.<sup>53</sup>

#### 4. Netice

Netice, gerçekleştirilen fiile ilişkin suçun yasal tarifinde yer alan dış dünyadaki değişikliktir.<sup>54</sup> Bu bakımdan göçmen kaçakçılığı suçunun düzenleme şekline bakıldığında zarar suçu olarak değil bir tehlike suçu olduğu görülmektedir.<sup>55</sup> Tehlike suçlarında suçun oluşumu için, korunan hukuksal değerlerin somut olarak etkilenmeleri zarar görmeleri şart olmayıp etkilenme olasılığı yani tehlikesi yeterlidir.<sup>56</sup>

Tehlike suçları, somut ve soyut tehlike suçu olarak ikiye ayrılır.<sup>57</sup> Göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlenmesinde, suçun oluşumu için suçun konusuna yönelik somut bir tehlikenin gerçekleşmesinin şart koşulduğuna ilişkin bir anlatım bulunmadığından soyut tehlike suçu olarak düzenlendiği söylenebilir.<sup>58</sup>

Bu suç, yasa maddesinde belirtilen ve yukarıda açıklanan seçimlik hareketlerden bir tanesinin yapılmasıyla meydana gelmektedir. Hareketin tamamlanmasından sonra ayrıca bir neticenin gerçekleşmesine

---

20.2.2006/2773-1139), "...Yasadışı yollardan Türkiye'ye giren şahısları yurt dışına çıkarmak amacı ile Seferihisar Sığacık limanında bekleyen tekneye bindirmek için..." (Y 8. CD 5.4.2005/341-2011)

<sup>53</sup> "...Sanıklardan S'nun, Yunanistan'a kaçırılan göçmenlerin bu ülke içindeki ulaşım-ları ile ilgili eylemlerinin bulunduğu..." (Y 8.CD 1.11.2004/ 7796-8304)

<sup>54</sup> Özgenç, s. 204

<sup>55</sup> Evik, s. 159

<sup>56</sup> Artuk M. E., Gökçen A., Yenidünya C., *Ceza Hukuku Genel Hükmümler*, 3.bası, Ankara, 2002, C.1, s. 445

<sup>57</sup> Artuk M. E., Gökçen A., Yenidünya C., s. 446

<sup>58</sup> Evik, s. 160



suçun oluşumu açısından gerek yoktur.<sup>59</sup> Bu itibarla hareketin tamamlandığı anda suç oluşmaktadır.

#### IV. MANEVİ UNSUR

Suçun manevi unsurunu, doğrudan kastın yanı sıra “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat<sup>60</sup> elde etmek maksadı”nın varlığı oluşturur.<sup>61</sup> Bu suç kazanç sağlama amacıyla yapılmalıdır. Amaç ya da saik kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan bir düşüncedir.<sup>62</sup>

Bu suçun taksirle işlenmesi söz konusu değildir. *Örneğin*, dikkat ve özen yükümlüğüne aykırı davranılması sonucu, sürücüden habersiz olarak araca, kaptandan habersiz gemiye, uçağa vb... saklanması durumlarında doğal olarak bu suç oluşmayacaktır.

Menfaatin elde edilmesi, *örneğin* kararlaştırılan paranın alınmış olması, suçun oluşması için gerekli değildir. Doğrudan veya dolaylı maddi yarar sağlanması konusunda anlaşılması, böyle bir vadin yapılmış olması yeterlidir. Ayrıca menfaatin mutlak surette failin kendisine sağlanması da şart olmayıp bir başkasının yararına olması durumunda da suç oluşur. Eğer failin amacı, göçmenlerden cinsel yönden yararlanmak gibi maddi kazanç dışında bir amaç elde etmekse, bu suç oluşmayacaktır. Nitekim Yargıtay 8. Ceza Dairesi bir kararında göçmenleri yurtdışına çıkarmak karşılığında kendileriyle cinsel ilişki kuran sanıkların bu eylemlerini maddi yarar sağlama kapsamında kabul etmemiştir.<sup>63</sup>

Faildeki maddi menfaat elde etme maksadı ve göçmenlerin bu fiillere rıza göstermesi, göçmen kaçakçılığı suçunu diğer suçlardan ayır-

<sup>59</sup> Evik, s. 160

<sup>60</sup> “...maddi menfaat karşılığında göçmenlere yönelik bir eylemde bulunduğu ilişkin kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı...” (Y 8. CD 6.12.2006/3964-8976)

<sup>61</sup> Buna 765 sayılı TCK uygulamasında özel kast denilmektedir. Yeni TCK sisteminde amaç ya da saik kastın bir türü değildir. Bu nedenle genel kast-özel kast ayırımı kullanılmamıştır. (Özgenç, s. 235)

<sup>62</sup> Artuk M. E., *Hürriyeti tahdit Cürmü*, Halit Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, s. 48 vd. (Özgenç, s. 235)

<sup>63</sup> “...göçmen kaçakçılığı suçunun doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla işlenmiş olmasının gerekmesi karşısında, sanıkların doğrudan doğruya veya dolaylı olarak menfaat temin edip etmediklerinin karar yerinde tartışılması gerekirken yazılı biçimde hüküm kurulması...” (Y 8. CD 25.10.2004/ 6004-8050)

maya yarar. Bu nedenle “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmak” veya “vücut organlarının verilmesini sağlamak” amacıyla göçmenlerin ülkeye sokulması halinde insan ticareti suçu, “fuhuş için kullanmak veya fuhuş yapmasını sağlamak” amacıyla yapılması durumunda ise, TCK’nın 227/3. maddesindeki fuhuş suçu oluşabilecektir. Ancak 5560 sayılı yasanın 3. maddesiyle TCK’nın 80. maddesinin birinci fıkrasına “fuhuş yaptırmak” ibaresinin eklenmesi ve aynı yasanın 45. maddesiyle TCK’nın 227/3. maddesi yürürlükten kaldırılması karşısında artık fuhuş yaptıрма amacıyla maddede sayılan fiillerin yapılması insan ticareti suçu kapsamına alınmıştır. Terör amacıyla<sup>64</sup> veya herhangi bir maddi menfaat amacı olmaksızın hatır veya yardım amacıyla maddede belirtilen seçimlik hareketlerin yapılması durumunda bu suç oluşmayacaktır.

## V. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Suçun bir diğer unsuru da hukuka aykırı olması, yani hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasıdır. Bu suçta değerlendirilmesi gereken hukuka uygunluk nedenlerinden birisi ilgilinin rızasıdır. Ancak rızanın geçerli olabilmesi için, rızanın “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin” olması gerekir. Bir ülkeye giriş, çıkış ve kalış düzeni kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak alanı değildir. Göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenler suçun mağduru olmadıkları gibi rızaları da bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Maddede açıkça belirtilmese de bu suç, ancak göçmenin rızası ile yani gönüllülük esasına<sup>65</sup> göre işlenebilir.<sup>66</sup> Ancak, Burada 5237 sayılı TCK’nın 26. maddesi bağlamında hukuken geçerli bir rıza bulunmadığı için, bir hukuka uygunluk nedeninden söz edilemez. Eğer göçmenin yurt dışına girişi, çıkışı veya kalışıyla ilgili olarak rızası, failin hileli davranışları sonucu, elde edilmişse, artık göçmen kaçakçılığı değil, duruma göre dolandırıcılık suçu (m. 157) oluşabilir ki bu durumda doğal olarak göçmen, dolandırıcılık suçunun mağduru olacaktır. Örneğin, yurt dışına götürüleceği vaat edilerek, göçmenlerin paralarının alınması ancak bırakılıp kaçılması veya ülke içinde başka

<sup>64</sup> Arslan Ç., Göçmen Kaçakçılığı Suçları, *Yargıtay Dergisi*, Temmuz 2003, s. 3, s. 296

<sup>65</sup> Evik, s. 166

<sup>66</sup> Turhan, s. 10

bir yere bırakılması halinde dolandırıcılık<sup>67</sup> suçu oluşur.<sup>68</sup> TCK'da ve diğer yasalarda göçmen kaçakçılığına ilişkin özel bir hukuka uygunluk nedeni de bulunmamaktadır.<sup>69</sup>

## VI. KUSURLULUĞU KALDIRAN NEDEN OLARAK ZORUNLUK HALİ

Göçmenler, göçmen kaçakçılığı suçu nedeniyle cezalandırılmayacaklarsa da, Pasaport Kanunu'na aykırılık nedeniyle sorumlu tutulabileceklerdir. Ancak somut olayda, zorunluluk halinin koşulları gerçekleşmiş ise, TCK'nın 25/2 gereğince kusurlu sayılmayıp cezalandırılmayacaklardır.<sup>70</sup>

Diğer yandan 1951 "Mültecilerin Hukuki Durumlarına Dair Cenevre Sözleşmesinin"<sup>71</sup> 31/1 maddesinde, "...akit devletler yaşamları ve özgürlükleri 1. maddede gösterilen şekilde tehdit altında bulunan ülkeden doğrudan gelerek izinsiz ülkelere giren veya ülkelerinde bulunan mültecilere usulsüz girişlerinden veya bulunuşlarından dolayı ceza vermezler" hükmü bulunmaktadır. Mültecilerin ülkeye girer girmez derhal ve açıkça iltica talebinde bulunmaları gerekir. Söz konusu düzenleme göçmen kaçakçılığı suçu bakımından şahsi bir cezasızlık nedenidir. Bu suçta fail yabancıları maddi menfaat için ülkeye sokan kişidir. Mülteci konumunda bulunan yabancılar zaten yukarıdaki açıklamalarımızda da değindiğimiz gibi fail değil suçun konusu konumunda olduklarından göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılmaları söz konusu değildir. Bu statüde

<sup>67</sup> Turhan, s. 10

<sup>68</sup> "...Yurt dışına çıkış için gerekli olan pasaportu bulunan ancak gideceği ülkeye giriş iznini içeren vizesi bulunmayan oğlu için vize almak isteyen müdahilden vize işlemlerini yaptıracağı vaadiyle para temin eden ve bu para karşılığı sahte vize düzenlenmesini sağlayan hükümlünün, kendisine bir yarar sağlamak amacıyla müdahili hileli davranışlarla aldatmak biçiminde gerçekleşen bu eyleminin 1.6.2005 günü yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 157. maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçunu oluşturduğu; pasaportu bulunması nedeniyle yurt dışına çıkmasına bir engeli olmayan müdahilin oğluna sahte vize temin etmesinin "... yasal olmayan yollardan... Türk Vatandaşının yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak" biçimde, anılan yasanın 79. maddesinde tanımlanan göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden..." (Y 8 CD 18.10.2006/5015-7663)

<sup>69</sup> Evik, s. 166

<sup>70</sup> Tecan/Erdem/Önok, s. 71. Bu yazarlar zorunluluk halini bir hukuka uygunluk nedeni olarak belirtmektedirler

<sup>71</sup> 29.8.1961 tarih ve 359 sayılı yasayla onaylanıp 5.9.1961 gün ve 10898 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

bulunan yabancılar hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 25/2 maddesi uyarınca 5682 sayılı Pasaport Yasası'ndan da ceza verilmemesi gerekir.<sup>72</sup>

## VII. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

### 1-Teşebbüs

Protokolün 6. maddesinin 2. fıkrasına göre, taraf devletler kendi hukuk sistemlerinin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla 1. fıkradaki suça işlemeye teşebbüs etmeyi de cezalandırmak yükümlülüğündedir. Bu nedenle olsa gerektir ki eski TCK'nın 201/a-2 maddesinde bir teşebbüs suçu düzenlemesine gidilmişti. Halbuki ek protokol 6/2-a maddesinde sözleşmeyi imzalayan devletlerin bu düzenlemeleri kendi hukuk sistemlerindeki kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla yapabileceklerini açıkça ortaya koymuştur.<sup>73</sup> Yeni TCK'nın 79. maddesinde teşebbüse ilişkin da bu bir düzenlemeye yer verilmediğinden, teşebbüs ile ilgili genel hükümler uygulanacaktır. *Örneğin*, göçmenlerin yasal olmayan yollardan ülkeye sokulmaya kalkışılması gibi.

5237 sayılı TCK.nda yasa koyucunun suç siyasetine baktığımızda genellikle devlet ve onun organlarına karşı işlenen suçların teşebbüs suçu olarak düzenlendiği görülür (m. 262, 277, 288, 309, 310, 311 gibi). Bunun nedeni genel kuraldan sapma olarak değerlendirilebileceği gibi, bazı yazarlar yasa koyucunun bu suçla korunan hukuki değerlerden olan kamu düzeninin, suç teşebbüs aşamasında kaldığında ağır bir şekilde ihlal edilmemiş olacağı düşüncesiyle hareket ettiği görüşündedir.<sup>74</sup>

Göçmen kaçakçılığı suçu bir zarar suçu olmayıp tehlike suçudur ancak onun bu özelliği bu suç tipinin teşebbüse elverişsiz olduğu anlamına gelmez.<sup>75</sup> Maddede gösterilen seçimlik hareketler birbirinden ayrılabilir yani belirli bir zaman diliminde icra edilebilir niteliktedir.<sup>76</sup>

Suçun yabancıнын ülkeye sokulması şeklinde işlenmesi hali ani suç niteliğindedir. Yabancıнын ülkeye sokulmasıyla suç tamamlanır. Eşya-

<sup>72</sup> Hakeri , s. 5

<sup>73</sup> Doğan, s. 136

<sup>74</sup> Doğan, s. 137

<sup>75</sup> Toroslu N., *Ceza Hukuku*, Ankara 1995, s. 199

<sup>76</sup> Doğan, s. 137

ların arasında saklanarak göçmenin ülkeye sokulmaya çalışılırken sınır kapısında yakalanma örneğinde olduğu gibi hareketler birbirinden ayrılabilir olduğundan buna teşebbüs olanaklıdır.<sup>77</sup>

Suçun bir diğer seçimlik hareketi olan ülkede kalmaya imkan sağlama hareketi yukarıda suçun maddi unsurlarında açıklanmıştı. Kanımca suçun bu şekline de istisnai durumlarda teşebbüs olanaklıdır. Ancak geçici ve yurt dışına çıkarılma amacına yönelik olarak göçmenlerin bir süre barındırılmaları yabancının ülkede kalmasına imkan sağlama suretiyle göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmayacağı gibi bu suça teşebbüs olarak da değerlendirilmemesi gerekir. Burada yasa koyucunun ülkede kalmaya imkan sağlama ifadesiyle kastettiğinin, yurt dışına çıkma amacı olmadan ülkemizde yasa dışı yollardan yabancının kalmasına imkan sağlanması olduğunu düşünmek daha doğru olacaktır. İmkan sağlama olarak kabul edilecek hareketlerin yapılmasıyla suç oluşur. *Örneğin*, yabancının maddi menfaat temin edilerek yasa dışı yollardan ülkede kalması için sahte nüfus cüzdanı, ikamet teskeresi düzenlenip bunun yabancıya verilmesiyle suç tamamlanmış olur. Ancak, sahte belgeleri henüz tamamlamadan veya tamamlamış olmakla birlikte henüz göçmenlere vermeden yakalanma halinde suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Yine çok düşük bir ücretle çalıştırmak suretiyle maddi menfaat temin etme amacıyla, yabancının yasadışı yollardan ülkemizde kalmasını sağlayacak biçimde işe alınması, çalıştırılmaya başlanmasıyla suç tamamlanmış olacaktır, ancak işe alınma konusunda girişimlerin yapıldığı aşamada yabancı henüz işe başlamadan yakalanma halinde yine teşebbüs söz konusu olabilecektir.

Bir diğer seçimlik hareket uygulamada en çok karşılaşılan şekli, bir Türk veya yabancının yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlanmasıdır. Bu anlatımla yurt dışına çıkarılmanın mı yoksa çıkmak için uygun araç ve koşulların sağlanmasının mı kastedilmektedir? Eğer yurt dışına çıkarma kastedilmişse o zaman suçun tamamlanması için bir Türk veya yabancının tamamen yasa dışı yoldan sınırlarımızı terk etmesi gerekir. Önceki bütün aşamalar teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Bundan hareketle tekneye bindirilen göçmen karasularımızın dışına çıktıktan sonra uluslararası sularda yakalanırsa suçun tamamlanacak, aksi takdirde yani karasularımız içinde yakalanırsa, teşebbüs söz konusu olacaktır.

<sup>77</sup> Tezcan/Erdem/Önok., s. 77; Doğan, s. 137

Kanımca yasa koyucunun göçmeni yurt dışına çıkarma seçimlik hareketini düzenlerken amacı bu olmadığı gibi kanundaki tanım da böyle bir yoruma elverişli değildir. Yasa koyucunun amacı bu olsaydı, “*bir Türk veya yabancıнын yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkararak...*”<sup>78</sup> şeklinde düzenleme yapardı. O halde yurt dışına çıkma için uygun ortam ve koşulların sağlanması halinde bu suçun oluştuğu<sup>79</sup> kabul edilmelidir. *Örneğin*, göçmenin tırın içine saklandıktan sonra sınır kapısında yapılan kontrolde yakalanması, gümrük sahasına girdikten ve gemiye bindikten sonra hareket etmeden yakalanması, Meriç Nehri’nin kıyısına, yakınlarına getirip bıraktıktan sonra sınırı geçmeden yakalanması vb... durumlarda suçun tamamlandığı yasa metnindeki anlatım karşısında kabul edilmelidir. Önemli olan husus “*imkan sağlama*” fiillerinin yapıлып yapılmadığıdır. Şayet imkan sağlanmış ise, bu imkandan fiilen yararlanmak suçun tamamlanması için şart değildir. *Örneğin*, Van İliinden alınan göçmenlerin sınıra götürülmek üzere onlara araç, gereç, geçici barınma yeri gibi imkanlarının sağlanmasından sonra, bu kişilerin Meriç nehrinden geçirilmek üzere getirilirken sınır bölgesine gelmeden yakalanmaları, tekneye bindirilmeden kıyıda yakalanmaları vb... durumlarında olduğu gibi. Her olayın bir diğerinden farklı özellikleri bulunabileceği hatırdan çıkarılmamalıdır.

5237 sayılı TCK’da cezanın belirlenmesi bakımından eksik-tam teşebbüs ayırımına yer verilmemiştir. Ceza miktarı, teşebbüsün doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığı ile, TCK’nın 61. maddesindeki ölçütler de göz önünde tutularak belirlenecek, tamamlanmış suçun cezasından en az  $\frac{1}{4}$  en fazla  $\frac{3}{4}$  indirim yapılabilecektir. Göçmen kaçakçılığı suçunda teşebbüs nedeniyle ceza tayin edilirken, fiilin gerçekleşme aşaması da göz önüne alınmalıdır. Diğer bir deyişle failin icraya başladığı elverişli hareketlerin fiilin tamamlanma noktasına yakınlığı indirim oranında gözetilmelidir. *Örneğin*, Van ilinden İstanbul’a ge-

<sup>78</sup> 5560 sayılı yasanın 3. maddesiyle değişik TCK’nın 80. maddesinde yasa koyucunun “...ülkeye sokan, ülke dışına çıkararak... ya da barındıran...” ifadelerini tercih etmesi imkan sağlama ibaresinin gelişi güzel bir ibare olmayıp yasa koyucunun bilinçli bir tercihi olduğunu doğrulamaktadır.

<sup>79</sup> “...sanığın, temin ettiği tedarikçi-görevli yaka kartı ile maddi menfaat karşılığı C. ve N.’u yasal olmayan yolla İtalya’ya gidebilmeleri için Çeşme liman sahasına sokup, kendisinin de N.’la birlikte gemide saklanmış olarak yakalandığının anlaşılması karşısında, kanıtlanan eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 79/b maddesi kapsamında “...yurt dışına çıkmaya imkan sağlama...” suçunu oluşturduğu ve bu suçun tamamlandığı...” (Y 8. CD 4.12.2006/4008-8824); (aynı mahiyetteki kararlar için bkz., yukarıdaki 44 nolu dipnot.)

tirmek üzere aldığı göçmen Tatvan İlçesinde yakalanan fail ile Bolu ilinde yakalanan fail hakkında aynı indirim uygulanmamalıdır. Suçun tamamlanma aşamasına yakın bir noktada örneğin göçmenlerin sınıra yakın bir noktada yakalanması halinde en az indirim oranı olan ¼ uygulanabilir. Kuşkusuz bu belirleme TCK'nın 61. maddesindeki esaslara dayalı olacaktır.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi yeni TCK'nın 79. maddesindeki düzenleme nedeniyle göçmen kaçakçılığının her üç halinin de teşebbüse olanaklı olduğuna karar vermektedir.<sup>80</sup> Ancak yasadaki düzenleme şekli nedeniyle her olayda suçun tamamlandığını veya teşebbüs aşamasında kaldığını belirlemek kolay değildir.<sup>81</sup>

<sup>80</sup> "...5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde 765 sayılı TCK'nın 201/a-2 madde ve fıkrasındaki düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle göçmen kaçakçılığı suçunun bütün hallerine teşebbüsün olanaklı olduğu..." (Y 8. CD 19.9.2006/7236-6777, 25.4.2006/2028-3617, 5.4.2006/1442-3616, 24.4.2006/1087-3557, 9.11.2006/4799-8025, 15.11.2006/3965-8217, 22.11.2006/2367-8400, 27.11.2006/1284-8556, 6.12.2006/4301-8928, 6.12.2006/2813-8986, 7.12.2006/3003-9008, 12.12.2006/4770-9179, 13.12.2006/3193-9223, 18.12.2006/3628-9363, 15.2.2007/5336-1279, 20.2.2007/5338-1375, 27.2.2007/5357-1581, 6.3.2007/5046-1705, 21.3.2007/4772-2321, 21.3.2007/5079-2326, 21.3.2007/5324-2327, 22.3.2007/3726-2337, 29.3.2007/811-2589, 4.4.2007/4454-2737, 5.4.2007/5415-2861 11.4.2007/5780-3002, 12.4.2007/5339-1148)

<sup>81</sup> "Oluşa ve kabule göre sanıkların yurda yasal olmayan yollardan ülkeye girmiş bulunan bir kısım yabancıyı maddi menfaat elde etmek maksadıyla yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamak amacıyla bir araca bindirip hakaret ettikten bir süre sonra ihbar üzerine kolluk güçleri tarafından yakalanmış oldukları ve bu suretle işlemeyi kastettikleri suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladıkları, ellerinde olmayan nedenlerle tamamlayamadıkları anlaşılmış bulunması karşısında, sanıkların 5237 sayılı TCK'nın 79/1-b madde, fıkra ve bendinde tanımlanan yabancıların yurt dışına çıkmasına imkan sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu..." (Y. 8. CD 11.4.2006/1631-3028) Ancak aynı karara muhalefet şerhi yazan Y 8. CD üyeleri sayın S. Çetinkol ve H. Akdağ suçun tamamlandığı görüşündedirler: "Oluşa, mahkemenin oluşa uygun kabulüne ve tüm dosya içeriğine göre; sanıkların Türkiye üzerinden Yunanistan'a gitmek için yasa dışı yollardan Türkiye'ye girdikleri kendi ifadelerinden anlaşılın toplam 61 adet göçmenin sonuçta yurt dışına çıkmalarını gerçekleştirmek için taşımak suretiyle onlara imkan sağladıkları ve atılı suçun oluştuğu anlaşılma ile mahkemenin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik bulunmadığı düşüncesi ile çoğunluğun bozma kararına karşıyız."

"...Sanıkların yurda yasal olmayan yollarla girmiş bulunan bir kısım yabancıyı maddi menfaat elde etmek maksadıyla, İ. a götürmek amacıyla V. ilinde bir araca bindirip hareket ettikten sonra A. de kolluk güçlerince yakalandıkları ve bu surette işlemeyi kastettikleri suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladıkları, ellerinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamadıkları ve yabancıları ülkeye sokmaya katıldıklarına dair delil de bulunmaması karşısında, sanıkların eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 79/1-b. madde ve fıkrasında tanımlanan yabancıların yurtda kalmasına imkan sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu..." (Y 8. CD

17.10.2006/4430-7628)

"...Sanığın, Almanya'ya gitmek üzere yasadışı yollardan Türkiye'ye girmiş olan göçmenleri aracıyla U. ilçesinden alıp, C.'ye götürürken yakalandığı anlaşılmalı; eyleminin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 79. maddesinde düzenlenen yabancının yurtdışına çıkmasına imkan sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu, bu durumda sanık lehine bulunan 5237 sayılı yasanın 79/1. madde ve fıkrasının b bendi ile 35. maddesinin uygulanması gerektiği..." (Y 8. CD 9.11.2006/4777-8006)

"Sanığın Yunanistan'a gitmek üzere yasa dışı yollardan Türkiye'ye girmiş olan 7 Iraklı göçmeni E.'a ait araç ile Kıpılı köyünden alıp, Başverimli beldesi Köprübaşı mevkiine götürürken kolluk güçleri tarafından yakalanmış olduğu ve bu suretle işlemeyi kastettiği suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladığı, ancak elinde olmayan nedenlerle eylemi tamamlayamadığının anlaşılması bulunması karşısında..." (7.12.2006/5323-9021) Ancak bu karara muhalefet şerhi yazan Y 8. CD üyeleri sayın s. Çetinkol ve H.Akdağ suçun tamamlandığı görüşündedirler: "...Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre sanığın yurda yasal olmayan yolla girmek ve Yunanistan'a gitmek isteyen kaçak, Iraklı göçmenleri Irak sınırından kendisine getirilmesi için adam gönderdiği ve onları arabayla taşımak suretiyle imkan sağladığı anlaşılmalı, çoğunluğun eylemin teşebbüs aşamasında kaldığına ilişkin kararına katılmıyoruz."

"...sanıkların İstanbul'dan aldıkları göçmenleri yasadışı yollardan yurt dışına çıkmalarını temin için Dikili'ye götürürlerken, Manisa ili Soğukkuyu mevkiinde takipte olan kolluk güçleri tarafından yakalandıklarının anlaşılması karşısında; sanıkların kanıtlanan bu eyleminin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı..." (Y 8. CD 22.3.2007/3726-2337) Yine bu karara muhalefet şerhi yazan Y 8. CD üyeleri sayın s. Çetinkol ve H.Akdağ suçun tamamlandığı görüşündedirler: "sanıkların kaçak olarak yurda giren ve yine yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmak isteyen göçmenlere araç temin edip taşımak suretiyle yurt dışına çıkmaları için imkan sağladıkları anlaşılmalı, mahkemenin oluşturma uygun kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik bulunmadığı düşüncesi ile çoğunluğun bozma kararına karşıyız."

"... yasadışı yollardan Türkiye'ye gelmiş ve buradan başka ülkelere gitmek isteyen 17 yabancı uyruklu göçmeni sanığın İstanbul'dan alarak kendisine bildirilecek yere kadar götürmek üzere yola çıktıktan sonra Enez, Hasköy köyü yakınlarında jandarma görevlileri tarafından yönetimindeki kamyonun durdurularak yakalanması şeklinde oluşan eyleminin göçmenleri yurtdışına çıkarmaya imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı..." (Y 8. CD 15.3.2007/191-2046)

"...yasa dışı yollardan Türkiye'ye gelmiş bulunan göçmenleri Van ilinden İstanbul'a getirmek üzere kamyonun kasasına koyarak yola çıkan ve kamyonla refakat eden öncü araçla birlikte Gölbaşı ilçesi yol kontrol noktasında yakalanan sanıkların eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı..." (Y 8. CD 29.3.2007/811-2589)

"...yasadışı yollardan Türkiye'ye giren 27 göçmeni yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamak üzere araca bindirdikleri, İstanbul iline doğru seyrederken yol kontrol noktasında yakalandıklarının anlaşılması karşısında; sanıkların kanıtlanan eylemlerinin yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu..." (Y 8. CD 2.4.2007/601-2619) Y 8. CD üyeleri sayın s. Çetinkol ve H. Akdağ yine suçun tamamlandığı görüşüyle karara muhalefet şerhi yazmışlardır.

"...Oluşa, dosya içeriğine göre, yasadışı yollardan Türkiye'ye gelmiş ve buradan İstanbul üzerinden Avrupa ülkelerine gitmek isteyen elli beş göçmeni sanık M. yönetimindeki çalıntı .... sahte plakalı araçla Erciş İlçesinden İstanbul'a götürürken



## 2. İştirak

5237 sayılı TCK'nın iştirak hükümlerine ilişkin düzenlemesi de 765 sayılı TCK'dan farklıdır. Yeni yasada iştirak şekilleri *faillik* ve *şeriklik* olarak ikiye ayrılır.<sup>82</sup> Suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştirilen kişi fail olup; suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Suçun işlenişine katılmakla beraber bu katkı yasadaki suçun tarifine uygun olmayan suç ortağı da şeriktir. Şeriklik, *azmettirme* ve *yardım etme* şeklinde ortaya çıkar.<sup>83</sup> Yardım etme, bir başkasının kasten işlemekte olduğu bir suçun icrasının kasten<sup>84</sup> desteklenmesini ifade etmektedir.<sup>85</sup>

---

Korkut ilçesi sınırlarında yakalanmaları biçiminde gerçekleşen sanıkların eylemlerinin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı..." (Y 8. CD 4.4.2007/4454-2737) Y 8. CD üyeleri sayın S. Çetinkol ve H. Akdağ yine suçun tamamlandığı görüşüyle karara muhalefet şerhi yazmışlardır.

"...yasadışı yollardan yurtdışına gitmek isteyen 50 Afgan, 19 Pakistan ve 1 Bangladeş uyruklu 70 göçmeni Van ilinden alıp üzeri branda ile kapatılmış kamyona bindirerek İstanbul iline götürmekte olan araç şoförü Doğan Sezer ile araca eskortluk yapan sanıklar F. ve F.'ın ihbar üzerine Gölbaşı ilçesi sınırları içerisinde kolluk güçlerince aracın durdurulması sonucu göçmenlerle birlikte yakalandıklarının anlaşılması karşısında; sanıkların kanıtlanan bu eyleminin, göçmenlerin yurt dışına çıkarmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı..." (Y 8. CD 5.4.2007/11549-2853) (Y 8. CD üyeleri sayın s. Çetinkol ve H.Akdağ yine suçun tamamlandığı görüşüyle karara muhalefet şerhi yazmışlardır.)

"...sanıklar T., İ. ve M.'in yasadışı yollardan Türkiye'ye gelmiş ve buradan başka ülkelere gitmek isteyen Irak uyruklu "21" göçmeni minibüs ile taşıma eyleminin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı..." (Y 8. CD 5.4.2007/5415-2861) (Y 8. CD üyeleri sayın S. Çetinkol ve H. Akdağ yine suçun tamamlandığı görüşüyle karara muhalefet şerhi yazmışlardır.)

"...sanıkların yasadışı yollardan Türkiye'ye giriş yapmış olup Yunanistan'a geçmek isteyen yabancı uyruklu göçmenleri İstanbul'dan Edirne'nin Meriç ilçesi Küplü Beldesi Bağlık mevkiine getirdikleri ve aracın lastiğinin patlaması sonucu güvenlik güçlerince yakalandıklarının anlaşılmasına göre; sanıkların kanıtlanan bu eylemlerinin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı..." (Y. 8. CD 11.4.2007/5780-3002) Y 8. CD üyeleri sayın s. Çetinkol ve H. Akdağ yine suçun tamamlandığı görüşüyle karara muhalefet şerhi yazmışlardır.

<sup>82</sup> Özgenç İ., *Suç İştirakinin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul 1996, s. 139 vd.

<sup>83</sup> Özgenç, s. 488

<sup>84</sup> "...(765 sayılı) TCK'nın 65. maddesinin uygulanabilmesi, asli failin kastının önceden bilindiğinin sabit olmasına bağlıdır. Asıl failin gerçek amacını bildikleri anlamayan kimselerin suç işlenirken yaptıkları fiiller 65. madde ile düşünülemez..." Y. CGK 6.12.1965/383-434 (Erem F., Danışman A., Artuk M. E., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin yayınevi, Ankara, 1997, 14. baskı, s. 399)

<sup>85</sup> Özgenç, s. 522

Bu suça iştirakin her türlü mümkündür.<sup>86</sup> Yasa maddesindeki imkan sağlama fiillerini gerçekleştiren kişi fail, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda ise müşterek faillik söz konusu olacaktır. Müşterek failliğin belirlenmesi bakımından ise diğer suçlarda olduğu gibi genel kurallar uygulanacaktır. TCK'nın 37. maddesinin gerekçesinde şu açıklama yer almaktadır: *"Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Bu durumda, fiilin icrası veya sonucu kalmaması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır.*

Yasa maddesindeki imkan sağlama ifadesi, yardım eden ile fail kavramlarını ayırma açısından uygulayıcıları zorlayacak niteliktedir. Faillere (diğer eylemlere katılmadan) maddi menfaat için aracını, teknesini kullandıran, yurt dışına çıkarılmak istenen göçmenlere geçici olarak barınacak yer temin eden, barındıran kişinin eylemi yardım etme olarak kabul edilebilir. Yardım etme ile TCK'nın 37. maddesinde düzenlenen müşterek faillik karıştırılabilir. *Örneğin*, göçmenlerin taşınması için teknesini maddi menfaat karşılığı kullandıran kaptan<sup>87</sup> aynı zamanda tekneyi kullanarak göçmenleri taşımış işe yardım eden mi yoksa müşterek fail midir? Müşterek faillikte birlikte suç işleme kararının yanında fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail gibidir.<sup>88</sup> Bu nedenle de tekneyi kullanarak göçmenleri taşıyan, yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkararak kaptan suçun müşterek failidir.<sup>89</sup>

### 3. İctima

#### a. Zincirleme suç

765 sayılı TCK uygulaması sırasında hukuki kesintinin oluştuğu iddianamenin düzenlenmesine kadar geçen zaman içinde işlenen göçmen kaçakçılığı suçlarının tek suç oluşturacağı kabul edilmektedir.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> Doğan, s. 141

<sup>87</sup> Doğan, 142

<sup>88</sup> Özgenç, *Suçta İştirakin...*, s. 262

<sup>89</sup> Doğan, s. 142

<sup>90</sup> "...TCK'nın 201-a/1. madde ve fıkrasında tanımı yapılan göçmen kaçakçılığı suçunun niteliği ve özelliği itibarıyla kendi içinde teselsül de içerdiği cihetle hukuki

5237 sayılı TCK'nun yürürlüğe girmesinden sonra bir kişinin bir suç işleme kararıyla kısa aralıklarla bu suçu işlemesi halinde 43/1 maddenin uygulanması gerektiğine ilişkin verilmiş karar vardır.<sup>91</sup> Bu karardan hareketle aynı göçmen grubunun değişik fertlerini aynı suç işleme kararıyla ve kısa aralıklarla yasa dışı olarak yurda sokma veya çıkmasına imkan sağlamaları halinde TCK'nun 43/1 maddesinin uygulanması söz konusu olabilir. Çünkü 5237 sayılı TCK'nun 43. maddesinin 1. fıkrasının sonuna göçmen kaçakçılığı suçu açısından önem arzeden 29.6.2005 tarihli 5377 sayılı yasayla "*mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır*" hükmü getirilmiştir.<sup>92</sup>

Bu suçta göçmenler mağdur olmadığı için TCK'nun 43/2 maddesinin uygulama yeri olmadığı Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin uygulamasında halen kabul edilmektedir. Buna karşılık öğretide, aynı gemiyle bir seferde birçok göçmeni kaçıran kaptan örneğindeki gibi olaylarda, TCK'nun 43/2. maddesinin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>93</sup>

---

kesintiyi oluşturan iddianamenin düzenlenmesine kadar gerçekleştirilen eylemlerin tek suç oluşturacağı ve bu eylemlerin sayıca çok olmasının TCK'nun 29. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektirebileceği göz önüne alınarak örgütlü olarak bu suçu işleyen sanıklar s. , A. ve O.'ın TCK'nın 201-a/2-son madde ve fıkralarından bir kez, sanık s. 'in ise iki kez cezalandırılması gerekirken, her eylem ayrı bir suç kabul edilerek yazılı biçimde üçer kez cezalandırılmaları suretiyle fazla ceza tayini..." (Y 8. CD 1.11.2004/7796-8304)

<sup>91</sup> "...Sanık M.'un kısa aralıklarla ve bir suç işleme kararı ile büyük kısmı aynı kişilerden oluşan kişileri maddi menfaat karşılığında ülke dışına çıkarma eyleminin zincirleme tek suç oluşturduğu ve hakkında 5237 sayılı TCK'nun 43. maddesinin uygulanması gerekeceği gözetilmeden, iki ayrı suç kabulüyle hakkında iki kez mahkumiyet hükmü kurulması..." (Y 8. CD 5.10.2006/6027-7344)

<sup>92</sup> Eklenen bu hükümlerle ilgili teklif gerekçesinde: "Zincirleme suç halinde, aynı suçun birden fazla işlenmiş olması söz konusudur. Ancak bu suçlar bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmektedir, yani bu suçlar arasında subjektif bir bağ bulunmaktadır....ortada bir suç değil birden fazla suç mevcuttur. Zincirleme suçtan söz edebilmek için aynı suçun müteaddit defa aynı kişiye karşı işlenmesi gerekir. işlenen suçları mağdurunun aynı olması gerekir... toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, muayyen bir kişi mağdur olmadığına göre, zincirleme suç hükümlerini öncelikle uygulamak gerekir. Ancak bu son durumla ilgili olarak hukuk uygulayıcılarında oluşan tereddüdü gidermek amacıyla 43. maddeye bu düzenleme eklenmiştir." denilmektedir.

<sup>93</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 79.

## b. Fikri içtima

Göçmen kaçakçılığı suçu, aynı zamanda 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nda<sup>94</sup> veya yabancıların Türkiye'de oturmalarına ve çalışmalarına ilişkin mevzuattaki cezai hükümleri de ihlal edebilir. Bu durumda işlenen bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verilmekte olup, kişi TCK'nın 44. maddesi uyarınca bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

Diğer taraftan, yabancıнын yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması ya da ülkede kalabilmesi için sahte kimlik veya seyahat belgesi veya oturtma izni düzenlenmesi halinde, bu fiiller, aynı zamanda TCK'nın 204. maddedeki resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturacak ve fail her iki suç nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Nitekim TCK'nın 212. maddesinde bu husus *"Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur."* şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle böyle olaylarda hem göçmen kaçakçılığı suçu hem de belgede sahtecilik suçundan dolayı ayrı ayrı cezalandırma söz konusu olacaktır.<sup>95</sup>

765 sayılı TCK'da da aynı uygulama söz konusudur. 765 sayılı TCK'nın 201/a maddesinin 2. fıkrasında yer alan göçmen kaçakçılığı suçuna *"iştirak etmeksizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, maddi menfaat elde etmek amacıyla, yasal olmayan yollarla ülkeden çıkararlara, yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılanlara, bu maksatla sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlayanlara veya temin edenlere ya da bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluşturursa bile ayrıca"* ceza verileceği şeklindeki hüküm yeni TCK'nın 79. maddesine değil 212. maddesine konulmuştur.

Yasal yollardan Türkiye'ye girmiş olan bir yabancıнын, yasal olmayan yollardan oturma izni temin edilerek ülkede kalmasına imkan sağlanması ya da yasal olmayan yollardan çıkmasını temin için sahte pasaport veya belgeler hazırlanması da 79. maddeye göre göçmen

<sup>94</sup> "Sanıkların ülkeye yasadışı yollardan girmiş olan göçmenleri menfaat karşılığı ülke dışına çıkarmaya çalışmaktan ibaret eylemleri 765 sayılı TCK'nın 201/a-2 maddesine aykırılık suçunu oluşturduğu halde ayrıca Pasaport Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca mahkumiyet hükmü kurulması..." (Y 8. CD 20.4.2006/12665-3518)

<sup>95</sup> Turhan, (bkz., s. 10) burada TCK'nın 44. maddesindeki düzenleme nedeniyle tek suç oluştuğu görüşündedir. Kanımca yazar TCK'nın 212. maddedeki düzenlemeyi değerlendirmemiştir.

kaçakçılığı suçunu oluşturur. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere ayrıca TCK'nın 212. maddesi uyarınca evrakta sahtecilik suçunun da oluşabileceği unutulmamalıdır. 25.4.2006 günü kabul edilen 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu 67/1. maddesi de göz önüne alınmalıdır. Sonuç olarak, belirtilen bu durumlarda fail 765 sayılı TCK'na göre hem resmi evrakta sahtekarlık hem de göçmen kaçakçılığı suçlarından ayrı ayrı cezalandırılması uygulaması yeni TCK'na göre de aynen devam edecektir.

Göçmenlerin rüşvet verilmesi suretiyle yurda sokulması durumunda 765 sayılı TCK'dan farklı olarak bir fiille hem göçmen kaçakçılığı hem de rüşvet verme suçu olduğundan TCK'nın 44. maddede düzenleme gözetilerek fikri içtima kurallarına göre ağır olan rüşvet verme suçundan cezalandırılması gerekir. 765 sayılı TCK'nın 201/a-2 maddesinde yukarıda da değinildiği üzere "*...fiilleri başka bir suçu oluştursa bile ayrıca...*" hükmü bulunduğundan her iki suçtan da ceza tayini gerekirken<sup>96</sup> yeni yasa bu düzenlemeye yer vermediğinden genel kurala göre yani 44. maddedeki fikri içtima kuralı gözetilmelidir. Ancak somut olayın özelliğine bakılmalı failin eyleminin tek olup olmadığı iyi tespit edilmelidir. *Örneğin*, Van ilinden aldığı göçmeni Edirne'ye getirip burada görevlilere rüşvet vererek yasa dışı yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan failin bir değil iki eylemi söz konusu olduğundan failin hem göçmen kaçakçılığı hem de rüşvet verme suçundan cezalandırılması gerekir. Ancak göçmenin sınıra kadar getirilmesine iştirak etmeksizin maddi menfaat temin etmek amacıyla yasa dışı olarak yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak için görevliye rüşvet veren failin eylemi tek olduğundan TCK'nın 44. maddesinin yollamasıyla rüşvet verme suçundan cezalandırılması gerekir

765 sayılı TCK m. 201/a-3 uyarınca, göçmen kaçakçılığı fiillerinin "*kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye soktuğu veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olduğu hallerde faillere verilecek cezalar, yarısı oranında; ölüm meydana gelmiş ise bir kat artırılarak*" verilmesini öngörüyordu. Bu nedenle, göçmenlerin yurda sokulması veya çıkarılması sırasında yaralanmaları veya ölmeleri halinde fail yalnızca göçmen kaçakçılığının bu ağırlaştırıcı nedenine göre cezalandırılması söz konusu idi. Ancak suçun bu nitelikli hali yeni kanuna alınmamıştır. Bu açıdan yeni kanuna göre

<sup>96</sup> Arslan, s. 298, Hakeri, s. 8

fail bu gibi durumlarda hem göçmen kaçakçılığı suçundan hem de kasten veya taksirle öldürme ya da yaralama suçlarından ayrıca cezalandırılacaktır.<sup>97</sup>

## VII. YAPTIRIM

### 1. Cezalar ve Suçun Nitelikli Şekilleri

Göçmen kaçakçılığı suçu için hürriyeti bağlayıcı ceza olarak üç yıldan sekiz yıla kadar hapis öngörülmüştür. Bu suç ekonomik çıkar amacıyla işlenmekte olduğundan, hapis cezasının yanı sıra onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunacaktır.

TCK'nın 79. maddenin 2. fıkrasında, suçun örgüt tarafından işlenmesi halinde cezanın yarı oranında arttırılacağı belirtilmiştir. Bu açıdan yeni düzenleme, cezanın bir kat arttırılmasını öngören eski TCK'dan farklıdır. Ancak burada örgüt değerlendirilirken 5237 sayılı TCK'nın 220. maddesindeki unsurların varlığı aranmaktadır.<sup>98</sup>

### 2. Güvenlik Tedbirleri

TCK'nın 79/3. maddesine göre göçmen kaçakçılığı suçunun *"bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bun-*

<sup>97</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 79.

<sup>98</sup> "Yasadışı yollardan Türkiye'ye giren şahısları yurt dışına çıkarmak amacı ile Seferihisar Sığacak limanında bekleyen tekneye bindirmek için İstanbul'dan Seferihisar'a getirdiklerinde yakalanan sanıklar hakkında uygulanan TCK'nın 201/a maddesinin son fıkrasında ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş bulunan "örgüt" ten eylemsiz bir anlaşmanın kastedilmediği, sınıraşan örgütlü suçlara karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde tanımlanan örgütlü suç kavramının, aynı sözleşmeye ek, Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 1. maddesiyle birlikte yorumlanmasında örgütten kastedilenin maddi çıkar elde etmek amacıyla var olan üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik biçimde yapılmış sürekli ve disiplinli bir işbirliği öngörmesi ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş bir grubun anlaşılmasının gerekmesi karşısında, oluşa göre sadece bu göçmen grubunu sınırdan geçirmek üzere bir araya gelen sanıkların durumu örgüt oluşumuna yeterli olmadığı ve suçu işlerken halinde işledikleri anlaşılacak sanıklar hakkında TCK'nın 201/a maddesinin son fıkrasının uygulanamayacağına gözetilmemesi..." (Y 8. CD 5.4.2005/341-2011), "...sanıkların bu şekilde tam bir organizasyon ve işbirliği içinde davranarak birçok kez göçmenleri örgütlü olarak yurtdışına kaçırdıkları dosya içeriğinden anlaşıldığından sanık M. hakkında 5237 sayılı TCK'nın 79/2, sanıklar H., M., J. ve K. hakkında ise 765 sayılı TCK'nın 201/a-son madde ve fıkralarının uygulanmaması suretiyle noksan ceza tayini..." (Y 8. CD 20.2.2006/2773-1139)

lara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır. Bu güvenlik tedbirleri ise TCK'nın 60. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun gerekçesinde bu yaptırımlarla ilgili şu açıklama vardır: *Maddede öngörülen ilk güvenlik tedbiri, faaliyet izninin iptalidir. Bunun için ilk koşul özel hukuk tüzel kişisine, belirli bir faaliyette bulunabilmesine ilişkin bir kamu kurumunca verilen bir iznin varlığıdır. İkinci koşul ise, bu iznin sağladığı yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına kasıtlı bir suç işlenmesidir. Dikkat edilmelidir ki, burada söz konusu olan suç, tüzel kişi yararına işlenmiş herhangi bir suç değildir. İşlenen suçla, verilen iznin kullanılması arasında nedensellik bağı olmalıdır. Ayrıca, özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin bu suçun işlenmesine iştirak etmeleri gerekir. Özel hukuk tüzel kişileri bakımından öngörülen ikinci güvenlik tedbiri ise müsadere dir. Buna göre, tüzel kişi yararına işlendiği belirlenen suç bakımından, müsadere hükümlerindeki koşullar da gerçekleşmiş ise, o suçla bağlantılı olan eşya ve maddî çıkarların müsaderesine hükmedilecektir. Bu hâlde iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunacaktır.*

Müsadere konusu da 765 sayılı TCK.na göre oldukça farklı bir şekilde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş, eşya ve kazanç müsaderesi olarak ikiye ayrılmıştır. Genel hükümleri ilgilendiren müsaade konusuna göçmen kaçakçılığına bakan yönüyle<sup>99</sup> kısaca değinmek istiyoruz.

### a. Eşya Müsaderesi

İyi niyetli üçüncü kişilere ait olmama koşuluyla suçta kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın<sup>100</sup> müsaderesi gerekir. Ancak, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.

<sup>99</sup> "...765 sayılı TCK'nın 36. ve 201/a-2. maddesine göre farklı düzenlemeler getiren suç ve karar tarihinden sonra 1.6.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 54. maddesindeki müsadere nin hükmünde tartışılması zorunluluğu..." (Y 8. CD 21.11.2006/1343-8378)

<sup>100</sup> Y 8. CD 6.4.2005/341-2011 sayılı kararında, göçmenleri taşımak için tahsisi edilen ancak göçmenlerin yolda yakalanmaları nedeniyle suçta kullanılamayan teknenin, "...suçta kullanılmayan p. adlı teknenin iadesi yerine müsedine karar verilmesi..." kararına Daire Üyesi Sayın s. Çetinkol yazdığı karşı görüşte, "...anlaşmaya bağlı olarak bu suç için hazırlanan teknenin de müsaderesinin doğru olduğu ve bu nedenle mahkemenin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik bulunmadığı..." ni belirtmiştir.

Ülkemizde özellikle kara taşıtları resmi işlem görmeksizin hariçten el değiştirmektedir. Göçmenlerin naklinde kullanılan araç gerçekte faille ait olmakla birlikte kayıtlarda devri yapılmadığı için sahibi başkası görünmektedir. Bu durumda gerçekte faille ait olmakla birlikte kayıtlarda başka kişiler adına kayıtlı<sup>101</sup> araçların müsadereesine karar verilmeyecek midir? Failin suçta kullandıkları araçları müsadere eden kurtarmak için bu yolu kullanmaları olası olduğundan olayda kullanılan aracı gerçek sahibi araştırılmalıdır. Müsadere, diğer bazı suçlarda olduğu gibi suçlulukla mücadelede önemli bir araçtır.<sup>102</sup> Ancak iyi niyetli üçüncü kişilerin haklarının kaybolmaması için gerekli özen gösterilmelidir.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> "...Suçta kullanılan ... plakalı aracın trafik kaydında sahibi görünen s. vekilinin temyiz aşamasında verdiği dilekçede, bahse konu aracın sanığa sözlü kira sözleşmesiyle teslim edildiğini beyan etmiş bulunması ve dosya içeriği karşısında sanığın aşamalarda aracın kendisine ait olup devrini henüz üzerine alamadığı yolundaki savunmasının aracın mülkiyetinin kendisine geçtiği konusunda kesin kanıt sayılamayacağı gözetilerek ve Karayolları Trafik Kanununun 20. maddesi hükmü karşısında aracın ruhsat sahibine iadesi gerekirken, oluşa uygun düşmeyen gerekçeyle müsadereine karar verilmesi," (Y 8. CD 24.5.2004/11224-4734) Ancak bu karar Daire üyeleri sayın H. Y. Aktan ile M. H. Özek yazdıkları karşı düşüncede Türk hukuk sisteminde müsadere kurumunu özetle açıkladıktan sonra : "...plakalı araç sanık tarafından, sanığın savunmasında da ifade edildiği üzere, malikinden satın alınmıştır. Trafik kaydının devredilmemiş olması teslimin yapılmadığı anlamına gelmemektedir. Trafik kaydının devredilmemiş olması nedeniyle aracın müsadereesine hükmedilemeyeceği sonucuna varılması halinde, sanıkların bu yöneme başvurarak, müsadereenin getireceği caydırıcılık hükmünden kurtulacakları ve dolayısıyla da organize suçlulukla mücadelenin güçleşeceği göz önüne alınmalıdır..." şeklinde görüşlerini belirtmişlerdir. Bu karar karşı itiraz yoluna gidilmesi üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.10.2004 gün ve 2004/8-175-198 sayılı kararıyla yerel mahkemenin müsadere kararını isabetli bulmuştur. Bundan sonra Y 8. CD, CGK'nun bu görüşünü benimseyerek bu doğrultuda karar vermiştir: "...sanık O'ın jandarmada ".. bu aracı 4 ay önce .." satın aldığı ".. bankasına kredi kartı borcundan dolayı aracın devrini kayıbiraderim M.'in üzerine .." yaptığına ilişkin beyanının araç sahibi M.'in C. Savcılığındaki "... bu araç benim üzerime kayıtlıysa da eniştem O. aldı.. Kredi kartı borcundan benim üzerime yaptı.." biçimindeki anlatımıyla doğrulanması ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun dairemizce de benimsenen 12.10.2004 gün ve 2004/8-175-198 sayılı kararı karşısında, ... plakalı aracın, birçok eylemde sanık O. tarafından eskort olarak kullanıldığı ve son olarak içerisinde kaçak göçmen taşıdığı gözetilerek, TCK'nun 201-a/2. madde ve fıkrası uyarınca müsadereine karar verilmesi gerekirken, sahibine iadesine karar verilmesi..." (1.11.2004/7796-8304)

<sup>102</sup> Doğan, s. 152.

<sup>103</sup> "...Suçta kullanılan ve yedieminde bulunan 73... plakalı minibüsün müdahil F. adına ruhsatlı olup, sanık T.'in bu araçta şoför olarak çalıştığı ve müdahilin bilgisi olmaksızın göçmenleri taşıdığı anlaşılınca, 5237 sayılı TCK'nun 54. maddesi uyarınca aracın ruhsat sahibine iadesi yerine yazılı şekilde zorunlu karar verilmesi..." (Y 8. CD 5.4.2007/5415 – 2861)



Maddenin 2. fıkrasındaki, suçta kullanılan eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsadere olanaksız hale gelmesi durumunda bu eşyanın değeri kadar paranın müsadere si öngörülmektedir. Uygulamada özellikle Yunan adalarına kalabalık sayıda göçmeni kaçırmak için kullanılan eski tekneler, göçmenler adaya varınca delillerin ortadan kalkması ve geriye dönüşü engellemek için batırılmaktadır. Yine suçta kullanıldıktan sonra araçların iyiniyetli üçüncü kişilere devri yapılması söz konusu olabilir. 765 sayılı TCK döneminde bunlara elkoyma olanağı olmadığından müsadere kararı verilemiyordu. Ancak bu yeni hüküm karşısında değeri kadar bir paranın müsadere sine karar verilebilecektir. Bunun hakkaniyete çok fazla uygun düşmediğine ilişkin görüşlere<sup>104</sup> katılmak olanaklı değildir.

Maddenin 3. fıkrasında önemli ve hakkaniyete uygun bir düzenleme vardır ki bu hüküm bazı olaylarda uygulayıcıları oldukça rahatlatacaktır. *Örneğin*, değeri oldukça fazla olan bir taşıtın, bir geminin bir iki göçmenin kaçırılmasında kullanılması durumunda müsadere sine hükmedilmeyebilecektir. Ancak önemli sayıda göçmenin yakalanması halinde müsadere ye karar verilmesi gerektiği açıktır. Bu sayı her olayın özelliklerine göre değişebilecek bir durum olup önceden göçmen sayısı vermek isabetli olmayacaktır. Bazen bir göçmenin naklinde kullanılan otomobilin müsadere si gerekirken, bazen 3-5 göçmenin naklinde kullanılan değeri oldukça fazla olan bir taşıtın müsadere sine karar vermemek bu fıkra kapsamında olanaklı olacaktır.

Maddenin 5. fıkrasındaki, bir şeyin bazı kısımlarının müsadere si gerektiğinde tümüne zarar verilmeksizin bu kısmını ayırmak olanaklı ise sadece o kısmın müsadere sine karar verilmesi gerektiği hükmünden ne anlaşılmalıdır? *Örneğin*, göçmenlerin taşınmasında kullanılan tıra (çekici) bağlı dorsenin(römork) tek başına tırdan bağımsız olarak müsadere sine karar verilebilir mi? Kanımca dorse göçmenlerin saklanması için kullanılmış olsa bile tır olmadan hareket edemeyeceğinden ve nakilde kullanılamayacağından bu durumda hem tırın hem de dorsenin müsadere si gerekir. Ancak göçmen, tırın şoför mahallinde taşınmış ise o zaman çekiciden ayrılabilen (hatta ayrı bir plakası olan) dorsenin bu bağlamda müsadere edilmesi gerekli olmayabilir.

Maddenin 6. fıkrasına göre de, bu suçta kullanılan ve mülkiyeti hisseli olan aracın sadece suça katılan kişiye ait hissesinin müsadere si öngörülmektedir.

<sup>104</sup> Doğan, s. 154.

## b. Kazanç Müsaderesi

TCK'nın yeni müesseselerinden olan kazanç müsaderesi ile maddi menfaat temin etmek amacıyla bu suçu işleyenlerin suçtan elde ettikleri kazancın müsaderesi bu madde kapsamında mümkündür. Ancak bunun için kazancın iade edilmemiş olması gerekir.

## VIII. ESKİ VE YENİ DÜZENLEME ARASINDAKİ FARKLAR

- Yeni TCK'daki göçmen kaçakçılığı suçunun tanımı ve unsurları, eski TCK'daki düzenlemeye göre farklılıklar içermektedir. Yeni TCK'nın 79/1. maddesindeki suçun tanımı, eski TCK'nın göre 201/a maddesindeki tanımdan daha açık ve anlaşılır hale getirilmiş ancak uygulamayı zorlaştırmıştır.

- İkinci fark, eski TCK'nın 201/a-2'de düzenlemeyle suçun teşebbüs aşamasında kalması tamamlanmış bir suç gibi cezalandırılırken yani bir teşebbüs suçu öngörülmüşken, yeni TCK bu düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda teşebbüs konusunda genel hükümler uygulanacaktır.<sup>105</sup>

- Bir diğer fark, suçun yaptırımına ilişkindir. 765 sayılı TCK'da 2 yıldan 5 yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası öngörülmüşken, yeni TCK'da 3 yıldan 8 yıla kadar hapis ve 10 bin güne kadar adli para cezası kabul edilmiştir.

- Yeni yasadaki cezaların daha ağır olduğu görülmektedir. Ancak, her iki maddede suçun tanımı, unsurları ve nitelikli şekilleri de değişiklik yapıldığı ve eski TCK'da teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı hükmü yeni yasaya alınmadığı için, hangi hükmün daha lehe olduğu somut olaya göre belirlenebilecektir.

<sup>105</sup> "...Sanık B'nin, yabancı uyruklu dört kişiyi yasadışı yollardan Yunanistan'a ait M. adasına geçirmek amacıyla İ. dan A.'a getirdiği ve eylemini tamamlayamadan orada yakalandığı; eyleminin, 765 sayılı TCK'nın 201/a maddesinde müstakil olarak yaptırma bağlanmasına karşın, 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesindeki düzenleme itibarıyla göçmen kaçakçılığına teşebbüs suçunu oluşturduğu ve sanık hakkında aynı yasanın 35. maddesinin de uygulanmasının gerektiği gözetilerek, 5252 sayılı yasanın 9. maddesi uyarınca önceki ve sonraki yasaların ilgili tüm hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların karşılaştırılması suretiyle hangi yasanın sanık lehine olduğunun saptanması gerekirken, eylemin tamamlandığı kabul edilerek yazılı biçimde uygulama yapılması.." (Y 8. CD 11.10.2006/7327-7491, 12.10.2006/3473-7553)

- 765 sayılı TCK'nın 201/a maddenin 3. fıkrasındaki nitelikli şekil neden yeni yasanın 79. maddesinde bulunmamaktadır.<sup>106</sup> Bu nedenle göçmenlerin yaşam veya vücut bütünlüklerinin tehlikeye sokulması veya zarara uğraması halinde gerçek içtima kurallarına göre cezai sorumluluk söz konusu olacak, bu fillerden dolayı yaralama v.s gibi suçlar dolayısıyla ayrıca cezaya hükmedilecektir.

---

<sup>106</sup> "...5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde... 765 sayılı TCK'nın 201/a-3 madde ve fıkrasındaki insanlık dışı ve onur kırıcı muamele halinde artırımı ilişkin bir düzenleme de bulunmaması karşısında..." (Y 8. CD 27.11.2006/1284-8378, 6.12.2006/4301-8928, 20.3.2006/215-2281, 12.12.2006/4770-9179)

# İDARİ YARGININ GÜNCEL SORUNLARI VE YARGI KARARLARININ UYGULANMAMASI

Ş. Cankat TAŞKIN\*

İdari Yargının pek çok sorunu bulunmaktadır. Ancak temel sorunlar şu başlıklar altında toplanabilir:

## 1. İdari Yargıçların Teminat ve Bağımsızlık Sorunu

Gerek adli gerekse idari yargıçların teminatı Anayasa ile güvence-  
lenmiştir.

Buna göre, hiçbir makam, merci veya kişi, görülmekte olan bir da-  
vayla ilgili olarak yargıçlara buyruk, yönlendiri (talimat) ve genelge  
veremez. Yargıçlar, vicdani kanaatlerine göre serbestçe karar verirler.  
(AY 138)

Yine AY m. 139'a göre, "*Hakimler ve savcılar azlolunamaz; kendileri  
istemedikçe, Anayasa'da gösterilen yaştan önce (65 yaş) emekliye ayrılamaz;  
bir mahkemenin veya bir kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, öde-  
nek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.*

*Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olan-  
lar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılan-  
lar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında  
kanundaki istisnalar saklıdır."*

Düzenleme son derece çağdaştır.<sup>1</sup> Yargıç ve savcılık güvencelerini

\* Avukat, Bursa Barosu, Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans öğren-  
cisi.

<sup>1</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, "*Son sözü söyleyebilme güçlüğü, yargı erkini bağımsız kılmayı ge-  
rektirmiştir. Bağımsızlık, tarafsız karar verecek yargıcın haklı olanı dile getirmesi (jurisdi-  
ctio) için vazgeçilmezdir. Bunun için ek koşul yargı mensuplarının güvenceli bir statüye*

çok iyi sağlamaktadır.<sup>2</sup> Ne var ki Anayasa ve yasalarla güvencelenen bu teminat yine başka bir Anayasa buyruğu ile kısıtlanmıştır. O da Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kuruluşunu ve işleyişini düzenleyen Anayasa m. 159 hükmüdür.<sup>3</sup>

Buna göre, HSYK üyelerinin üç asil üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulu'nun; iki asil ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulu'nun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanı tarafından dört yıl için seçilir ve Kurul'un başkanı da Adalet Bakanı'dır. Ayrıca, kurulda Adalet Bakanlığı müsteşarı da bulunmaktadır ve Kurul'un doğal üyesidir.<sup>4</sup> Kuşkusuzdur ki bu durum Kurul'un bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedelemektedir.<sup>5</sup>

Öyleyse, gerçek anlamda yargıçlık teminatını sağlamak için Adalet Bakanı ve müsteşar kuruldan çıkarılmalı; kurul kendi başkanını kendisi seçmeli (Yargıtay; Danıştay; Anayasa Mahkemesi başkanlarının seçilmesi gibi) ve yargıçlık teminatı tam olarak sağlanmalıdır.<sup>6</sup>

*yerleştirilmesidir. Yargı erkini bağımsız kılıcı anayasal düzenlemeler giderek somut biçimde yapılmakla birlikte, adaletin gerçekleşmesi ereğinde yansız karar süreci için asil olan, yargı mensuplarının çok güçlü bir hukuki formasyon almış olmaları, yani iyi yetişmeleridir." görüştür. (Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Bası-Ekim 2005-Legal Yayınları, s. 118 p. 4)*

Yazara göre, 1961 Anayasası düzenlemesi yargıcın haklı olanı dile getirmesine daha elverişliydi: "hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicadni kânatlerine göre karar verirler." (bkz., a. g. e., dn 37)

<sup>2</sup> Emin Memiş, "Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, yargıçlık teminatı, yargıçlar ve savcılar yüksek kurulu, yüksek mahkemeler konuları ve 1982 Anayasa yaklaşımı önceki Anayasaya karşın yeni unsurlar içermektedir. Bu konular ayrıca değerlendirilebilir. Ancak şunu söyleyerek Anayasa Yargısı'na geçmek istiyorum:mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık teminatı kavramları değişik konumludur. Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, yargıçların ne yasama ne de yürütmeye bağlı olmadığı, onlardan bağımsız buldukları, yasama ve yürütme organlarının yargıçlara hiçbir öğüt, ne emir ne de' talimat' veremeyeceği anlamını içerir. Oysa yargıçlık teminatı, yargıçların bağımsızlığını koruma amacına hizmet eden kurumlardan yalnızca birisidir. Şu var ki en önemli düzeyde izlenmektedir. Mahkemelerin bağımsızlığı konusu 'maddi anlamda' yargı yetkisine yöneliktir. Ancak, yargıçlar maddi anlamdaki işlemleri yanında idari nitelikli (personel ve kalem işleri) işlemler de yaparlar." diyerek yargı bağımsızlığı kavramını değerlendirmektedir. (Türkiye'de Anayasa Gelişimleri Eğrisi, 1808-2005, Anayasa Hukuku Notları 4. Bası-2005-Filiz Kitabevi, s. 419, 420)

<sup>3</sup> Celal Erkut, da aynı görüştedir. Bkz., İdari Yargı Reform Çalışmaları, Kamu Kudreti Ayrıcılıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı-Profesörlük çalışması, s. 315)

<sup>4</sup> Erkut, "Tüm yargıçlar yönünden geçerli olan bu saptamaların yanı sıra, 7 kişiden oluşan Kurul'da sadece iki kurul üyesinin idari yargı kökenli olması ve idari yargı mensupları hakkında verilecek kararlar bakımından pratikte fazla bir söz sahibi olamamaları da dikkate alındığında "idari yargı mensupları" bakımından ayrı ve özerk bir yapılandırmanın oluşturulması gerektiği sonucu çıkmaktadır." demektedir. (bkz., a. g. e., s. 317 p. 3)

<sup>5</sup> Erkut, a. g. e., s. 317

<sup>6</sup> Erkut, ise Kurul'un sadece yüksek mahkeme yargıçlarından oluşturulması gerekti-

Yargıçlar ve savcılar Adalet Bakanlığı müfettişleri tarafından denetlenmekte ve onların haklarındaki sicili bu müfettişler tutmaktadırlar. (AY 144). Hatta öyle ki bu müfettişleri Adalet Bakanı bizzat atmakta ve görevden alabilmektedirler.<sup>7</sup>

Uygulama temelde iki yönüyle eleştirilmelidir. Birincisi, yargıçları ve savcılarını siyasi bir yetkeye bağlı olan (yürütmenin temsilcisi olan) bir organın denetlemesi yargı bağımsızlığı ile bağdaşmamaktadır. Kuşkusuzdur ki böyle bir durumda yargıçlar baskı altında kalarak karar verme tehlikesi içerisindeyler. Bu durum özellikle idari yargıçlar bakımından daha dikkat çekicidir. Örneğin davalısının Adalet Bakanlığı olduğu bir idari davada, yargıcın kafasından şu soru eksik olmayacak mıdır: "Acaba aleyhe karar verirsem; hakkımda soruşturma açılabilir mi? "

Öyleyse, bu düzenleme değiştirilmeli; yargıçları ve savcılarını denetleme görevi HSYK'ya verilmeli; müfettişlerini HSYK kendisi belirlemeli ve atamalarını da kendisi yapmalıdır. Yargıçlar tümüyle HSYK'ya bağlanmalıdır.

Adli ve İdari yargı yargıç ve savcılarının denetlenmesi AY 144 hükmü değiştirilerek HSYK'ye bağlı müfettişler tarafından yapılmalıdır.<sup>8</sup> Ancak, bu müfettişlerin HSYK'ye karşı bağımsızlığı da sağlanmalı ve korunmalıdır ki müfettişler HSYK yargıçlarını da denetleyebilsinler.<sup>9</sup>

ği düşüncesindedir. (bkz., a. g. e., s. 317 p. 2) . Yazar, Adalet Bakanı ile müsteşarının da kuruldan çıkarılması gerektiğine işaret etmektedir.

Aynı yönde bkz., Şeref Ünal, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminat*, TBMM Kültür ve Sanat Yayın Kurulu Yayınları, Yayın No: 65, s. 90, 91)

<sup>7</sup> Nitekim 1961 Anayasası, hakimlerin denetimini Yüksek Hakimler Kurulu'na bağlı ve burası tarafından atanan müfettişlere bırakmıştır. (1961 AY-1488 sayılı kanunla değişik m. 144) -Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz., ÖZBUDUN, Ergun-Türk Anayasa Hukuku-3. Baskı-1998, Ankara YETKİN YAYINLARI, s. 336)

<sup>8</sup> Erkut, "Kanımızca idari yargı hakim ve savcılarının tüm özlük işleri, atanmaları, yükseltilmeleri gibi her konuda halihazırda Danıştay Kanunu uyarınca oluşturulmuş olan 'Danıştay Başkanlar Kurulu'nun yetkili kılınması ve doğrudan bu kurul emrinde çalışacak idari yargı müfettişleri ile yeni bir sekreteryaya düzeni oluşturulması en doğru çözüm olacaktır." görüşündedir. (bkz., a. g. e., s. 317/p. 4)

<sup>9</sup> Özbudun, a. g. e., s. 337. Ayrıca yazar eserinde 'Böyle bir kurulun bütün üyelerinin doğrudan doğruya yargı tarafından seçilmelerinin (1971 sistemi) fayda ve sakıncaları üzerinde çok söz söylenebilir. Şüphesiz böyle bir sistem, hakimlerin yasama ve yürütme organları karşısındaki bağımsızlığını en yüksek noktasına ulaştırır. Ancak öte yandan, hakimlerin hakimler tarafından seçilmesi ve bütün özlük ilerinin gene hakimler tarafından yürütülmesi anlamına gelen bu 'kooptasyon' sisteminin, bir çeşit kast zihniyetine sahip bir "yargı teokrasisi'nin oluşmasına, yargı organının toplumdaki değişmelere duyarsız kalmasına yol açabileceği de ileri sürülebilir. Üstelik, devlet bünyesi içinde son derece önemli bir görev ifa

HSYK'nın görevleri AY m. 159/3'te belirtilmiştir. Buna göre HSYK, yargıç ve savcılarının mesleğe kabul edilmelerini, atamalarını ve yer değiştirmelerini, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapabilecektir.

Ne var ki Adalet Bakanlığı merkezinde çalıştırılacak olan yargıç ve savcılarının atamasını, bu yargıçların ya da savcılarının rızasını alarak bizzat Adalet Bakanı yapacaktır. (AY 159/6). Bu düzenleme kanaatimce sakıncalıdır. Zira Adalet Bakanı, kendi siyasi görüşüne yakın olan adayları merkeze atayabilecektir. Bu durumda da merkezde çalışan yargıçların, alacakları kararlarda ne kadar tarafsız kalabilecekleri konusu da tartışmalı hale gelecektir. Bu nedenle Adalet Bakanlığı'na atanacak yargıçları da HSYK atamalıdır.

AY 159/son hükmü; Adalet Bakanı'na gecikme sakıncası olan hallerde yargıç ve savcılarını, HSYK'nin onayını almak şartıyla bizzat ve geçici görevle atama yetkisi vermektedir ki bu düzenleme de oldukça sakıncalıdır.<sup>10</sup>

Zira öncelikle Adalet Bakanı'nın yürütmenin bir üyesi olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle de bizzat bakan tarafından atanacak yargıçların, görevlerinde ne denli tarafsız kalabilecekleri de duraksama uyandırmaktadır.

İkincisi, Adalet Bakanı bu yargıç ve savcılarını atarken hangi ölçütleri dikkate alacaktır? Bu atamaları neye göre yapacaktır? Bakanın kendi siyasi görüşüne yakın olan isimleri atayabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

---

*eden böyle bir kuruluşun, dolaylı veya dolaysız olarak milli iradeye dayanmamasının, milli egemenlik ve demokrasi ilkelerine uygun düşüp düşmeyeceği de tartışılabilir. Bu nedendir ki zamanımızda kooptasyon sistemi, saf şekliyle çok dar bir uygulama alanı bulmaktadır." demektedir. (bkz., a. g. e., s. 335-Kapanı, Münci, İcra Organları Karşısında Hakimlerin İstiklali, 1956, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 51-59'dan alıntı)*

<sup>10</sup> Erku'ta göre: "Yine bir hakim ve savcının 'geçici yetki' ile görevlendirilmesi yönündeki tasarrufun münhasıran Bakan'a bırakılmış olması ve "sürekli görev" yapmayan ve hangi zaman diliminde toplanacağı da Bakan'a bağlı bulunan Kurul'un böyle bir tasarruf hakkında sonradan onay verip vermemesinin de fazla bir önem taşımayacağı dikkate alındığında, bu hükmün de revize edilmesi gerektiği düşünülmektedir." (bkz., a. g. e., s. 317 p. 2)

Düzenlemenin diğer bir sakıncası ise, 'gecikmede sakınca' kavramıyla neyin açıklanmak istendiğidir. Ayrıca, gecikmede sakıncayı bakan kendisi mi takdir edecektir?

Ne olursa olsun, gecikmede sakınca olan hallerde dahi atamayı HSYK yapmalıdır. Bakan tamamen devre dışı bırakılmalıdır. Aksi halde yargıçlar ve savcılar görevlerinin gerektirdiği tarafsızlıkta hareket edemeyebileceklerdir.

AY 159/1'e göre, HSYK mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar. Şu halde, HSYK bir yargı organı mıdır?

HSYK, AY'nın 'yargı' bölümünü düzenleyen 'ÜÇÜNCÜ BÖLÜM'ü içerisinde düzenlenmiştir. Ayrıca, m. 159 hükmü incelendiğinde, Kurul'un oluşmasının ve çalışma esaslarının da mahkeme gibi olduğu görülecektir. Bu nedenle, HSYK'ye yargı organı diyebiliriz.

Ancak, HSYK yalnızca yargıçların ve savcılarının özlük haklarını, disiplin, atama, görevden alma ve göreve başlama gibi konuları düzenlediğinden; yargılama işlevini icra ettiği alan çok sınırlıdır. O da yalnızca yargıç ve savcılarının meslekten atılmalarına ya da yargıç ve savcılara verilen cezalarla ilgili konularla sınırlı olmaktadır. Bu nedenle, Yargıtay, Danıştay ve hatta Anayasa Mahkemesi gibi toplumun genelini ya da aynı statüdeki bir bölümünü değil de yalnızca belli bir meslek grubunu ilgilendiren kararlar alıyor olması nedeniyle teknik anlamda bir mahkeme de değildir. Kurulun aldığı kararlar bu yönüyle, idari kararlardır.

Öte yandan, yürürlükteki mevzuat gereğince yargıç ve savcılarının göreve başlamaları için gerekli olan yazılı sınavı ÖSYM; sözlü sınavı ise Adalet Bakanlığı'nın üst bürokratlarından oluşan bir kurul yapmaktadır. Bu şekildeki bir sınav sisteminin bulunması ve mesleğe alınacakların seçiminde HSYK'nin tamamen devre dışı bırakılmış olması da daha mesleğe alım aşamasında Adalet Bakanlığı'nın ve dolayısıyla da hükümetin, kendi siyasi görüşüne yakın olan adayları seçebileceği ve yargının siyasallaştığı kuşkusunu akıllara getirmektedir.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için Mahir Ersin Germeç, Yargıtay 18. HD Başkanı, "Ülkemizde Yargı Bağımsız mı? Yargıçlar Güvenceli mi?" konulu makale, **BBD** 80. sayı s. 65 vd



## 2. Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun Kararlarına Karşı Yargıya Gidilememesi

HSYK kararları AY 159/4 hükmüne göre kesindir ve bunlarla ilgili herhangi bir yargısal başvuru yapılamaz.<sup>12</sup>

Burada akla şu soru da gelmiyor değil: “Acaba herhangi bir yargıcın ya da savcının meslekten ihraç edilmesi oturumu görüşülürken; o oturumda ‘Bakanın ya da müsteşarın görüşünün tersine oy kullanacak olan bir HSYK üyesi, kendisini de Adalet Bakanlığı müfettişlerinin denetleyeceğini düşün-  
düğünde ne kadar tarafsız oy kullanabilecektir?”

Yine aynı şekilde, acaba konu AİHM’e taşınsa AİHM’in görüşü ne olacaktır? Güçlü bir olasılıktır ki bu tip bir olayda ülkemiz AİHM’den mahkum olacaktır. Şu halde çözüm ne olabilir?

Doğru çözümün Anayasa Mahkemesi’nde ayrı bir daire oluşturularak, HSYK kararlarına karşı bu daireye başvuru olanağı tanınması olduğunu düşünmekteyim. Buna gerekçe olarak da AY m. 148 hükmünü göstermekteyim. M. 148/3 hükmüne göre, AYM’nin Yargıtay, Danıştay, Sayıştay üyelerini görevleriyle ilgili suçlar nedeniyle Yüce Divan sıfatıyla yargılaması mümkün olduğuna göre, HSYK kararlarına karşı da AYM’ne başvurulabilmesi mümkün olmalıdır. Bunu sağlamak bakımından da AY 148/3 hükmüne bir cümle eklenerek AYM’nin HSYK kararlarını da kesin olarak karara bağlayacağı düzenlenebilir. Aynı doğrultuda, AY 159/4 hükmü de değiştirilerek ‘HSYK kararlarına karşı AYM’ne başvurulabilir. AYM’nin kararları kesindir.’ Şeklinde bir düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktır.

## 3. İdarenin Bazı İşlemlerinin ve Bazı İdari Kurumların İşlemlerinin yargı Denetimine Tabi Olmaması

Hukuk devletinin en temel kurallarından birisi, her türlü idari işlemin yargı denetimine tabi olmasıdır. Nitekim bu hususu AY md 125/1 şöyle belirtmektedir: “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.”

<sup>12</sup> Ünal’a göre AY’nın bu hükmü ile HSYK kararlarına karşı yargı denetimi kapatılmış değildir. Zira HSYK itirazlarını değerlendiren kurul da yargıçlık güvenceleri esasına göre çalışmaktadır. Ancak yapılması gereken, Adalet Bakanı ile müsteşarı itiraz oturumlarından çıkaracak düzenlemeyi sağlamaktır. Bu takdirde kurulun bağımsızlığı da sağlanabilecektir. (bkz., a. g. e., s. 91)

HSYK kararları AY 159/4 gereğince yargı denetimi dışındadır. AY, başka bazı işlemleri de yargı denetimi dışında bırakmıştır.

Bunlar şunlardır:

“1-) Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler; Yüksek Askeri Şura Kararları (AY 125/2)<sup>13</sup>

2-) “Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde, ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir(AY 125/6)”

3-) “Uyarma ve kınama cezaları ile ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz.”<sup>14</sup>

4-) “Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamaz.” (AY 159/4)<sup>15</sup>

5-) “Sayıştay kararlarına karşı idari yargı yoluna başvurulamaz.” (AY 160/1. c. son)

Tüm bu kısıtlamaların bireylerin AY 36 ile güvencelenen hak arama hürriyetini ve AY m. 2’de güvencelenen ‘hukuk devleti’ ilkesini

<sup>13</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., Yıldırım, Turan, *Türkiye’nin İdari Teşkilatı*, Alkım Yayınları-2. Baskı, 1999, s. 52 vd.

<sup>14</sup> Akgüner, Tayfun, *Kamu Personel Yönetimi*, Der Yayınları, 3. Baskı. s. 163, “Anılan maddenin gerekçesine göre, kamu hizmeti görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları mensupları hakkında yapılacak disiplin koşturmalarında ve disiplin cezası uygulamalarında, ilgiliye suçlandığı hususun bildirilmesi, ilgilinin dinlenmesi, savunmasını yapma olanağının tanınması güvence altına alınmıştır. Madde, uyarma ve kınama cezaları dışındaki bütün disiplin cezalarına karşı yargı denetimi yolunu açık tutmuş bulunmaktadır. İlk bakışta uyarma ve kınama cezalarının disiplin cezaları sıralamasında yaptırım açısından hafif olmaları nedeniyle Yargı denetimi dışında tutulduğu izlenimi doğmakta ise de gerek Anayasa’nın 125/1 maddesinin İdari Yargı denetimi konusunda getirdiği ilke, gerek bu cezaların üstler tarafından doğrudan verilebilmesi olanağının bulunmasının, keyfiliğe ve takdir yetkisinin kötüye kullanılabilceği olgularından hareketle, uyarma ve kınama cezalarının da idari yargı denetimine açık olması ve yargı denetimi dışında bırakılmaması gerektiğini düşünüyoruz.” demektedir.

Aynı yöndeki başka bir görüşü ise Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük, şöyle belirtmektedir: (Yönetim Hukuku, 13. Bası, 1999 Ankara Turhan Kitabevi, s. 202): “Anayasa’nın 129. maddesinde, uyarma ve kınama cezaları dışında kalan disiplin cezalarının yargı denetiminin dışında bırakılmayacağı belirtilmiştir. Devlet memurları kanununun düzenlemesi Anayasa’ya uygun düşmektedir. Buna karşın Anayasa’nın uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatabilme olanağını yasa koyucuya tanınması ve Devlet Memurları Kanunu’nun da yargı yolunu kapatmasının, hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü açısından yerinde bir düzenleme olduğu söylenemez.

<sup>15</sup> Geniş bilgi için bkz., Germeç, a. g. m., s. 66

zedelediğini; bu nedenle de AY değişikliği yapılarak bu hükümlerin yeniden ve yargı denetimine elverişli hale getirilmesi gerektiği görülmüştür.<sup>16</sup>

#### 4. Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Verilişindeki Güçlükler ve Gerek Anayasal Gerekse Yasal Koşullar Nedeniyle Bu Kararların Gerçek İşlevinden Uzaklaşması

Yürütmenin durdurulması kurumu idari yargı uygulamasında amacından sapmıştır. Yürütmenin durdurulması kararı AY 125/5 ve İYUK'un 27. maddesinde belirtilen koşulların birlikte varlığı halinde verilebilecektir. Buna göre, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu şartların birlikte var olması durumunda, gerekçesi de açıklanarak yürütmenin durdurulmasına karar verilebilecektir.

Ne var ki çoğu kez bir olayda bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi ya olanaksızdır ya da gerçekleşmesini beklemek durumunda gerçekten çok önemli hukuka aykırılıklar veya hak yitimleri söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, uygulamada idare mahkemeleri ve Danıştay çoğu kez bu iki koşulun birlikte var olmasını beklemeksizin karar vermektedirler.

Bu iki koşulun bir arada bulunması durumunda yargıç zaten iptal kararı vereceğinden yürütmenin durdurulması kurumunun bir anlamı da kalmayacaktır.<sup>17</sup> O halde yapılması gereken, koşullardan birinin bulunması durumunda; özellikle de telafisi güç ya da olanaksız zarar tehlikesi bulunması durumunda, diğer koşulun gerçekleşmesini beklemeksizin yürütmenin durdurulmasına karar vermektir. Bu iki koşuldanda biri varsa yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmelidir.<sup>18</sup> Bu

<sup>16</sup> Erkut, "İfade edelim ki tüm bu anayasal kısıtlamaların kaldırılması yönünde gerekli anayasal değişiklikler de gerçekleştirilmelidir." görüşündedir. (bkz., a. g. e., s. 318 p. 6)

<sup>17</sup> Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Kasım 2004, 3. Baskı, s. 208, dn 428 (İlhan Özay'ın görüşü). Aynı yönde Erkut, a. g. e., s. 320, dn. 4, "TESEV'in bir araştırmasına göre, yürütmenin durdurulması talebi reddedilen 387 dosyadan 320'sinde davanın esas bakımından da ret ile sonuçlandığı (% 82, 7); buna mukabil sadece 62 dosyada iptal kararı verildiği (%16); yürütmenin durdurulması talebinin kabul edildiği 150 dosyadan 123'ünde (%82) nihai kararın da iptalle sonuçlandığı ve sadece 27 dosyada (%18) davanın reddedildiği görülmüştür."

<sup>18</sup> İlhan Özay, *Yargısal Korunma*, s. 174, İstanbul 2002; Murat Sezginer, "İdare Mahkemesinin Yürütmeyi Durdurma Kararı Üzerine" konulu makalesi, *Türk Hukuk Enstitüsü*

iki koşulun bir arada bulunmasının aranması gerek Anayasa'da gerekse İYUK m. 27'de aranması öğretilmektedir.<sup>19</sup>

Açık hukuka aykırılıktan anlaşılın, dava dilekçesine veya işlem dosyasına "ilk bakışta" anlaşılabilir türden bir hukuka aykırılıktır. Yalnız, buradaki hukuka aykırılık sıradan bir insanın değil; yargıcın mesleki bilgi ve deneyimlerine dayanarak, özel bir araştırma yapmaksızın, ilk bakışta anlayabileceği türden bir hukuka aykırılık olmalıdır.<sup>20</sup> İlk bakışta anlaşılın hukuka aykırılık ise, ancak yetki unsuruna ilişkin çok açık tecavüzlerde veya yokluk hallerinde mümkün olabilmektedir. Zaten tüm bu aşamalar geçilmişse dava esastan karara bağlanabilecektir.

İlk görünüşte anlaşılabilen hukuka aykırılık kavramı, ne yazık ki uygulamada çoğu kez yeterince anlaşılmadığından, yürütmenin durdurulmasına karar vermek için yargıçlar çoğu kez idarenin savunmasını almaktadırlar. Oysaki idarenin savunması alınmaksızın da yürütmenin durdurulmasına karar verilebilecektir.<sup>21</sup>

Çağlayan'a göre, Anayasa ve yasada düzenlenen yürütmenin durdurulmasına ilişkin koşullar yürütmenin durdurulması kurumunu olumsuz yönde etkilemektedir. Bu durum kişilerin hak ve menfaatlerinin korunmasını güçleştirmektedir. Bu yüzden mahkemeler yasanın ve anayasanın açık hükmüne rağmen, bu hükümlere aykırı kararlar vermektedir. Bu koşulların yeniden gözden geçirilerek, yapılacak bir değişiklik ile, iki koşuldan birinin varlığının yürütmenin durdurulması kararı verebilmek için yeterli sayılmalıdır.<sup>22</sup>

Ben de bu görüşün doğru bulduğumu ve yürütmenin durdurulması kurumundan yeterli verimi elde etmek için bu koşullardan yalnızca birinin varlığını aramanın uygun olacağını düşünmekteyim.

Erkut ise bu soruna çözüm getirmekte ve Anayasa'nın 125/5. maddesinin ve buna bağlı olarak da İYUK 27/2 hükmünün yeniden yeniden ve şu şekilde yazılmasını önermektedir:<sup>23</sup>

*Dergisi*, 1996, yıl 1, sayı 3, s. 12 (aktaran, Çağlayan, *a. g. e.*, s. 209)

<sup>19</sup> Çağlayan, *a. g. e.*, s. 209; Erkut, *a. g. e.*, s. 319; p. 1

<sup>20</sup> Çağlayan, *a. g. e.*, s. 208/p. son.

Aynı yönde bkz., Turgut Candan, "İdari Yargılama Usul Kanununda Yapılan Son Değişiklikler Çerçevesinde Yürütmenin Durdurulması Müessesesi 1" *Mali Ekonomik Sosyal Yaklaşım*, 1994, sayı 22, s. 38 (aktaran, Çağlayan, *a. g. e.*, s. 208)

<sup>21</sup> İlhan Özay, *Yargısal Korunma*, s. 171

<sup>22</sup> Çağlayan, *a. g. e.*, s. 211 p. 2

<sup>23</sup> Erkut, *a. g. e.*, s. 319 p. 3-4-5

*“AY 125/5: ‘İdari işlemin hukuka aykırı olduğuna ve uygulanması halinde telafisi güç durumların ortaya çıkabileceğine mahkemece kanaat getirilmesi halinde ya da yargılamanın seyri gereği kıldığı durumlarda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.”*

Bu görüşe ek olarak, kişisel önerim İYUK m. 27/2'nin şöyle düzenlenmesinin uygun olacağı yönündedir: *“Danıştay veya idare mahkemeleri, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç ve imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarından ‘birinin’ gerçekleşmesi durumunda, gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler.”*

Erkut, yürütmenin durdurulması kararlarının çok geç verildiğinden<sup>24</sup> hareket ederek; davanın açılmasının, özellikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin idari işlemler bakımından kendiliğinden işlemin yürütmesini durdurması yönünde, halen Alman Hukuku'nda uygulanmakta olan bir yasal düzenlemeye gitmenin uygun olacağını belirtmektedir.<sup>25</sup> Yine yazara göre, bu sisteme geçilme bile Fransa'da 2000 yılından beri uygulanmakta olan *“refere”* yargıç sistemi sorunu çözecektir.<sup>26</sup>

Fransız Sitemindeki yargıç, davanın açılmasıyla birlikte mahkemece yetkilendirilmekte ve dava konusu işlemin uygulanması durumunda belli hakların kullanılmasında telafisi güç ya da olanaksız sonuçların ortaya çıkabileceğine kanaat getirirse, başvurudan itibaren 48 saat içerisinde idari işlemin uygulamaya konulmasını durdurma ve idareye işlemi uygulamaması için talimat vermektedir.

<sup>24</sup> Erkut, a. g. e., s. 320-dn 4/2 :*“Yürütmenin durdurulmasının talep edildiği 576 dosyada yapılan incelemede talep hakkında ortalama 132 gün sonra karar verildiği görülmüştür. Ayrıca, 570 dosyada yapılan incelemede de, yürütmenin durdurulması hakkında karar verildikten sonra, davanın esastan karara bağlanması ortalama 256 gün sürmektedir. Son olarak, 576 dosya üzerinde yapılan incelemede, yürütmenin durdurulması taleplerinin davanın açıldığı tarihten itibaren ilk 30 gün içinde karara bağlandığı dosyaların genelde oranı sadece % 6,8; ilk 60 gün içindeki karar oranı % 14,4; ilk 90 gün içindeki karar oranı % 30,4; ilk 120 gün içindeki karar oranı % 45; ilk 150 gün içindeki karar oranı ise % 57,5 olarak saptanmış; ayrıca, %27,3 oranındaki toplam 150 dosyada bu sürenin 200 günün üstüne çıktığı görülmüştür. Ayrıca yürütmenin durdurulmasının talep edildiği 572 dosyadan sadece 23 dosyada (%4) yargıcın cevap sürelerini kısalttığı ve yine sadece 2 dosyada (%0,3) tebligatın memur eliyle yapılmasına karar verildiği saptanmıştır ki tüm bu saptamalardan da anlaşılacağı gibi, bugün yürütmenin durdurulması müessesesinin varlık sebebi bu veriler çerçevesinde tartışılır bir konuma gelmiştir.”* demektedir.

<sup>25</sup> Erkut, a. g. e., s. 321 p. 2

<sup>26</sup> Erkut, a. g. e., s. 321 p. 3

Kuşkusuz bu düzenlemelere gidebilmek için hem Anayasa m/125/5 hem İYUK md 27/2 hükmü yeniden ve tartışmalara mahal vermeyecek biçimde düzenlenmelidir.

### 5. İdare Mahkemelerinin İş Yükü Sorunu

Türk yargı sistemi oldukça ağır işlemektedir. Bu, yalnızca idari yargı için değil, adli yargı için de ciddi bir sorundur. Sorunun çözümü için Avrupa modellerine bakılmalı ve özellikle Avusturya Modeli bize ışık tutmalıdır.<sup>27</sup>

Buna göre, Avusturya yargılamasında hakimin esas bakımından davayı sevk yetkisi ile, hakime vakıalara ilişkin iddiaları ve delil ikamesi taleplerini, davayı geciktirme kastı taşıdığı gerekçesiyle kabule şayan bulmama veya ret imkanı tanınması; kanun yolu aşamasında yeni delil sunma yasağı; tarafların dilekçeyle mahkemeye başvurarak; mahkemeye, yapmakta geciktiği veya potansiyel olarak gecikmiş işlemler için süre vermesi (yani mahkemeden belirleyeceği süre içerisinde bu işlemi yerine getirmesini isteme; bu durumda mahkeme bu işlemi dört hafta içerisinde yapacaktır; eğer yapamıyorsa ya da işlemin yapılması olanaksız görünmekteyse, istemi üst mahkemeye aktaracaktır. Üst mahkeme, süre istemi hakkında en kısa sürede karar verecektir. İnceleme sonunda alt mahkemenin gecikmesi olmadığı ya da işlemin yerine getirildiği anlaşılırsa istem reddolunacaktır.)<sup>28</sup> gibi önlemler, yargılamayı hızlandırıcı bazı önlemlerdir.

Nitekim Avusturya'da alına önlemler nedeniyle yargılama süreleri oldukça kısalmış ve 1993 yılı istatistiklerine göre üst mahkeme olan *Bezirksgericht*'teki tüm davaların yalnızca % 1'i; ilk derece mahkemesi olan *Gerichtshof*'teki davaların ise sadece % 5,4'ü bir yıldan uzun sürmüştür. Ayrıca, Avusturya 1997'ye dek AİHM'de verilen tüm kararlarda % 10'luk bir dilime sahip olmasına rağmen, bunlardan pek azı uzun yargılama süresiyle ilgilidir. En son 1995 istatistiğine göre, AİHM'de incelemeye layık görülen 14 başvurudan ikisi uzun süren yargılamaya ilişkindir.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Prof. Dr. Kamil Yıldırım, *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, Alkım yayınları, 2001, 2. Baskı, s. 1 vd. (Prof. Dr. Dr. hc. Walter H. Rechberger'in 16 Nisan 1997'de Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde verdiği konferansın çevirisi)

<sup>28</sup> Yıldırım, K., *a. g. e.*, s. 10 vd.

<sup>29</sup> Yıldırım, K., *a. g. e.*, s. 9

Görüldüğü gibi, Avusturya Modeli örnek alındığında yargılama sistemimiz hızlanacaktır. Bu nedenle, idari yargı sistemimiz, buna benzer bir model örnek alınarak yeniden düzenlenmelidir.

#### **6. İdare Mahkemelerinin, Özellikle Büyük İllerde Çalışma Sistemlerini Düzenleyerek “İşbölümü” İlkesini Benimsemesi Durumunda İş Yükünün Azalacağına Dikkate Alınması**

Özellikle büyük illerde, idari uyuşmazlıkların sayısındaki artış ve idare mahkemelerindeki iş yükü fazla olduğundan, idare mahkemelerinin de Danıştay gibi kendi aralarında iş bölümü yapmalarında yarar bulunmaktadır. Bu da yargılamayı hızlandıracaktır.

#### **7. Posta Sisteminin Ağır Çalışması ve Sürekli Gelen Zamlar Nedeniyle Hukuka Uygun Taleplerin Masrafın Tamamlanması İçin Süre Verilmesi Nedeniyle Reddi; Bu Nedenle Yargılamanın Gereksiz Yere Uzaması**

Posta ücretlerine gelen zamlar nedeniyle idari tebligatların yapılması güçleşmekte ve bu nedenle de yargılama gereksiz yere uzayabilmektedir. Bunu önlemek, yargılamanın gereksiz yere uzamasının önüne geçmek için; gelecek zamlardan etkilenmeyecek bir sisteme gitmek şarttır.<sup>30</sup>

Ayrıca, böyle bir sisteme geçildiğinde, yargılama aşamasında pul eksikliği nedeniyle duruşmaya ara verilmeyecek, yargılama da bu nedenle uzamamış olacaktır ki bu durum idare mahkemelerinin hızlı işlemesi için önemlidir.

#### **8. Karar Düzeltme Kurumunun Varlığının İdari Yargının İşleyişini Güçleştirmesi; Yargılamayı Gereksiz Yere Uzatması**

Karar düzeltme kurumu, idari yargıda yargılamanın uzamasına neden olmaktadır. Zira kararı veren yer ile kararı inceleyen yer aynıdır. Bu da hem inceleme yeri aynı yer olduğundan sağlıklı karar veri-

<sup>30</sup> Erkut, bu konuda “Adalet pulu” sistemine geçmeyi önermektedir. (bkz., a. g. e., s. 323/c)

lememesine hem de yargılamanın gereksiz yere uzamasına neden olmaktadır. Bu durum da özellikle bu yola salt davayı uzatmak amacıyla başvuran taraf nedeniyle, yargılamanın uzamasına yol açmaktadır. Karar düzeltme kurumunun, olağanüstü kanun yolu olması nedeniyle tamamen kaldırılmasının daha yararlı olacağını düşünmekteyim.<sup>31</sup>

## 9. Dilekçelere ve Şekle İlişkin Düzenlemeler Yeniden Gözden Geçirilmelidir

İdari yargıda dilekçe kuralları çok katı uygulanmakta, bu da çeşitli hak yitimlerine yol açmaktadır. Bu nedenle, dilekçe inceleme ve değerlendirme aşaması yeniden düzenlenmelidir. Bunun için yapılabilecek başlıca işlemler şunlardır:

Erkut'a göre, İYUK 14 ve 15 hükümleri, dava dilekçesinin yaklaşık 20-25 gün sonra karşı tarafa gönderilmesine neden olmaktadır. Ayrıca, bu düzenlemeler idari yargılama usulünün kamu düzeninden olması esasına da aykırıdır.<sup>32</sup> Yazara göre, dilekçe unsurlarındaki eksikliğin dışındaki bir eksikliği anlayabilmek için, mahkemenin idareden ilgili dosyayı istetmesi gerekecektir ki bu da yargılamanın uzamasına neden olmaktadır.

Burada özellikle İYUK 15/1-d hükmü gereğince, İYUK 3 ve 5'e göre yazılan dilekçelerin düzenlenmesi için, ilgiliye 30 günlük süre verilmesi üzerinde durmakta yarar vardır. Bir dilekçede, İYUK 3'teki koşullardan biri dahi eksikse o dilekçe reddoluncak; ilgiliye eksikliğin tamamlanması için 30 günlük süre verilecek; bu süre içerisinde de eksiklikler giderilmez ya da aynı yanlışlıklar yinelenirse dava reddolunacaktır. (İYUK 15/5)

Düzenlemenin yeniden gözden geçirilmesi gerektiği görüşündeyim. Zira, düzenleme bu şekliyle AY 36 ile güvencelenen hak arama hürriyetine aykırıdır. Bir dilekçede İYUK 3'te belirtilen eksikliklerden yalnızca iptali istenen idari işlemin tarihi (tebliğ tarihi) ve davanın sebepleri eksikse, kişiye eksikliği düzeltmek için süre verilmelidir. Ancak, buna karşılık örneğin dilekçe karşı taraf sayısından bir fazla değilse reddolunacak mıdır? Hatta diyelim ki karşı taraf sayısından

<sup>31</sup> Erkut'a göre, karar düzeltmeye gereksiz yere başvurana para cezası verilmelidir. (a. g. e., s. 327)

<sup>32</sup> Erkut, a. g. e., s. 322, başlık a.



eksik dilekçe verildi ve kişi 30 gün içerisinde bu konudaki eksikliği de gidermedi; İYUK 15/5 hükmü gereğince kişinin davası reddolunacaktır. Bunun çok ağır bir yaptırım olduğu kanaatindeyim.

Bu halde, davayı reddetmek yerine; hukuk usulündeki gibi, dava dosyasının işlemde kaldırılması<sup>33</sup> yaptırımı getirilirse hak yitimleri de önlenmiş olacaktır.<sup>34</sup> Dosyanın işlemde kaldırılması ile dava açılmamış sayılmaz. Aksine, dava HUMK 409'da belirtilen 3 aylık süre için durmuş olur. Başka bir deyişle, davanın işlemde kaldırılması ile dosya derdest kalmaya devam eder.<sup>35</sup>

Burada yapılması gereken, yasa hükmünü değiştirmek ve öncelikle yalnızca iptali istenen işlemin tebliğ tarihinin ve bu işlemin tarih ve sayısı (hukuki sebep) açıklanmadığı takdirde giderim için süre verilir demek daha doğru olacaktır.

30 günlük süre uzundur. Eksiklik gidermek için 10 günlük süre yeterlidir. Bu şekilde yargılamanın uzamasının da önüne geçilmiş olacaktır.

Bu düzenlemeyi tamamlayacak diğer bir düzenleme ise, replik-düplik aşamalarının kaldırılmasıdır (İYUK 20).<sup>36</sup> Bu sağlandığında yargılama daha da hızlanacaktır. Zira Erkut'a göre, İYUK m. 20 ile zaten idare yargıcına yargılamayı tarafların iradesinden bağımsız olarak inceleme yetkisi verilmiştir. Durum böyle olunca, idari yargıç, dava ve yanıt dilekçeleriyle eklerinden, gerekli kanaate ulaşırsa replik ve düplik aşamalarını atlayarak, doğrudan doğruya esastan karar verebilecektir. Bu da kuşkusuz ki yargılama sürecini oldukça kısaltacaktır.

Dilekçelerle ilgili yapılması gereken diğer bir düzenleme de İYUK m. 5 hükmündedir. İYUK m. 5'e göre, kural olarak, her idari işlem için ayrı bir dilekçe ile dava açmak gerekmektedir. Ancak, olayın özelliği gereği idari işlemler arasında maddi ve hukuki yönden bağlılık bulunması ya da taraflar arasında hak ve çıkarlarda birlik bulunması durumunda aynı dilekçe ile birden çok işlemin iptali istenebilir. Aksi halde dilekçe İYUK m. 15'e göre geri gönderilecek; ilgiliye 30 günlük süre

<sup>33</sup> Uygulamada buna 'müracaata bırakmak' da denilmektedir. Kurum HUMK m. 409'da düzenlenmiştir.

<sup>34</sup> İşlemde kaldırma hakkında ayrıntılı bilgi için Kuru-/ Arslan/ Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 12. Baskı, 2000 Yılı, Yetkin Yayınları, s. 673 vd.

<sup>35</sup> Kuru/ Arslan/ Yılmaz, *a. g. e.*, s. 675

<sup>36</sup> Erkut, *a. g. e.*, s. 323

verilecek; 30 gün içerisinde eksiklik giderilmezse, İYUK m. 15/5 gereğince dava reddolunacaktır.

Uygulamada Danıştay bu hükmü çoğu kararında yanlış yorumlamakta ve aslında aralarında maddi ve hukuki bağlantı bulunan işlemler hakkında tek bir dilekçe ile dava açılması nedeniyle dilekçeyi geri göndermektedir.<sup>37</sup> Böyle bir durumda, aralarında maddi ve hukuki bağlantı bulunan pek çok işlem için tek dilekçe ile iptal istendiğinde bu işlemler hakkında aynı mahkeme karar verecektir. Bu da kuşkusuz; aynı konuyla ilgili farklı kararların verilmesini önleyecek ve aynı zamanda usul ekonomisi açısından da yararlı olacaktır. Aksi halde, aynı konuyla ilgili, farklı mahkemelerin farklı kararları söz konusu olabilecektir ki bu da dava süresinin uzaması demektir. Bu durumda, etkin ve adil yargılanma da engellenmiş olacaktır.

### 10. Kısa ve matbu karar yazılabilmesi esası getirilmelidir

Özellikle yürütmenin durdurulması kararlarının gerekçeli olarak yazılması ve bu kararların tebliğe çıkarılıyor oluşu yargılamanın uzamasına neden olmaktadır. Bunu önlemek için, yürütmenin durdurulması kararları bakımından matbu formlar hazırlanmalı ve verilen yürütmenin durdurulması kararları bu matbu formlara geçirilmelidir. Böylece, bu kısa karar sayesinde esas hakkındaki hükme kadar, hem taraflar örneğin yürütmenin durdurulmasına karar verildiğini öğrenebilecek hem de yargılama süreci gereksiz yere uzamamış olacaktır.

<sup>37</sup> "Uludağ Milli Parkı 1. Gelişim Bölgesinde yapılacak olan telesiyaj ve telesky hattı kurulmasına ilişkin olarak, 16. 3. 2004 günlü, 1370/13163 sayılı işlemle yapılan 1/25000 ölçekli Uludağ Yöresi Çevre Düzeni İmar Planının; 'bu planın onaylanmasına ilişkin' 18. 3. 2004 günlü B. 18. ÇED. 011. 00. 01/1370 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı işleminin; Bursa 2020 yılı 1/100.000 Çiçekli Çevre Düzeni Planında Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından yapılan değişiklik işleminin; 1/1000 ölçekli Uludağ Yöresi Mekanik Tesisler Uygulama İmar Planının Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'na 13. 4. 2004 gününde onaylanmasına ilişkin işlemin; bu alanın Çevre ve Orman Bakanlığınca Kültür ve Turizm Bakanlığınca tahsisine ilişkin 27. 4. 2004 günlü, B. 18. 0. DKM. 0. 02. 05-04-1/120-1 sayılı işlemin; Çevre Düzeni Planlarının Yapılması Esaslarına Dair Yönetmeliğin 13 ve 17. maddelerinin iptali istenilmektedir.

... İYUK 5. maddesinin 1. fıkrasında her idari işlem için ayrı ayrı dava açılacağı, ancak aralarında 'maddi ve hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden çok işleme karşı' bir dilekçe ile dava açılacağı düzenlenmiştir.

Bakılan davada iptali istenen imar mevzuatından kaynaklanan işlemler ile uyumsuzluk konusu bölgenin Çevre ve Orman Bakanlığı'na tahsisi işleminin yargısal denetimi birbirinden ayrı olarak yapılacağından anılan işlemlere karşı ayrı ayrı dava açılması gerekmektedir." (Danıştay 6. Daire 2005-6571 E. -2005-6036 K ve 6. 12. 2005 günlü ilamı)

Ayrıca, bu kısa kararların tebliği de memur eliyle yapılacak olursa, özellikle yürütmenin durdurulması kararları ya da diğer ara kararları (örneğin keşif kararı) için tebligatta geçen zaman boş yere yitirilmemiş de olacaktır.

### 11. Duruşma Kuralları ve Tanık Dinleme ile Silahların Eşitliğinin Sağlanmasına Yönelik Düzenlenmeler Getirilmelidir

Özellikle duruşma açma ve tanık dinleme idari yargının önemli sorunlarından. Hem duruşma açmanın uygulamada çoğu kez talep edilmemesi, hem de edilen taleplerin de çoğu kez makul bir gerekçe gösterilmeksizin reddedilmesi AİHS 6 anlamında adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine ve yargılamanın amaçlarından olan '*maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına*' engel olmaktadır.

Bu sorun bilhassa tam yargı davalarında bireylerin zararlarını kanıtlamaları bakımından idari yargıya başvurmalarının önünde engel olabilmekte ve bu nedenle bireyler adli yargıda tazminat davası yoluyla haklarını aramak durumunda kalmaktadırlar. Durum böyle olunca, adli yargı görevsizliğe karar verebilmektedir.

İdari yargıda tanık dinletilememesi nedeniyle, çoğu kez olay yeterince aydınlatılamamaktadır. Bu durum hem silahların eşitliği ilkesi nedeniyle AİHS m. 6'ya aykırılık taşımakta hem de verilen görevsizlik kararı nedeniyle yargılama uzamakta ve adalet gecikmektedir.

İYUK'ta tanık dinlemeye ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmiş olması önemli bir eksiklik. Öte yandan, İYUK 31 hükmü dikkatle okunduğunda, tanıklık bakımından HUMK'a gönderme yapılmadığı da görülebilecektir. Aynı şekilde, 'duruşma' başlığını taşıyan İYUK 17 ve duruşmanın kurallarını belirten İYUK 18 hükmü de tanığa yer vermemektedir. Öyleyse, idari yargıda tanık dinlenebilecek midir?

Av. Güney Dinç'e<sup>38</sup> göre, idari yargıda tanık dinlenmemesinin herhangi bir hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Bu durum, AİHS m. 6/3. d'de belirtilen ve "*her sanığın iddia tanıklarını sorguya çekme; savunma tanıklarını da iddia tanıkları ile eşit koşullar altında dinletme*" hakkı olarak tanımlanan; adil yargılanma hakkının önemli koşullarından biri

<sup>38</sup> İzmir Barosu Üyesi

olan “silahların eşitliği” ilkesinin önünde ciddi bir engel oluşturmaktadır.<sup>39</sup>

Nitekim AİHM, 1993 tarihli *Dombo Beheer B. V. /Hollanda Kararında* “Ulusal mahkemelerin, her davada adil yargılamanın gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini değerlendirme görevi vardır” diyerek, idare hukuku bakımından da adil yargılanmasının sağlanmasının önemine dikkat çekmiştir.<sup>40</sup>

İdari yargıda tanık dinlenmemesi, yasal bir engel olmamasına rağmen yanlış bir uygulamadır. Ancak idare mahkemeleri, davalı idarenin ajanlarının tespitlerine dayanarak yaptıkları tanık anlatımlarına dayanarak karar vermekten çekinmemektedirler. Oysa soruşturulan kişinin beyanları çoğu kez tutanağa dahi geçmemektedir.<sup>41</sup>

AİHM’e göre, adil (doğru) yargılamanın ilk ve en önemli gereği taraflar arasında “silahların eşitliği”; yani mahkeme önünde sahip bulunulan hak ve yükümler bakımından taraflar arasında (iddia ve savunma; davacı ve davalı) tam bir eşitliğin gözetilmesi; bu dengenin yargılama boyunca korunması; başka bir deyişle mücadelenin eşit silahlarla yapılmasıdır.<sup>42</sup> (Delcourt-Belçika:17. 1. 1970)<sup>43</sup>

Şu halde, yapılması gereken, İYUK m. 17 ve 18’i yeniden düzenleyerek idari yargıda da tanık dinlemenin yolunu açılmak veya İYUK 31 hükmünde tanıklığa ilişkin hususlar bakımından da HUMK’a gönderme yapmaktır. Adil yargılanma hakkının sağlanması bakımından bu şarttır.

Duruşma açılması da kolaylaştırılmalıdır. Zaten, tanık dinleyebilmek için duruşma açmak gerekmektedir. İdari yargılama bakımından da medeni yargılamada olduğu gibi, duruşmalı iş kural; dosya üzerinden iş ayrıkısı olmalıdır.

Silahların eşitliği ilkesini sağlamaya yönelik olarak idari yargıda alınabilecek diğer bazı önlemler ise<sup>44</sup> bireylerin, kendileriyle ilgili olan ve “gizli” kaydı taşıyan bilgi ve belgelere ulaşamamaları nedeniyle

<sup>39</sup> Dinç, *TBB Dergisi*, 57. sayı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Silahların Eşitliği konulu makale, s. 297 vd.

<sup>40</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., Dinç, a. g. m., s. 303

<sup>41</sup> Dinç, a. g. m., s. 304-p. 2

<sup>42</sup> Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, 2002, 3. Bası, s. 297; p. 529/a

<sup>43</sup> Kararın tam metni için Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, C. 1, 2004 Baskı, Legal yayınları, s. 67 vd.

<sup>44</sup> Erkut, a. g. e., s. 327-331

yargılama sürecinin uzamasını önleyici tedbirler almak; adil yargılanmayı sağlayıcı önlemlere başvurmak ve savunma hakkının kısıtlanmasının önüne geçmek;<sup>45</sup> özellikle İYUK m. 7’de belirtilmiş olan dava açma sürelerini yeniden düzenleyerek; idari yargı bakımından sürelerde yeknesaklık sağlamak<sup>46</sup> sayılabilir.

Ayrıca, Danıştay kararlarının düzenli olarak *Resmi Gazete’* de ya da internette yayınlanması da özellikle imar ve çevre uygulamaları bakımından bireylerin haklarını öğrenmelerini sağlayacaktır. İdari yargıda, özellikle çevre ve imar uygulamaları açısından İYUK 2’de aranan “*menfaat ihlali*” geniş yorumlanmakta ve o yerde yaşıyor olmak dahi dava açmak için yeterli sayılmaktadır.<sup>47</sup>

Öğretide Erkut, idari yargıda asli müdahaleye izin verilmesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>48</sup> Buna gerekçe olarak da genellikle ruhsat, izin, atama gibi işlemler sonucunda hak sahibi durumuna gelmiş olan işlemin muhataplarının çoğu kez kendi lehine sonuçlar doğurmuş olan işlemler hakkında bilgi sahibi olamadıklarını, sonuçtan en çok kendileri etkilenecek olmalarına rağmen yargılamaya katılmadıklarını belirtmekte ve ancak yanlarında davaya katıldıkları tarafla birlikte hareket etme mecburiyetinde olduklarını belirtmektedir. Bu nedenle de idari yargıya asli müdahale getirilmeli ve davadan doğrudan doğruya etkilenen kişilerin de davada taraf olması sağlanmalıdır, demektedir.<sup>49</sup> Gerçekten de idari yargıda asli müdahale imkanının tanınmıyor oluşu önemli bir eksikliktir ve ciddi hak yitimlerine yol açabilecektir.<sup>50</sup>

İdari yargıcın İYUK 20 ile verilen ve kendiliğinden hareket edebilme olanağı tanıyan yetkileri vardır ki bu yetkiler arasında dava dosyası için gerekli gördüğü her türlü bilgiyi istemek de bulunmaktadır.<sup>51</sup>

<sup>45</sup> Bu bağlamda özellikle idari yargıda avukatın dosyadan belge fotokopisi alabilmesi için dilekçe ile başvurusunun istenmesi çoğu kez savunma hakkını kısıtlamaktadır.

<sup>46</sup> İYUK 7’de, dava açma süresi Danıştay ve idare mahkemeleri için 60; vergi mahkemeleri içinse 30 gün olarak belirlenmiştir. Ayrıca, 60 günlük süreye ‘özel yasalar’ ayraksısı da konmuştur.

<sup>47</sup> Memiş, Emin, *Çevre ve Çevre İdare Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 384 vd.

<sup>48</sup> Erkut, a. g. e., s. 329.

<sup>49</sup> Erkut, a. g. e., s. 329.

<sup>50</sup> Ayrıntılı bilgi için Gözübüyük, a. g. e., s. 379, 380.

<sup>51</sup> Bu talebi ilgili makam yerine getirmek zorundadır. Meğerki istenen belge devletin güvenliğini etkileyici nitelikte olsun. Bu durumda da ilgili Bakan ya da Başbakan gerekçesini göstererek bu belgeleri vermekten kaçınabilir. Ancak, bunun idare bakımından ağır bir yaptırım da vardır: “Verilmeyen belgelere dayanan savunmaya

Ancak bu geniş yetkiler İYUK 31 ile kısıtlanmıştır.

Aslında, taraflarca getirme ilkesinin egemen olduğu<sup>52</sup> medeni yargılama hukuku kuralları, kendiliğinden araştırma ilkesinin egemen olduğu idari yargılama usulü kurallarına göre ayrı özelliklere sahiptir. Bu nedenle, idari yargıcın yetkilerini kısıtlayan ve HUMK'a göndermede bulunan İYUK 31. maddesi yeniden ve idari yargılama usulünün özelliğine uygun şekilde düzenlenmelidir.<sup>53</sup>

## 12. Adli Tatil İlişkin Hükümler Yeniden Düzenlenmelidir

Adli tatil bir gerekliliktir. Ancak, Erkut'un<sup>54</sup> da haklı olarak belirttiği gibi, adli tatilin bir hafta öncesinden başlayıp; tatilin bir hafta sonrasına dek uzanan dikkat bozuklukları da gözetildiğinde; adliyelerde verimli iş yapmak yaklaşık 2 ay boyunca neredeyse olanaksızlaşmaktadır. Erkut, burada tatilin ikiye bölünmesini ve 15'er günlük dönemler halinde, dosya devirlerine denk gelecek şekilde tatil yapılmasını önermektedir ki doğru bir yaklaşımdır.

Buna ek olarak, adli tatilde yalnızca acele işlerin ve yürütmenin durdurulması kararlarının görüşüleceği hükmünün de (İYUK 62) buna göre yeniden düzenlenmesinin ve nöbetçi mahkeme esasının kaldırılarak mahkemelerin çalışmalarında sürekliliğinin sağlanması uygun olacaktır. (İYUK 61)

Böylece yargı süreleri de gereksiz yere uzamayacak ve AİHS m. 6 ve AY m. 36 ile anlamını bulan "adil yargılanma hakkı" da uygulamaya yerleşecektir.

## 13. Yargı Öncesi Kurulların Bazı Uyuşmazlıkları Çözmesi Sağlanmalıdır

Erkut'a göre, bir uyuşmazlık yargıya taşınmadan önce, öncelikle o konuda uzmanlaşmış, bağımsız idari kurullar önünde ele alınmalıdır.<sup>55</sup> Böylece, hem idari yargının yükü azalacak; hem de konusunda

---

itibar edilemez" (İYUK 20).

<sup>52</sup> Taraflarca getirme ilkesinin ayrıntıları için bkz., Yıldırım, K., a. g. e., s. 17-42.

<sup>53</sup> Erkut, a. g. e., s. 331.

<sup>54</sup> Erkut, a. g. e., s. 325, bölüm 1.

<sup>55</sup> Erkut, a. g. e., s. 324.

uzmanlaşmış kurulların vereceği kararlar yarı-yargısal nitelik taşıdığından, bireylerin hukuki tatmini de sağlanmış olacaktır. Yarı-yargısal kurullara örnek olarak kanaatimce Özelleştirme Yüksek Kurulu, Bilgi Değerlendirme Yüksek Kurulu ya da Kamu Denetçiliği Kurulu verilebilir.

#### 14. İYUK m. 2 Değiştirilerek İdari Dava Türlerindeki Sınırlandırmalar Kaldırılmalı Böylece AY m. 36 Anlamında Hak Arama Hürriyeti Yeniden ve Sınırsız Olarak Düzenlenmelidir

Erkut'a göre, İYUK m. 2'deki dava türleri sınırlıdır ve bu durum kişilerin idare önünde hak aramalarını kısıtlamaktadır.<sup>56</sup>

Erkut, İYUK m. 2 hükmü ile AY 154 ve 155. maddelerinde belirtilmemiş olmasına rağmen idari dava türlerine sınır konduğu görüşündedir. İYUK m. 2 yalnızca iptal, tam yargı ve idari sözleşmelerden doğan taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözümlenmektedir. Yazara göre, yasa koyucu, anayasa ile getirilen düzenlemeleri kısıtlamıştır. Fakat bu durum sadece "dava formatı" bakımındandır.<sup>57</sup>

Kanaatimce, idari yargılamada dava türleri bakımından bir sınırlamaya gidildiğini savunmak doğru bir yaklaşım değildir. Bu açıdan bakılırsa, medeni yargılamada da dava türleri sınırlandırılmıştır. Her hukuk dalı, kendi konusu ile ilgili olan hakları korur. Aksi takdirde aslında medeni yargılamanın konusuna giren bir uyuşmazlık idari yargıda görülecektir ki ülkemiz yargılama sistemi "yargı birliği" ilkesiyle çalışmadığından, bu durum önemli sakıncalara yol açabilecektir.

Konuya "görev" yönünden bakılması gerektiğini ve her yargılama dalının kendi alanıyla ilgili olan davalar bakımından hak aramaya olanak verdiğini hatırlatmakla yetiniyorum.

#### 15. İdarenin Takdir Hakkı Üzerinde Tam Yargısal Denetim Sağlanmalıdır

Anayasa'nın 125/4 hükmüne göre idari mahkemeler ancak hukuka uygunluk denetimi yapabilecek; buna karşın idarenin yerine geç-

<sup>56</sup> Erkut, a. g. e., s. 333

<sup>57</sup> Erkut, a. g. e., s. 333

rek, idari işlemin yerindeliğini ve uygulamasını denetleyemeyeceklerdir. Durum böyle olunca, idare mahkemesinin kararını uygulamak yönündeki 'inisiyatif' de yine idarede olacaktır. Fakat ülkemizde yargı kararlarına idare tarafından genellikle "uymama" yönünde bir eğilim olduğundan, idari işlemin yerindeliğinin denetimi de önem kazanmaktadır.<sup>58</sup> Dolayısıyla Anayasa'nın bu hükmü yeniden düzenlenmeli ve idarenin takdir hakkı üzerinde de yargı denetimi sağlanmalıdır.

### 16. İdari Kararların Hukuka Uygunluğu Karinesinin Sonucu Olan ve İdareye Başvuru Üzerine İdarenin Sessiz Kalması (İYUK 10-11)<sup>59</sup>

İYUK m. 10/2 ve 11/2 hükmüne göre, ilgililerin idareye başvurusu üzerine, idare 60 gün içerisinde bu istemi yanıtlamazsa, istemi zımnen reddetmiş sayılır.

Bu durumda dava açma görevi bireylere düştüğünden, gerek idari yargıya başvurunun pahalı oluşu gerekse bireylerin çoğu kez bu nedenle ya da başka nedenle (örneğin idareyle uğraşmak istememeleri gibi) dava açmamaları sonucunda hak yitimlerinin ortaya çıkması söz konusu olabilmektedir.

Diğer bir sakınca ise, başvuran bireylerin idari yargıya gitmeleri için 60 günün bitmesini beklemeleridir. Bu durumda da çoğu kez idare bir işlem veya eylem tesis etmiş ve bu işlemin veya eylemin sonuçları ortaya çıkmaya başlamış olabilmektedir. Bireyler, ancak 60. günün sonundan itibaren dava açabileceklerinden, idareye karşı haklarını geç alabilme durumuna düşebilmektedirler. Kaldı ki idari yargı ne yazık ki oldukça yavaş çalışmaktadır. 60. günün sonunda açılan bir dava üzerine en erken 3-4 ayda yürütmenin durdurulmasına karar verilebilecek; yargılamanın esastan çözüme bağlanması ise-temyiz aşaması dahil-yaklaşık 2 yılı bulacaktır. Bu süre de oldukça uzundur.

Bu nedenle, bireylerin idare karşısındaki mağduriyetinin ve idarenin kötü niyetinin önlenmesi için yasa değiştirilmeli ve 60 gün içinde yanıt vermeyen idarenin talebi 'kabul etmiş sayılması' kuralı konmalıdır. Böylece idarenin kötü niyetle sessiz kalmasının önüne geçilmesi

<sup>58</sup> Konu, 20. Başlıkta "Yargı Kararlarının Uygulanmaması" adı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

<sup>59</sup> Konu, 18. Başlıkta ayrıntılı olarak incelenmiştir.



sağlanmış ve idareye yanıt verme yükümlülüğü getirilmiş olacaktır. Kamulaştırma yasasındaki gibi haklı olduğunu düşünen idare yargı yoluna gitmek durumunda kalmalı; bireyler buna zorlanmamalıdır.

Oysa yürürlükteki mevzuat idareye “*nasıl olsa yanıt vermezsem kişi dava açmak durumunda kalacak*” rahatlığı vermekte ve idare yanıt vermeme eğilimine girmektedir.

### **17. Yargı Harçları Azaltılmalı ve Yoksul Durumda Olanlar İçin ‘Adli Yardım’ Kurumu Daha İşlevsel Kılınmalıdır**

İdari yargılamadaki harçlar medeni yargılamaya kıyasla oldukça yüksektir. Bu durum, AY 36 ile güvencelenen “*hak arama hürriyeti*” ile adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir. Hukuk devletinin en temel ilkelerinden biri de adil yargılanma hakkının korunmasıdır. Bireylerin, yüksek yargı harçları nedeniyle idari yargıda haklarını arayamıyor oluşları ve Türk yargı sisteminde adli yardım kurumunun yeterli işlev ve sahip olmaması ciddi hak yitimlerine yol açmaktadır.

Bu nedenle, AİHS 6 ve AY 36 anlamında, adil yargılanma sağlanması için idari yargıdaki harçlar yeniden düzenlenmeli ve oranları düşürülmelidir. Hatta çevre ve imar uygulamaları gibi, kamu yararını yakından ilgilendiren uyuşmazlıklar harçtan muaf tutulmalıdır.

### **18. Bilgi Edinme Hakkı Yasası, Dilekçe Yasası ve İYUK ile Anayasa Koşut Hale Getirilmeli; Bu Yasalardaki Süreler Eşitlenmelidir**

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Yasası, bilgiye erişim için 15 günlük süre öngörmüştür. Buna göre, görev alanıyla ilgili bir konuda kendisine başvuru alan idare, 15 gün içerisinde ilgiliye istediği bilgiyi vermek; bilgiye 15 gün içerisinde ulaşamıyorsa, yine aynı süre içerisinde bunun gerekçesini de belirtmek durumundadır. Bu halde idarenin bilgi verme süresi 30 güne çıkacaktır.

Ancak ilgili, bu yasaya göre değil de olağan usule göre bir dilekçe ile idareye başvurduğunda idarenin bu talebe yanıt süresi ne olacaktır?<sup>60</sup>

<sup>60</sup> Dilekçe hakkı ile ilgili daha geniş bilgi için bkz., Kaboğlu, *a. g. e.*, s. 253

3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'da dilekçelere 30 gün içerisinde yanıt verileceği belirtilmektedir.<sup>61</sup> Bu durumda, idareden bir işlem yapmasını ya da bir eylemde bulunmasını isteyen bir dilekçe en geç 30 gün içerisinde yanıtlanmak durumundadır. Oysa Bilgi Edinme Yasası'na göre, ilgili kamu kuruluşuna başvurarak bilgi isteyen kimseye bu kamu kuruluşu, kural olarak, en geç 15 gün içinde yanıt verecektir. Şu halde, İYUK m. 10/2 ve 11/2'deki "idari makamların sessiz kalması" bakımından öngörülen 60 günlük sürenin anlamı nedir?

Burada, kamu kurumundan bilgi isteyen kimseye yanıt verilmemesi üzerine kişinin idari yargıya başvurması için Bilgi Edinme Yasası'ndaki 15 günlük sürenin esas alınması gerektiği kanaatindeyim. Aksi takdirde, kişinin dilekçesi 60 gün içerisinde yanıtlanmayabilecek ve kişi dava açma süresinin başlaması için 60. günün bitmesini beklemek durumunda kalabilecektir.

Kanaatimce, hem İYUK'a göre "özel yasa" olmaları; hem bireyin lehine olmaları hem de öncelik sonralık ilişkisi bakımından değerlendirildiğinde, Dilekçe Yasası'nın ve Bilgi Edinme Yasası'nın başvurulara yanıt süresini düzenleyen 7 ve 11. maddelerinin İYUK 10 ve 11'den daha sonraki tarihte yürürlüğe girmiş olmaları birlikte değerlendirildiğinde, İYUK m. 10/2 ve 11/2'deki 60 günlük sürenin zımnen yürürlükten kalktığı kabul edilmelidir. Buna göre, Dilekçe Yasası m. 7 gereğince, idare talepleri en geç 30 gün içerisinde yanıtlamak durumunda olduğundan, dava açma süresi de en geç 30. günün sonunda başlayacaktır. Hatta gerek Dilekçe Yasası m. 7'nin gerekse dilekçe hakkını düzenleyen AY m. 74/2'nin idareye talepleri "yazılı olarak" yanıtlama yükümlülüğü getirdiği gözetildiğinde, artık idare hukukunda idarenin "Susma Hakkı" olmadığı kabul edilmesi de bir zorunluluk olacaktır. AY m. 74/2 hükmüne "gecikmeksizin, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir" ek ibaresinin 2001 değişiklikleriyle eklendiği de gözetecek olursa, bu yaklaşımın hukuki temellere oturduğu da anlaşılabilir.

<sup>61</sup> 3071 sayılı Dilekçe Yasası m. 7 (Değişik: 2/1/2003-4778/27 m.)

"Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileri ve kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri konusunda yetkili makamlara yaptıkları başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin safahatı hakkında dilekçe sahiplerine en geç otuz gün içinde gerekçeli olarak cevap verilir. İşlem safahatının duyurulması halinde alınan sonuç ayrıca bildirilir."

Ancak yine de, dava açma süresinin ne zaman başladığı yönündeki tartışmalara son vermek bakımından, her üç yasa arasında birlik sağlanmalı, bireylerin lehine olan Bilgi Edinme Yasası'ndaki 15 günlük süre hem Dilekçe Yasası hem de İYUK bakımından uygulanmalıdır. Bunun için de kuşkusuz İYUK'un ve Dilekçe Yasası'nın yeniden düzenlenmesi gerekecektir.

### 19. İdari Yargıda Görev Alan Yargıçların Hukuk Fakültesi Mezunu Olmalarının Sağlanması ve Bu Yönüyle Adli Yargı ile İdari Yargı Arasında Koşutluk Sağlanması

İdare mahkemelerine 2576 sayılı kanunun<sup>62</sup> geçici 1. maddesi gereğince, hukuk fakültesi mezunu olmayan bölümlerden de yargıç ve savcı atanabilmektedir.<sup>63</sup>

Bu uygulamanın ve 2576 sayılı yasanın geçici 1. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatindeyim. Zira, AY 140/1 hükmüne göre, hakimlik ve savcılık meslekleri ancak "meslekten" hakim ve savcılar aracılığıyla yürütülür.<sup>64</sup> Oysaki hem söz konusu düzenlemelerin "geçici" nitelikte oluşu hem de AY 140/1 hükmünün açıkça; hakimlik ve savcılık mesleğinin "meslekten" gelen hakim ve savcılar eliyle yürütüleceğini belirtmiş olması karşısında, iktisat, siyaset, maliye mezunlarının idari yargıda görev almaları hukuki gereklerle bağdaşmamaktadır.

Düzenleme, idare hukukunun temel kavramlarının uygulamaya yerleşmesi açısından da oldukça sakıncalıdır. Zira bazı kavramların çözümü için hukuk bilgisi gereklidir. Örneğin hizmet kusuru bir idare hukuku tekniği konusudur. Hukuk mezunu olmayan birinin bu konuda vereceği kararlar sağlıklı olmayabilecektir.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun, 6 Ocak 1982-20 Ocak 1982 tarih ve 17580 sayılı RG

<sup>63</sup> Geç. m. 1/2 : "Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 5 yıllık süre içinde, idari yargı hakim adaylığından atanacakların yanı sıra; idare mahkemeleri başkan ve üyeliklerine, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yer veren siyasal bilimler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanında öğrenimlerini yapmış olma şartıyla. . . ile daha önce bu görevlerde bulunmuş olmak şartıyla halen bir kamu görevi yapmakta olanlar atanabilirler." (3. fıkrada da benzer bir düzenleme bulunmaktadır.

<sup>64</sup> AY 140/1.: "Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcılar olarak görev yaparlar. Bu görevler 'meslekten' hakim ve savcılar eliyle yürütülür."

<sup>65</sup> Örneğin idarenin hizmet kusurunda yargıcın kusurun unsurlarına göre olayı değerlendirmesi gerekecektir. Aynı şekilde, imar ve çevre uygulamaları gibi konular-

Şu halde, adil yargılanmanın sağlanması bakımından, idari yargıçlarının tamamının hukuk fakültesi mezunu olması koşulu yasaya konmalı, diğer fakültelerden mezun olup da yargıçlık görevini sürdürenler ise özellikle imar uygulamaları ve vergi gibi teknik konularda yararlanılmak üzere mahkemelerde “raportör üye” olarak bulundurulmalıdır. Ancak nihai kararı verecek olanlar tam bir hukuk eğitimi almış olan, meslekten yargıçlar olmalıdır.

## 20. Türk İdare Hukuku Bakımından Yargı Kararlarının Uygulanması Sorunu

Türk İdare Hukuku'nun en önemli sorunu yargı kararlarının uygulanmamasıdır. Bu durum çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin görevden alınan bir memurun idari yargı kararıyla tekrar göreve başlatılması üzerine idarenin bu memuru göreve başlatmaması ya da statüsüne uymayan bir göreve başlatması veya göreve başlatıldıktan hemen sonra yeniden görevden alması, idare hukukunda yargı kararlarının etkililiği konusundaki en basit örneklerdendir.

Ben bu çalışmamda Bursa Barosu Çevre Hukuku Komisyonu ile birlikte yürütmekte olduğumuz hukuk mücadelesinde karşılaştığım; idari yargı kararlarının uygulanmaması ile ilgili iki örnek (Uludağ ve Cargill)<sup>66</sup> üzerinde durup konuyu somutlaştırmaya çalışacağım.

### A. ULUDAĞ SÜRECİ

Uludağ Milli Park Alanı sınırları, Uludağ'la ilgili daha önceden verilmiş olan yargı kararlarına rağmen, Bakanlar Kurulu'nun 17.03.2006 tarih ve 2006/10189 sayılı kararı ile daraltmış; bu karara karşı da Danıştay'a dava açılmış ve Danıştay yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Konumuzla olan ilgisi nedeniyle dava dilekçemizin ilgili bölümlerini aynen aşağıya alıyorum:

---

da Danıştay ve idare mahkemeleri yanlış olarak; Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesine ve Danıştay İDDGK kararlarına rağmen uzun süre baroların dava ehliyetini kabul etmemişlerdir. Ancak Danıştay'ın son içtihatlarıyla bu yanlış yaklaşım değişmeye başlamıştır. (Danıştay 6. Dairesi 2005/ 7264 E; 2006-2539 K. ve 8. 5. 3006 tarihli kararı)

<sup>66</sup> Bu konularla ilgili bilgi ve belgeler, benim de üyesi bulunduğum Bursa Barosu Çevre Hukuku Komisyonu'nun arşivlerinden alınmıştır.

*“Bakanlar Kurulu daha önce de Uludağ Milli Parkı’nı doğrudan etkileyen iki karar almış; ancak her iki karar da Danıştay’ca iptal edilmiş ve iptal kararları kesinleşmiştir.*

*Danıştay 6. Dairesi, 1998-1455. E. ; 1999-5011 K. ve 20.10.1999 tarihli kararı ile Bakanlar Kurulu’nun 6. 1. 1998 gün ve 98/10496 sayılı benzer mahiyetteki kararını iptal etmiş; yine aynı daire 2000-2435 E. 2002-2504 K ve 7. 9. 2001 tarihli aynı mahiyetteki ikinci kararı ile de 20.01.2000 gün ve 2000-196 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’nı, bilirkişi raporlarını da dikkate alarak işlemde kamu yararı bulunmaması nedeniyle iptal etmiştir.*

*Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu da 2002-925 E. ve 2003-409 K. 6.6.2003 tarihli kararında, ek 2 ve ek 3’te sunmuş olduğumuz ve yukarıda kısaca açıkladığımız bilirkişi raporlarında belirtilen sakıncalara da değinerek, Danıştay 6. Dairesi’nin 2000-2435 E ve 7.9.2001 tarihli kararını ONAMIŞTIR.*

*Ayrıca, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Bu ilke de kaynağını Anayasa’nın 2. maddesinden almaktadır.*

*Yine Anayasamızın 138/son maddesine göre, yasama organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*

*Yukarıda karar tarih ve sayıları verilen DANIŞTAY kararları ile yöreye yeni tesis yapılması ve yörenin turizm amaçlı kullanılması engellenmiştir. Anayasa’nın 138/son maddesi yargı kararlarına uyulmasını zorunlu hale getirmiştir. Karar Anayasa’ya aykırı olduğu gibi, alınan kararda kamu yararı da yoktur. Karar iptal edilmezse, gerek Uludağ gerekse Türkiye’deki diğer milli parklar için benzer kararlar alınacak ve o bölgeler yapılaşmaya, turizme açılacaktır. Bakanlar Kurulu Kararı ile hukuk dolanılmaktadır! Karar bu nedenle de iptal edilmelidir.*

*Kaldı ki alınan bir kararla önceki yargı kararlarını bertaraf etmek, yargı kararlarına uymamak bir yana; bu kararları tamamen kaldırmak demektir! Bu yolla idareye yargı kararlarını kaldırma ve yeni fiili bir durum yaratma olanağı tanımak hukuk devleti ilkesinin de onarılamaz derecede zedelenmesi anlamına gelecektir*

*Bakanlar Kurulu, 17.03.2006 tarih ve 2006/10189 sayılı kararı ile Uludağ Milli Parkı sınırlarını daraltmış; bu karar 01.04.2006 tarih ve 26126 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir*

*Bakanlar Kurulu, daha önce de 13.02.2006 tarih ve 2006/10035 sayılı kararı ile Uludağ Milli Parkı'nın sınırlarını daraltmış; bu karar 28.02.2006 tarih ve 26094 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmişti. Ancak yoğun kamuoyu baskısı nedeniyle Bakanlar Kurulu bu karardan dönerek yukarıda iptalini istediğimiz kararlarla milli park alanını yeniden belirlemiştir.*

*İYUK 28 hükmüne göre, idarenin yargı kararlarını uygulaması bir zorunluluktur; hatta Anayasa m. 138'e göre, bu zorunluluk bir "anayasal zorunluluk"tur!*

*Şu halde, konuyla ilgili önceki üç yargı kararını tamamen etkisiz bırakmaya yönelik olan iptalini istediğimiz Bakanlar Kurulu kararı, AY 138/son ve İYUK m. 28 ile güvencelenen; hukuk devletinin temel ilkelerinden olan "hukukun üstünlüğü" ilkesini ortadan kaldırmaya yönelik açık bir girişim olduğundan; kararın iptal edilmesi gerekmektedir!*

*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de "Taşkin vd. Türkiye" Kararında ve 2005 yılı içerisinde Türkiye'yi mahkum ettiği son kararlarından biri olan "Okuy ve Diğerleri-Türkiye" kararında, yargı kararlarının uygulanmamasının etkin hukuki korunma hakkını yok ettiğini; bir hukuk devletinde yargı kararlarını uygulamakla yükümlü olan idarenin bu kararları uygulamamasının sözleşmenin 13. maddesini ihlal ettiğine kanaat getirmiştir."*

Görüldüğü gibi, idare Uludağ'la ilgili önceki 3 Danıştay kararına rağmen yine bir karar almış ve aldığı kararlar, önceki Danıştay kararlarında, milli park olması nedeniyle yapılaşmaya açılmayacağı belirtilen alanı milli park statüsünden çıkararak, önceki yargı kararlarını da tamamen ortadan kaldırmayı amaçlamıştır. Açılan son dava da halen derdesttir ve Danıştay bu davada yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir.<sup>67</sup>

## B. CARGILL<sup>68</sup> SÜRECİ

Yargı kararlarının uygulanmaması bakımından incelenmesi gereken ikinci süreç *Cargill* sürecidir. Burada da aynen Uludağ sürecinde

<sup>67</sup> Danıştay 10. Daire, 17. 8. 2006 gün ve 2006/4778 E sayılı kararı (gerek bu kararda belirtilen gerekse öğretilde oybirliğiyle kabul edilen görüşe göre, yürütmenin durdurulması kararları da aynen iptal, tam yargı kararları ve diğer ara kararları gibi uygulanacaktır. 30 günlük uygulama süresi, idare için bir hak değildir; bu süre üst sınırdır.) Çağlayan, *a. g. e.*, s. 216 vd)

<sup>68</sup> Cargill AŞ Bursa, Orhangazi Gemiç ve Gürle Köyleri'nde 1997 yılında kurulmuş olan ve mısır unundan nişasta ve yapay şeker (glikoz) üreten bir ABD şirkettir.

yaşandığı gibi, hatta ondan daha da vahim olmak üzere, şirket aleyhine çevreye verdiği zarar; kuruluşunun hukuka aykırı olması; fay hattına kurulmuş olması; kurulduğu yerin birinci sınıf tarım arazisi olması nedeniyle verilen pek çok<sup>69</sup> yargı kararı da uygulanmamış; hatta bu nedenle sorumlular hakkında suç duyurusunda bulunulmuş; sorumlulara tazminat davası açılmıştır.

Cargill'le ilgili bugüne dek pek çok dava açılmış; bunların tümü için de yürütmenin durdurulması (bazıları için iptal kararı da alındı; ancak bir kısmı halen derdesttir) kararı alınmıştır. Bu kararlar şunlardır:

1. Bursa Barosu Başkanlığı'nın da aralarında bulunduğu bir grup kişi ve sivil toplum örgütü Bursa'nın eski Orhangazi, yeni Gemlik İlçesi, Gemiç ve Gürle Köyleri mevkiinde yer alan 194 m<sup>2</sup>'lik alanda Cargill Tarım San. Tic. AŞ unvanlı firmaya nişasta fabrikası kurulmasına olanak tanıyan, Başbakanlık Yüksek Planlama Kurulu'nun 9 aralık 1997 gün ve 97/ T-89 sayılı kararı ile, bu karara uygun 1/1000 ölçekli mevzi imar planı yapılmasına ilişkin Bursa Valiliği İl İdare Kurulu'nun 30 Nisan 1998 gün ve 1998/ 4.118 sayılı kararı ve 17.06.1998 gün ve 12/79 sayılı inşaat ruhsatı verilmesine dair kararın iptali için Bursa 2. İdare Mahkemesi'nde iptal davası açmışlardır. İptal nedeni olarak da Cargill'e ait tesisin tarımsal amaçlı olmaktan çok, tarım ürünü kullanan bir sanayi tesisi olduğunu ve bu nedenle doğaya vereceği zararın bilirkişi raporlarıyla kanıtlandığını, İznik Gölü ve bu gölü besleyen Karsak Deresi'nin Bursa Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'nun çeşitli kararları ile koruma altına alındığını; buna göre içme ve kullanma suyunun kaynağı niteliğinde olan bu kaynakları besleyen tüm sulara, akar veya kuru derelere atık su boşaltılamayacağını göstermişlerdir.

Yapılan yargılamalar sonucunda Bursa 2. İdare Mahkemesi, 8 Kasım 2004 gün, 2004/ 990 E. ve 2004/ 1560 karar sayılı kararı ile Cargill'le ilgili alınan tüm kararların iptaline karar vermiştir.

2. Yukarıda belirtilen dava sürerken, iptal davasına konu mevzi imar planı değişikliğinin 1/25000 ölçekli plana aykırılığını gören ida-

<sup>69</sup> Şirketle ilgili verilen ve uygulanmayan tam 7 idari yargı kararı bulunmaktadır. Ayrıca, yargı kararlarını uygulamayan sorumlular hakkında suç duyurusunda bulunulmuş; sorumlulara tazminat davası açılmış ve kararı uygulamayan sorumlularla ilgili yapılan iç hukuk başvurularından sonuç alınmadığından, 1. 7. 2005 tarihinde Türkiye, Bursa Barosu Başkanlığı öncülüğünde AİHM'e şikayet edilmiştir.

re, plan değiştirmeye yetkili olan Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nun 14 Ağustos 1998 tarihli kararı ile bu planda değişiklik yapmış; adı geçen karar aleyhine Danıştay'da dava açılmış, Danıştay 6. Dairesi, 26 Kasım 2002 gün, 2002/4839-5652 sayılı kararı ile bu işlemin iptaline karar vermiştir.

3. Bursa Valiliği İl İdare Kurulu bu kez de yukarıda anılan mahkeme kararını etkisiz kılmak amacıyla iptal edilen mevzi imar planını değiştirmiş, 28 Aralık 1999 onay tarihli 1/1000 ölçekli mevzi imar değişikliği kararı ile 25.08.2000 gün 16-06 yapı ruhsatı vermiştir. Bu işlem aleyhine açılan dava sonunda Bursa 2. İdare Mahkemesi 8 Kasım 2004 gün, 2004/ 1127 E; 2004/1561 K. sayılı kararıyla bu işlemi de iptal etmiştir.

4. Çevreye zarar verdiği ve kapatılması gerektiği mahkeme kararlarıyla belirlenen Cargill AŞ'ye "deşarj ve emisyon izni" verilmesine ilişkin Bursa İl Mahalli Çevre Kurulu'nun 10 Ağustos 2000 gün ve 10 sayılı kararı aleyhine açılan dava sonunda, Bursa 2. İdare Mahkemesi bu işlemi 30 Kasım 2004 gün, 2004/ 1105 E; 2004/ 1633 K. sayılı kararıyla iptal etmiştir.

5. Tüm bu iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarına rağmen, bu kez Bakanlar Kurulu 5.7.2005 tarih ve 25866 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanan 2005/8944 sayılı kararıyla, Cargill AŞ'nin de içinde bulunduğu alanı "Özel Endüstri Bölgesi" ilan etmiş; bu karar da Bursa Barosu Başkanlığı'nın da aralarında bulunduğu bir grup davacı tarafından idari yargıya taşınmış ve Danıştay 10. Dairesi 8.2.2006 tarih ve 2005-6613 E sayılı kararıyla; Bakanlar Kurulu işleminin yürütmesini durdurmuştur.

6. En son süreçte Bursa 3. İdare Mahkemesi, 12.9.2006 tarih ve 2006/1138 E ve 2006-1464 K sayılı ilamı ile Gemlik Belediyesi'nin vermiş olduğu 1/1000 ölçekli mevzi imar plan değişikliği ile Cargill AŞ hakkında verilen yapı ruhsatı izninin iptaline ilişkin işlemi iptal etmiştir.

7. Danıştay 6. Dairesi, 14.6.2006 tarih ve 2006-2467 E sayılı ilamıyla, 1/25.000 ölçekli İznik Gölü Çevre Düzeni İmar Planı'nın iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir.

Ne var ki idari makamlar bu kararların hiçbirini uygulamamışlardır. Bunun üzerine de Bursa Barosu Başkanlığı ve bir grup başvuru,



01. 07. 2005 tarihinde AİHM'e sözleşmenin 2 (yaşam hakkı); 6 (adil yargılanma hakkı); 8 (sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı) ve 13. (etkili başvurudan yararlanma hakkı) maddelerinin ihlali iddiasıyla başvurmuşlar; Mahkeme bu başvuruyu "Bursa Barosu ve Diğerleri-Türkiye" adıyla kayda alarak esastan görüşmeye başlamıştır.

Ayrıca, yargı kararlarını uygulamayan sorumlular hakkında asliye hukuk mahkemesinde kişisel kusura dayanılarak tazminat davası açılmış ve Cumhuriyet Başsavcılığı'na da suç duyurusunda bulunulmuştur.

Ancak İçişleri Bakanlığı kararı uygulamayan vali hakkında koğuşturma izni vermemiştir. Bunun üzerine, Baro Başkanlığı ve bir grup vatandaş Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na itiraz etmişlerdir.

İtirazı görüşen Danıştay 1. Dairesi, 2005-1377 E ve 2006-83 K ve 14.01.2006 tarih sayılı ilamıyla Cargill AŞ hakkındaki kararları yerine getirmeyen vali hakkında İçişleri Bakanlığı'nın 7.11.2005 gün ve 2005/220 K sayılı kararını Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı üzerine kaldırmış ve sorumlu valinin yargılanmasına karar vermiştir.<sup>70</sup>

<sup>70</sup> Karardan dikkat çekici paragraflar şöyledir: "... Nişasta fabrikası kurulmasına olanak sağlayan işlemler hakkında yargılama süreci devam ederken Bakanlar Kurulu'nun 24. 7. 2002 günlü; 2002/7 sayılı prensip kararıyla, istihdam imkanı sağlayan, kullanacağı mısırın büyük kısmını iç piyasadan sağlayan ve su kirliliği yaratmayan tesisin faaliyetine devam etmesinin uygun görüldüğü, yargı yerlerince verilen kararların uygulanmasında B. . Valiliği'nce düşünülen duraksama üzerine görüş istendiği Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Md'nün... 2003 günlü, 2504 sayılı yazısıyla, bahsi geçen Bakanlar Kurulu Prensip Kararına uyulması gerektiğinin hatırlatıldığı; bu yazı gereği olarak da Çevre ve Orman Bakanlığı Çevre Yönetimi Genel Müdürlüğü'nün... 2003 günlü, 227 sayılı yazısı ile Prensip Kararına göre uygulama yapılmasının B. . . Valiliği'nden istendiği, anılan yazılar esas alınarak mahkeme kararının halen uygulanmadığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 138. maddesinde yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararına uymak zorunda olduğu, bu organlar ile idarenin mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği, 2577 sayılı İYUK 28. maddesinde, idarenin, mahkemenin esas ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararların icaplarına göre, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya **meccur** olduğu, uygulama süresinin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz gününü geçmeyeceği, 52. maddesinde ise, temyiz veya itiraz yoluna başvurulmuş olmasının mahkeme kararının yürütmesini durdurmayacağı hükme bağlanmıştır.

Öte yandan Anayasa'nın 137. maddesinde, kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimsenin, üstünden aldığı emri yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görmesi halinde yerine getirmeyeceği ve bu aykırılığı o emri verene bildireceği, üstün emrinde ısrar etmesi ve bu emri yazı ile yenilemesi halinde emri yerine getireceği, bu halde emri yerine getirenin sorumlu olmayacağı, ancak konusu suç teşkil

Karar, yargı kararını uygulamamaya yönelik olarak, idarenin bir başka idari kuruma verdiği emri “kanunsuz emir” (AY 137) sayması bakımından Türk İdare hukukunda bir devrim niteliğindedir. Ayrıca, kararda, yargı kararlarının uygulanmaması yönünde verilen idari emre uyan görevlinin de “konusu suç olan emri yerine getirdiği için sorumlu olduğu” belirtilmiş ve Türk İdare hukukunda bu yönüyle de devrim niteliğinde bir karar verilmiştir.<sup>71</sup>

Yine Danıştay 10. Dairesi, 2005-6613 E ve 8.2.2006 tarihli kararında idarenin yargı kararlarını ortadan kaldırmaya yönelik bir yasal düzenlemeye girişmeyeceğini belirtmiştir.<sup>72</sup>

Ancak tüm bu uğraşlara rağmen, yargı kararlarını uygulamamakta direnen idarenin bir yazısı, Türk Hukuk Sisteminde yargı kararlarının etkinliği ve idarenin bu kararlara uymak yönündeki istencinin boyutunu tüm çıplaklığı ile ortaya koymaktadır:<sup>73</sup>

Başbakanlık Hukuk Müşavirliği tarafından Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı'na Cargill'le ilgili, yukarıda belirtmiş olduğum 7 yargı kararına rağmen gönderilen 20.04.2006 tarihli yazının 4. paragrafındaki şu ifadeler de dikkat çekici ve düşündürücüdür:

*“Bursa İli Orhangazi İlçesi Gemiç ve Gürle Köyleri Karapınar Mevkiinde Kurulu bulunan Cargill Tarım ve Ticaret AŞ'ye ait mısır işletme tesislerinin kurulmasına ve faaliyetine imkan veren işlemin iptali talebiyle Bursa. İlindeki bazı meslek kuruluşları ve şahıslar tarafından gerek idare mahkemeleri gerekse Danıştay nezdinde açılan davaların idare aleyhinde sonuçlanmakta olduğu malumlarımızdır. . . .*

*eden emrin hiçbir suretle yerine getirilemeyeceği, yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı hükmü yer almakta olup, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 11. maddesinde de buna paralel bir düzenleme yer almaktadır.*

*Buna göre, B. . İli, G. . . İlçesi, G. . . ve G. . . Köyleri mevkiindeki Cargill Tarım Sanayi ve Ticaret AŞ'nin nişasta fabrikası kurmasına olanak tanıyan Bakanlar Kurulu Kararının, Başbakanlık Çevre Bakanlığı yazılarının kanunsuz emir oldukları anlaşıldığından bunlara dayanılarak yargı kararlarının yerine getirilmemesinde ilgilinin sorumluluğunun bulunduğu sonucuna varılmıştır. ’*

<sup>71</sup> Kararın önemli bölümleri için bkz., dn. 70.

<sup>72</sup> “Anılan yasa hükmünde yer alan ‘kurulduğu dönemde geçerli olan imar planları’ ifadesinin idari yargı yerince hukuka aykırılığı saptanarak iptal edilmiş olan planları kapsamadığının, geçerli sayılan planların hukuka uygun planlar olduğunun kabulü zorunlu bulunmaktadır. Esasen idari yargı yerince iptal edilmiş olan imar planlarının geçerli sayılması yolunda yargı kararlarını etkisiz kılacak yasal düzenleme yapılması düşünülemez.” (Danıştay 10. Dairesi, 2005-6613 E ve 8. 2. 2006 tarihli kararı)

<sup>73</sup> Kararda Başbakanlık müsteşarının imzasının bulunması (adını vermiyoruz) da ayrı bir hukuk faciasıdır.

... "1-5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Koruma Kanunu'nda yapılacak bir değişiklik ile ildeki kamu kurum ve kuruluşları ile üniversite temsilcileri yanında sivil toplum örgütü temsilcilerinin katılımıyla oluşan Toprak Kurulu'nun bu kanundan kaynaklanan yetkisinin, tarım ürünü işleyen ve ileri teknoloji kullanan mevcut tesislerin bulunduğu alanlar için Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı'na devredilmesinin sağlanabileceği ve böylece sivil toplum örgütlerinin bu konudaki olumsuz tutumlarının bertaraf edilebileceği;

2- 5403 sayılı kanunun geçici 1. maddesinde yer alan gerekli izinler alınmadan tarım dışı kullanıma açılmış ve tarımsal bütünlüğü bozmayan tarım arazilerinin istenilen amaçla kullanımı için Bakanlığa müracaatta tanınan 6 aylık sürenin yapılacak bir Kanun değişikliği ile 6 ay daha uzatılmasının şirketin izinlerini yenileyebilmesine imkan vereceği ve böylece faaliyetine devamını sağlayabileceği görüşleri ortaya konmuştur."

Açıkça görülmektedir ki idare yargının aleyhine verdiği kararlardan rahatsızlık duymakta, hatta bırakın rahatsızlık duymayı, bu kararları uygulamamak için çeşitli çareler aramaktadır. Ancak bu durumun, Anayasa'nın 138/son hükmüne aykırı olduğu ortadadır.

İdarenin bir bireyinin bu yönde bir girişimde bulunması tam anlamıyla "Anayasa ihlalidir."

Yukarıda değinmiş olduğum Danıştay 1. Dairesinin kararında (bkz., dn. 70) da belirtildiği gibi, bu emir, konusu suç olan bir emirdir. Şu halde, böyle bir eylemde bulunan idare ajanı hakkında nasıl bir hukuki çareye başvurulabilir?

Türk Hukuku'nda, bu durumdaki bir ajana karşı asliye hukuk mahkemelerinde bireysel kusura dayanılarak tazminat davası açılabilmesi olanaklıdır.

Ayrıca, İYUK 28/4 gereğince; "kusuru kanıtlamak" koşuluyla idareye veya ajanına karşı da tam yargı davası açılacaktır.

Ancak, ne yazık ki Türk hukuk sistemi bakımından yargı kararını uygulamayan sorumlular hakkında cezai koğuşturmaya girişmek çoğu kez etkisiz olmaktadır.

Görüşüme göre, yargı kararlarını uygulamayan sorumlular hakkında Cumhuriyet Savcıları doğrudan doğruya soruşturma açabilmeli; bu kişiler hakkında TCK'ya özel bir hüküm konmalı<sup>74</sup> ve bu kişile-

<sup>74</sup> Hüküm şöyle düzenlenebilir : "... Yargı kararını uygulamayan ya da bu kararın uygu-

rin cezası paraya çevrilmemeli; ertelenmemelidir.<sup>75</sup> Hatta buna işlerlik kazandırabilmek için AY 138'e bir ek fıkra eklenmelidir.<sup>76</sup> Memurlar bakımından bunu sağlayabilmek için de AY 129/son hükmü değiştirilmeli ve özel yasalardaki tüm engeller de kaldırılmalıdır.<sup>77</sup>

Yasama dokunulmazlıkları da kararları uygulamamakta direnen milletvekilleri ve bakanların da yargılanmasını sağlamak için kaldırılmalıdır. Bu yönde AY 83/2 hükmü yeniden düzenlenmelidir.<sup>78</sup> Ayrıca, AY 125/4 yeniden düzenlenmeli ve idare mahkemeleri, yargı kararlarının uygulanmasını denetlemek bakımından 'yerindelik' denetimi yapabilmelidir.

İYUK 28/4 gereğince idareye karşı tam yargı davası da açılabilir gibi, kararı uygulamayan kamu görevlisine de tazminat davası açılacaktır.<sup>79</sup> Fakat bunun için yasada aranan kasıt unsuru kaldırılmalıdır. Aksi halde, hükümden istenilen sonuç alınamayacaktır.<sup>80</sup>

Ayrıca, İYUK 28/4 hükmünü daha işlevsel kılabilmek için, kararın uygulanmaması nedeniyle tazminat ödemek durumunda kalan idarenin, kararı uygulamayan kamu görevlisine rücu etmesi ve bunu

---

*lanmasında gecikme ve ihmâl gösteren kamu görevlisi hakkında, kararı uygulamamanın bir zarara yol açıp açmadığına bakılmaksızın 1 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 1000 YTL'den 5000 YTL'ye kadar para cezası verilir. Verilen para hapis cezası ertelenemez; paraya çevri-  
lemez."*

5237 sayılı TCK'da bu kişiler 257. maddedeki "görevin gereklerini yerine getirmemek"ten yargılanacaklardır. Ancak burada, kamu görevlisinin eyleminin kamuya zarar vermesi koşulu aranmaktadır ki kanaatimce bu yeterli bir düzenleme değildir. Ayrıca, verilecek ceza da 6 aydan 3 yıla dek değişmektedir. Paraya çevrilmesi ve ertelenmesi de mümkündür.

<sup>75</sup> Bu hükmün TCK'nın 4. kısmında düzenlenen (m. 267 vd) "adliye karşı suçlar" başlığına konmasının uygun olacağı düşüncesindeyim.

<sup>76</sup> Fıkra şöyle düzenlenebilir: "Mahkeme kararlarına uymakta gecikmesi görülen ya da bu kararları yerine getirmeyen kamu görevlileri hakkında Cumhuriyet Savcıları tarafından doğrudan soruşturma başlatılabilir."

<sup>77</sup> Anayasa metnine yargı kararını uygulamayan memurlar hakkında Cumhuriyet Savcıları tarafından doğrudan soruşturma açılabilir hükmü konmalıdır.

<sup>78</sup> Yine bu hükmü de yargı kararlarını uygulamayan milletvekilleri hakkında Cumhuriyet Savcıları tarafından doğrudan soruşturma başlatılabileceği yönünde bir fıkra eklenmesi yerinde olacaktır.

<sup>79</sup> Daha geniş bilgi için Memiş, Emin, *Kanun Hükmünde Anlaşma ve Danıştay Uygulaması*, 1. Baskı, Ağustos 2004, Alfa Yayınları, özellikle s. 114 vd

<sup>80</sup> Çağlayan, a. g. e., s. 290: "Danıştay'ın yargı kararlarının yerine getirilmemesi dolayısıyla açılan davalarda, bir zararın doğmuş olmasını ve illiyet bağıını sıkı sıkıya aramkata olması, yargı kararlarının uygulanmamasından doğan sorumluluk esaslarına uymamaktadır." demektedir.

sağlamak için de öncelikle AY 40/son ve 129/5 hükümlerinin buyurucu hale getirilmesi gerekmektedir.<sup>81</sup>

Yargıtay Ceza Daireleri de çeşitli tarihli istikrar kazanmış olan içtihatlarında, Yargı kararlarını uygulamayan sorumlular hakkında 765 sayılı TCK'nın 228. maddesinden (5237 sayılı TCK 257) mahkumiyet hükmü kurmuştur.<sup>82</sup>

Yargıtay CGK, atama işlemi birkaç kez iptal edilmesine rağmen, her seferinde ilgili kişiyi görevine atamayan veya görevinden alan ve böylece yargı kararlarını fiilen uygulanamaz hale getiren kamu görevlisini de aslında yargı kararını etkisiz ve anlamsız kıldığı için cezaya mahkum etmiştir.<sup>83</sup>

Yine AİHM, 'Taşkın vd Türkiye' ve 'Okuy vd Türkiye' davalarında, Türkiye'yi yargı kararlarının uygulanmamasının bireylerin hukukun etkin korunma hakkını ortadan kaldırdığı gerekçesi ile, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlalinden ötürü mahkum etmiştir.

### C. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA YARGI DENETİMİ<sup>84</sup>

Karşılaştırmalı hukukta değişik yöntemlerle yargı kararlarının denetimi sağlanmaktadır. Burada kısaca Alman, Fransız, İtalyan ve İngiliz Hukuku'nda yargı kararlarının uygulanmasının denetlenmesinden bahsedeceğim.<sup>85</sup>

<sup>81</sup> AY 40/son ve 129/5 hükmü şu anda idareye memuruna rücu bakımından takdir hakkı tanımaktadır.

<sup>82</sup> Kararlardaki şu ifadeler dikkat çekicidir: "Anayasa'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti, demokratik sosyal bir hukuk devletidir. Bu temel ilkenin gereği olarak, Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, 138. maddesinin son fıkrasında ise Yasama ve Yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda bulunduğu kuralları getirilmiştir. Bu anayasal düzenlemelerden, diğer çağcıl anayasalarda olduğu gibi yargı organları kararlarını, yasama, yürütme organlarıyla yönetimi bağıladığı, bu organların ve yönetimin yargı kararlarını değiştiremeyecekleri gibi, bunların yerine getirilmesini de geciktiremeyecekleri açıkça anlaşılmaktadır. Bunun aksini düşünmek, diğer bir deyişle yargı kararlarını önemsememek, Devleti hukukun dışına, üstüne çıkarmak anlamına gelir." (CGK 2003/26 E-8 K ve 4. 2. 2003 tarihli kararı. Aynı yönde 4. CD 2000/5861 E-6973 K; 23. 10. 2000 tarihli kararı; CGK 2003/26 E-8 K ve 4. 2. 2003 tarihli kararı; CGK 1998/4-122 K ve 5. 5. 1998 sayılı kararı, CGK 2003/4-63E; 2003-37 K; 11. 3. 2003 tarihli kararı).

<sup>83</sup> CGK 2003/4-63 E-2003/37 K ve 11. 3. 2003 tarihli ilamu.

<sup>84</sup> Çağlayan, a. g. e., s. 257 vd.

<sup>85</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., Çağlayan, a. g. e., s. 257-278.

## 1. Alman Hukukunda Yargı Kararlarının Uygulanmasının Denetlenmesi

Almanya'da ilk derece mahkemesi, yargı kararlarının uygulanıp uygulanmadığını da denetlemektedir. İdare eğer kararı uygulamakta direnirse, idareye para cezası ya da kararı uygulamayan sorumluya hapis cezası uygulanabilmektedir.

İdareye kesilen para cezasının tahsil edilip edilmediğini de yine kararı veren mahkeme denetlemekte ve paranın tahsil edilmesini sağlamaktadır. Oysaki Türk Hukuk sisteminde İİK md 82<sup>86</sup> hükmü idareden para tahsil edilmesine engeldir.<sup>87</sup>

Alman mahkemeleri bunun için, vatandaşların şikayeti üzerine idareye 1 aydan çok olmamak üzere süre verir ve bu süre içerisinde idareden kararı uygulamasını ister. Karar yine uygulanmazsa, kararı uygulamayan sorumlular hakkında "yerine getirmeme koğuşturması" açılarak "yerine getirme emri" çıkarılır ve sorumlular hakkında haciz ya da hapis yoluyla zorlayıcı önlemler alınır.

## 2. Fransız Hukuku

Fransa'da, Almanya'dakinden farklı olarak, kararı veren mahkeme değil, kararı denetleyen mahkeme (temyiz mercii) kararın yerine getirilmesini de sağlamaktadır. Bunun için Danıştay'da ayrı bir daire açılmıştır. Daireye, yargı kararının yorumu ve uygulanması bakımından sorun yaşayan idare de başvurabilmekte ve daireden görüş alabilmektedir.

Kararı yerine getirmediği tespit edilen idareye "*parasal itaatsizlik cezası*" verilmektedir. Bu cezanın, kararın uygulanmamasından doğan zararı gidermeye yönelik olan tazminatla bir ilgisi yoktur. Ceza, caydırmak amacıyla verilmektedir. Ayrıca tazminat istenebilir.

Cezanın etkili olmasını sağlamak bakımından, kararı uygulamayan kamu görevlileri de parasal itaatsizlik cezasına benzer bir cezai yaptırımla karşılaşılır.

Cezanın özelliği, mağdur olan kişiye, kararın yerine getirilmediği her gün için belli bir miktar para ödemeye idareyi zorlamaktır.

<sup>86</sup> İİK 82/1 :Aşağıdaki şeyler haczolunamaz" Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar".

<sup>87</sup> Geniş bilgi için bkz., Çağlayan, a. g. e., s. 233 vd.

Hem idare hem de kararı uygulamayan sorumlu böyle bir yaptırımla karşılaşmamak için, cezayı ödemememek adına kararı uygulama yönünde adım atmaktadırlar. Eşdeyişle, parasal itaatsizlik cezası Fransız Hukuku'nda oldukça etkili bir denetim yoludur.

### 3. İtalyan Hukuku

İtalya'da, yargı kararlarının uygulanmasının sağlanması bakımından "uygulama davası" adı verilen bir yöntem izlenmektedir. Buna göre, kararın uygulanmaması nedeniyle mağdur olan ilgili, idare mahkemesine başvurarak bir dava açar.

Mahkeme, kararın uygulanmadığını tespit eder. İdareye, kararın uygulanması için buyruk verebileceği gibi, idareden yeni bir karar almasını da isteyebilir. Mahkeme gerekirse bunu tespit etmek ve kararın uygulanmasını sağlamak için de bir görevli atar. Bu görevlinin, idare üzerinde yaptırım uygulama yetkisi de bulunmaktadır.

Bizde ise, gerek AY 125 ve 138 gerekse İYUK 2 hükmü değerlendirildiğinde, mahkemelerin idarenin yerine geçerek işlem tesis edemeyeceği, yalnızca hukuka aykırılığı tespit edebilecekleri tartışma dışıdır. Ancak, Danıştay özellikle memur görevden almalarının iptaline ilişkin verdiği bazı kararlarda "görevden alma işleminin iptaline, memurun yeniden boş kadroya atanmasına" demektedir. Hatta bazı kararlarında da "görevden alma işleminin iptaline, iptal kararı geçmişe yürüdüğünden, yerine yapılan atama işlemi de hukuka aykırı sayılacağından, o atamanın da iptaline" diyebilmektedir. Ancak Danıştay'ın bunun aksine kararları da bulunmaktadır.<sup>88</sup>

### 4. İngiliz ve Amerikan Hukuku

Anglo-Sakson Hukuk sistemine dahil olan İngiltere ve Amerika'da yargı birliği ilkesi geçerli olduğundan, orada ayrı bir idari yargı yoktur. İdari işlemlerin hukuka uygunluğunu genel mahkemeler yapmaktadır.

Genel mahkemeler, idari işlemleri ya sonradan iptal eder (certiorati), ya işlem uygulamaya geçirilmeden bu işlemin yapılmasını engel-

<sup>88</sup> Çağlayan, a. g. e., 199-200-201

ler (prohibition) ya idareyi bir işlemi yerine getirmeye zorlar (mandamus); ya hukuka aykırı olan işlemin uygulanmasını geçici bir süre için durdurur (injonction) ya da en az etkili yol olarak, tarafların o uyuşmazlıktaki haklarının neler olduğunu açıklar.

Demek oluyor ki İngiltere’de yargıç idareye buyruk verebilmektedir. Özellikle “*mandamus*” tedbiri bakımından bu daha belirgindir. Aynı yöntem ABD’de de uygulanmaktadır. Amaç, idare ajanını görevini yapmaya zorlamaktır. İdare ajanı buna rağmen görevini yapmazsa düzene itaatsizlikten cezalandırılacaktır.

#### D. YARGI KARARLARININ UYGULANMASININ YARGI ORGANI DIŞINDAKİ YÖNTEMLERLE DENETİMİ<sup>89</sup>

Yukarıda belirtmiş olduğum yargısal denetimin yanı sıra, yargısal denetim kadar etkili olmayan fakat uygulanmasında da yarar bulunan başka yöntemler de bulunmaktadır.

Bunlar, idari denetim, yasama organı eliyle denetim, ayrı bir denetim organı eliyle denetim şeklindeki başlıklarda toplanabilecektir.

##### 1. İdari Denetim

Yargı kararlarının uygulanmasının idari denetimi çeşitli şekillerde olabilecektir. Bunun İçin bireylerin idareye doğrudan ya da hiyerarşik yoldan başvurusu mümkün olabilecektir.

Hiyerarşik başvuru, yargı kararını uygulamakla yükümlü olan memurun üstüne başvurmadır. Böylece, kararı uygulamayan kamu görevlisi üstüne şikayet edilerek kararın uygulanması sağlanabilecektir.

Diğer bir idari denetim yolu ise, kararı uygulamayan idare hakkında idari vesayet denetimine tabi olması durumunda bu makama başvurmadır.

##### 2. Yasama Organı Eliyle Denetim

Bu yöntem 1982 Anayasası’nda “*dilekçe hakkı*” başlığı ile 74. maddede düzenlemiştir.

<sup>89</sup> Çağlayan, *a. g. e.*, s. 245 vd



İdare dilekçeyi kabul etmek, ilgili makama aktarmak, incelemek ve yazılı olarak yanıtlamak durumundadır. Ancak, ne yazık ki bu kurum çok etkili şekilde işletilememektedir.

### 3. Ayrı Bir Organın Denetimi

Bu tip denetimde, aslında yargısal niteliğe sahip olmayan fakat idareye yol gösterici işlemler yapabilen ve bağımsız çalışabilen, idareye öneriler sunabilen bir kurum; yani “ombudsmanlık” önemli işlev üstlenmektedir.<sup>90</sup>

Ombudsmanlık, farklı şekillerde de olsa pek çok devlette uygulanmaktadır. Ombudsmanın görevi idareyi yasama organı adına denetlemektir. Zaten yetkisini de yasama organından alır.<sup>91</sup>

İdarenin denetiminde diğer yöntemler ise bağımsız idari otoriteler<sup>92</sup> ile Cumhurbaşkanlığı’na bağlı olan ve geniş yetkilerle donatılmış bulunan Devlet Denetleme Kurulu’dur.<sup>93</sup> Kurulun yetkileri oldukça geniştir. Ne var ki kurulu bireysel başvurularla harekete geçirmek olanak dışı olduğundan, kurulun denetimi bazen yetersiz kalabilmektedir.

## E. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Sonuç olarak diyebiliriz ki idarenin çeşitli şekillerde denetlenebilmesi mümkündür. Fakat ne olursa olsun, önemli olan idarenin yargısal denetiminin sağlanması ve bunun da etkin kılınmasıdır. Özellikle idari yargı kararlarının uygulanmasını sağlamak bu bakımdan çok önemlidir. Kanaatimce, Türk İdare Hukuku bakımından yargı kararlarının uygulanmasını sağlamak için B Bölümünde önerilen çözümler ya da yukarıda C-1 ve C-2’de aktarmaya çalıştığım Alman veya Fransız sistemi benimsenebilir.

<sup>90</sup> Türkiye’de ombudsmanlık “kamu denetçiliği” adı altında 13. 10. 2006 tarih ve 26318 sayılı REGA’da yayımlanarak yürürlüğe giren 5548 sayılı “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu” ile uygulanmaya başlanmıştır. Kamu denetçiliği kurumu, bu çalışmanın kapsamı dışında kaldığından konuya yalnızca değinilmekle yetinilmiştir.

<sup>91</sup> Bilgi için bkz., Kaboğlu, *a. g. e.*, s. 251; Çağlayan, *a. g. e.*, s. 248.

<sup>92</sup> BİO’ya örnek olarak RTÜK, Rekabet Kurulu ve Bilgi Değerlendirme Yüksek Kurulu gösterilebilir.

<sup>93</sup> Ayrıntılı bilgi için Çağlayan, *a. g. e.*, s. 248 vd.

Ya da Erkut'un önerdiği gibi İYUK m. 28yeniden yazılarak, yargı kararlarının yerine getirilmemesi ile ilgili olarak taraflara, bireylere, katılanlara, hatta dava dışı üçüncü kişilere başvuru olanağı tanınabilir.<sup>94</sup>

Fakat hangi yöntemin uygulanacağından çok, hukuk devletinin temel niteliklerinden sayılan “*yargısal korunma*”nın etkililiğini kurmak ve yerleştirmek gerek ulusumuzun hukuki ve siyasi gelişimi gerekse adil yargılanma hakkının Türk İdare Hukuku'na yerleşmesi bakımından önemlidir.

İdari yargının sorunları çeşitlidir ve bazıları artık ne yazık ki derinleşmiştir. Çözüm için yeni ve çağdaş ilkelerle donatılmış, adil yargılanma ilkesini bünyesinde barındıran bir İdari Yargılama Yasası derhal çıkarılmalıdır.

---

<sup>94</sup> Erkut, *a. g. e.*, s. 332. Yazar burada, yargı kararlarının uygulanmasının denetimi için Danıştay bünyesinde yapılandırılacak yeni bir kurul oluşturulmasını, bu kurula da “yargısal emir dahil” her türlü yaptırım yetkisi verilmesini savunmaktadır. Ayrıca, bu kurulun, idareye kuralların nasıl uygulanacağı konusunda duraksama içerisine girdiğinde; bu kuralların uygulanması konusunda danışmanlık görevi yapmasını da önermektedir. (bkz., *a. g. e.*, s. 332 dn 6)

# MİRANDA HAKLARI

## (*Miranda v. Arizona* 1966)

Ahmet Emrah AKYAZAN\*

### 1. Karşılaştırmalı Hukuk

#### I. Genel Olarak

Günümüzde modern hukuk sistemlerinin hemen hepsinde şüpheli ve sanık olarak ceza muhakemesine dahil olan kişiler bir süje olarak bazı haklara sahiptir. Bunların en önemli olanları anayasal haklar derecesine ulaşmıştır. Bu hakların en başında doğaldır ki, kişinin "*haklarını öğrenme hakkı*" gelmektedir. Bu hak ABD Yüksek Mahkemesi'nin<sup>1</sup> 1966 yılında verdiği ve "*Miranda Kararı*" olarak bilinen bir karardan<sup>2</sup> doğmuş ve gelişmiş olan bir haktır. Bu karar ile polis tarafından yakalanan ve sorgulanan kişilere sahip oldukları anayasal hakların bildirilmesi gerektiği düşüncesi ortaya çıkmıştır.

Miranda Kararı, "*kişinin kendisini suçlamaya zorlanamama ilkesi*" ile de yakından ilgilidir. ABD Yüksek Mahkemesi Miranda Kararı'ndan önceki dönemde, 19. yüzyılın sonlarına doğru, zorlayıcı itirafları içeren birçok mahkûmiyet kararını yeniden incelemiştir.<sup>3</sup> Bu kararlarda yargıçlar içtihat hukukunun<sup>4</sup> kanıt ile ilgili kurallarına dayanarak ikna, tehdit veya vaatlerle elde edilen itirafların kabul edilemeyeceğini ifade

---

\* Avukat, Ankara Barosu, Gazi Üniversitesi Master Öğrencisi.

<sup>1</sup> The Supreme Court.

<sup>2</sup> *Miranda v. Arizona* (1966).

<sup>3</sup> Örneğin; *Hopt v. Utah* (1884), *Bram v. United States* (1897).

<sup>4</sup> "Common Law"; Bu kavram Anglo - Amerikan Hukuku'nda, "Mahkeme kararları ve dava hukuku ile gelişen ve kanunda yer almayan hukuk" anlamına gelmektedir. Bkz., Davies, Malcolm/Croall, Hazel/Tyrer, Jane, *Criminal Justice - An Introduction To The Criminal Justice System In England And Wales*, s. 420, Pearson Education Limited, Third Edition Published 2005.

etmişler ve böyle itirafların güvenilirliğinin şüpheli olduğuna işaret etmişlerdir. Yüksek Mahkeme ABD Anayasası'nın ek 5. maddesindeki; "kişinin kendisini suçlamaya zorlanamama ilkesi"ne dayanarak, federal bir ceza duruşmasında sanığın iradi olmayan itirafının kabul edilmesini önlemiştir. Buna karşılık yargıçlar kısa bir süre sonra verdikleri bir başka kararda,<sup>5</sup> ek 5. maddedeki ilkenin eyalet mahkemelerinde uygulanmasını kabul etmemişlerdir. Hatta mahkeme daha sonraki yıllarda federal duruşmalarda da ek 5. maddenin esasını geliştirmekte başarısız olmuştur.<sup>6</sup>

Yüksek Mahkeme davalarında, ABD Anayasası'nın ek 14. maddesi<sup>7</sup> de önemli olmuştur.<sup>8</sup> Miranda Kararı'ndan önce Yüksek Mahkeme, itirafların kabul edilebilirliğini ve kabulleri her olay için ayrı ayrı değerlendiriyor ve anahtar kriter olarak, isteyerek gerçekleşmeyi esas alıyordu. Buna göre, mahkemeler, itirafların zorlanarak alınıp alınmadığına ve zanlıların ABD Anayasası'nın ek 14. maddesinde öngörülen "adil yargılanma" hakkından mahrum edilip edilmediğine göre karar veriyordu.<sup>9</sup> *Miranda v. Arizona* (1966) davasında ise Yüksek Mahkeme, bir suçla itham edilen bir kişinin, verdiği ifadeler sırasında, anayasal sessiz kalma hakkından, "isteyerek, bilerek ve aklî durumu normal iken" vazgeçmemiş ise, verdiği ifadelerin mahkemede kanıt olarak kullanılmayacağına karar vermiştir. Bu karar, devrimci ve çok tartışmalı bir karardır. Bu tarihe kadar, sessiz kalma hakkının sadece mahkemede uygulanacağı düşünülüyordu. ABD Anayasası'nın ek 5. maddesi, ceza davalarında zanlılara mahkemede, kendi aleyhlerine tanıklık yapmama hakkını vermektedir. Miranda Kararı ile Yüksek Mahkeme, sessiz kalma hakkını, mahkeme salonundan, polis sorgulama odasına taşımıştır.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> Twining v. New Jersey (1908).

<sup>6</sup> Acker, James R./Brody, David C., *Criminal Procedure A Contemporary Perspective*, s. 220, Second Edition, Jones And Bartlett Publishers Inc., Sudbury - Massachusetts, 2004.

<sup>7</sup> Bu ek madde Amerikan İç Savaşı'nın (1861 - 1865) bitiminden üç yıl sonra Anayasa'ya eklenmiştir.

<sup>8</sup> Sonneborn, Liz, *Supreme Court Cases Through Primary Sources - Miranda v. Arizona - The Rights Of The Accused*, s. 30, Rosen Publishing Group Inc., New York, 2004.

<sup>9</sup> Del Carmen, Rolando V., *Criminal Procedure, Law And Practice*, s. 340 - 342, Thomson Wadsworth, Sixth Edition, 2004.

<sup>10</sup> Prentzas, G. S., *Miranda Rights; Protecting The Rights Of The Accused*, s. 4, Rosen Publishing Group Inc., First Edition, New York, 2006.

## II. Miranda Kararı

ABD’de 1966’ dan beri yakalama ve sorgu ile ilgili en önemli konu, kişinin kendini suçlamaya zorlanamama ilkesini ifade eden *Miranda v. Arizona* (1966) davası olmuştur.<sup>11</sup> Bu karar Yüksek Mahkeme’nin en iyi bilinen kararlarından biridir.<sup>12</sup> 3 Mart 1963’te ABD’nin Arizona eyaletinde bir kişi genç bir kadını arabası ile kaçırmış, ellerini ve ayaklarını bağlayıp tecavüz ettikten sonra, evinin yakınlarında bir yere bırakmıştır. Olay polise bildirilmiş ve soruşturma başlatan polis, 23 yaşında, *Ernesto Miranda* adında bir Meksikalı’nın evine gitmiştir. Bu kişi daha önce, ev soyma, tecavüze teşebbüs ve saldırı suçları nedeniyle çocuk nezarethanesi yetkililerine teslim edilmiş olan ve suç kayıtları bulunan bir sabıkalıdır. Polis merkezinde, dört diğer Meksikalı ile birlikte, sanık teşhis odasına alınmış ve burada şikâyetçi tarafından teşhis edilmiştir. Bunun üzerine sorgulama odasına alınarak, polisler tarafından iki saat süre ile sorgulanmış ve sözlü olarak itirafta bulunduktan sonra yazılı bir ifade imzalamıştır.<sup>13</sup>

Yoksul bir kişi olan *Miranda*’ya sorgulamadan önce bir avukatla görüşme hakkı bulunduğu hiçbir aşamada söylenmemiştir. İfadeyi imzalarken şöyle bir kabul ifadesine de yer vermiştir: “*Bu ifademi isteyerek, serbest irademle, hiçbir tehdit, baskı veya dokunulmazlık vaadi olmaksızın ve bütün yasal haklarımı bilerek, verdiğim her ifadenin bana karşı kullanılabileceğini anlayarak yapıyorum.*” *Miranda*’nın yaptığı itiraf, şikâyetçinin anlattıkları ile uyumlu bulunmuştur. Ayrıca şikâyetçiyi serbest bıraktıktan sonra ona; “*Benim için dua et*” dediği de ifadede yer almaktadır.

*Miranda*, iddianamede, insan kaçırma ve tecavüz ile suçlanmış, sözlü ve yazılı ifadeleri kanıt olarak mahkemeye sunulmuştur. *Miranda*, savunması için hiçbir kanıt ortaya koyamamış ve her iki suçtan da mahkûm edilerek, 20 ve 30 yıllık hapis cezalarına çarptırılmıştır. Daha sonra Eyalet Yüksek Mahkemesi<sup>14</sup> temyiz edilen kararı onaylayarak sanığın, “*avukat bulundurma hakkının kendisine söylenmediği ve itirafları sırasında bir avukat bulunmadığı için itiraflarının kanıt olarak kabul edilmemesi gerektiği*” şeklindeki itirazlarını reddetmiştir. Mahkeme sanığın

<sup>11</sup> Zalman, Marvin, *Criminal Procedure Constitution And Society*, s. 266, Fourth Edition, Pearson Education Inc., New Jersey - United States, 2005.

<sup>12</sup> Issues Of Democracy, *Landmark Decisions*, s. 29 - 30, April 2005, Volume 10, The Supreme Court Of The United States, Highest Court In The Land.

<sup>13</sup> Bkz. Acker, James R./Brody, David C., s. 226.

<sup>14</sup> State Supreme Court.

avukat konusundaki itirazını reddederken de, *Escobedo v. Illinois* (1964) kararındaki şu kuralı gerekçe göstermiştir: “Şüpheli talep ettiği halde, avukatına danışmasına izin verilmemesi durumunda, avukat hakkının kullandırılmadığına karar verilebilir.” Oysa Miranda ifadelerini verirken hiç avukat talebinde bulunmamıştır.<sup>15</sup>

Miranda davası ile birlikte, *People v. Vignera* (1965), *Westover v. United States* (1965) ve *People v. Stewart* (1965) davaları da ABD Yüksek Mahkemesi’ne gönderildi. Bu dört davanın müşterek yönleri vardı: Dördünde de ciddi suçlar söz konusuydu; insan kaçırma – tecavüz, soygun, banka soygunu, soygun – cinayet. Dördünde de olaylar benzer şekilde cereyan etmişti: Zanlılar polis tarafından nezarete alınmış, sorgulanmış ve sessiz kalma ve/veya avukat haklarından açık şekilde haberdar edilmemişlerdi. Dördünde de suçun ispatı için, sanıkların itirafları mahkemede kullanılmıştı. Yüksek Mahkeme bu dört davayı karar sırasında tek bir çatı altında toplayarak değerlendirdi ve tüm dünyada bilinen *Miranda v. Arizona* kararları ortaya çıktı.

### III. Kararın Değerlendirilmesi

109 sayfalık Miranda Kararı, Yüksek Mahkeme’de 5 – 4 oy çokluğu ile alınmıştır. Miranda Kararı’nda yer verilen düşünceler, sadece polisin ceza davalarında hazırlık olarak yaptığı sorgulama uygulamaları ve alınan itiraflara karşı yöneltilen eleştirilerle ilgili yaklaşım ve değerlendirmeleri değil, aynı zamanda kanunda ve olaylarda ortaya çıkan çeşitli iç içe girmiş konular arasında uyum sağlayabilmek açısından getirilen yaklaşımları da içermektedir.<sup>16</sup>

ABD Anayasası’nın ek 5. maddesi pek çok hakkı kapsamaktadır. Bunlar arasında polislerin sorgulama sırasında şüphelilere karşı davranışlarıyla ilgili olanlar da vardır.<sup>17</sup> Bu madde bir ceza davasında hiç kimsenin kendi aleyhine tanıklığa zorlanamayacağı kuralını getirmektedir. Meşhur *Miranda v. Arizona* davasında, Yüksek Mahkeme, bu kuralın nezaretteki soruşturmaya uygulanmasına açıklama getirmiştir. Bu karara göre: “Savcılık, kendi aleyhine tanıklığa zorlanamama ile ilgili

<sup>15</sup> Acker, James R./Brody, David C., s. 226 – 227.

<sup>16</sup> Acker, James R./Brody, David C., s. 228.

<sup>17</sup> Cole, George F./Smith, Christopher E., *Criminal Justice In America*, s. 138, Thomson Wadsworth, 2004.

koruyucu usul ve esaslara uyulduğunu kanıtlayamadığı takdirde, nezaretteki sorguda<sup>18</sup> zanlıdan alınan ifadeleri kullanamayacaktır.”<sup>19</sup>

Bir kişi nezarete alındığı veya başka bir şekilde hürriyetinden yoksun bırakıldığı zaman, kişinin kendini suçlama yasağı konusunda sahip olduğu güvence tehlikeye girmektedir.<sup>20</sup> Bu nedenle Miranda Kararı zanlıya en az aşağıdaki hususların sağlanmış olmasını öngörmektedir:

*“Sorgulamadan önce kişiye; sessiz kalma hakkına sahip olduğu, her beyanının aleyhine delil olarak kullanılabilceği ve kendi tutacağı veya kendisi için atanacak bir avukat isteme hakkına sahip bulunduğu söylenecektir. Zanlı, kendi isteğiyle, bilerek ve akli kontrolü yerinde olarak, bilinçli şekilde bu haklarından feragat edebilir. Bununla birlikte, soruşturmanın herhangi bir aşamasında, konuşmadan önce bir avukata danışmak istediğini herhangi bir şekilde ifade ederse, soruşturmaya devam edilmez. Aynı şekilde; kişi yalnız ise ve herhangi bir şekilde sorgulanmak istemediğini belirtirse, polis onu sorgulamamalıdır.”*<sup>21</sup>

Yüksek Mahkeme Miranda Kararı ile biraz karışık bir konu olan kendini suçlama yasağı ilkesine açıklık getirmeye çalışarak, bu konuda geçerli kurallar hakkında polise ve mahkemelere yol göstermiştir.<sup>22</sup> Şüpheliye kendini suçlayan bir kabulde bulunup bulunmama konusunda bir seçim hakkı verildiğinde, itiraf etmek için duyulacak ahlâkî içgüdü ile cezadan kurtulma isteği arasında bir çatışma ortaya çıkacaktır. Sorgulama öncesi avukatından tavsiye alan şüpheliye, polisin sorularına cevap vermemesi gerektiği söylenebilecektir. Suçlu olan şüpheliler, bu şekilde, kendi çıkarlarının sessiz kalmak olduğunu anlayacaklardır. Netice itibariyle Miranda Kararı, kanunun zorlayıcılığı üzerindeki ve suça karşı savaş üzerindeki olumsuz etkileri nedeniyle geniş ölçüde endişe ile karşılandı. Ancak polis ve mahkemeler uygulamaları ile, şüpheliler için gerçek seçim hakkına tam olarak olanak sağlamadılar.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> Custodial Interrogation.

<sup>19</sup> Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, *Criminal Evidence*, s. 405, Oxford University Pres Inc., New York - United States, 2004.

<sup>20</sup> Acker, James R./Brody, David C., s. 235.

<sup>21</sup> Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, s. 405.

<sup>22</sup> Acker, James R./Brody, David C., s. 238.

<sup>23</sup> Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, s. 405 - 407.

#### IV. Kararın Etkileri

Yüksek Mahkeme'nin "devrim niteliğinde" olduğu ifade edilen<sup>24</sup> bu kararı, yeni bir usul yaratmakla, kanun uygulamasına büyük bir etki yapmıştır. Bu yeni usul ile polis memurları, itiraf alabilmek için şüphelilerin sorgulanmasından önce yeni kuralları uygulayacaklardır. Miranda Kararı'ndan sonra, polisin şüphelileri, sessiz kalma ve sorgulama başlamadan önce bir avukatın bulunmasını isteme hakları bulunduğu konularında bilgilendirmesi isteniyordu.<sup>25</sup> Bu nedenle polis memurlarının sorgudan önce şüpheliye Miranda Kararı'nda yer alan belirli sözcük ve ifadeleri içeren bir uyarıda bulunmaları gerekliliği ortaya çıktı.<sup>26</sup> Polis memurlarının kendi sorgu usullerini bu doğrultuda düzenlemeleri ve Miranda Kararı'nda yer alan hakları şüpheliye sorgudan önce duyurmaları gerekiyordu.<sup>27</sup>

Hukuk uzmanları, Miranda Kararı'nın hassas noktalarını tartışırken, polis yetkili bölümleri, polis merkezlerinde uygulanacak Miranda Kararı ile ilgili değişiklikler konusunda gerekli düzenlemeleri yapmakla uğraşıyorlardı. Yüksek Mahkeme, polisin zanlıları sorgulamadan önce onlara ne söylemesi gerektiğini tam olarak belirtmemişti. Ancak, pek çok polis merkezi, kısa bir süre sonra, polis memurlarının aşağı yukarı söylemeleri gerekenleri şu makul kelimelerle ifade etmişlerdi:<sup>28</sup> "Sessiz kalma hakkına sahipsiniz. Söyleyeceğiniz her şey mahkemede aleyhinize delil olarak kullanılabilir. Bir avukatla konuşma hakkına sahipsiniz. Sorgulanırken avukatın da yanınızda bulunmasını isteyebilirsiniz. Eğer avukat tutacak imkânınız yoksa istediğiniz takdirde her türlü sorgulamadan önce yanınızda bulunması için size bir avukat tayin edilecektir."<sup>29</sup> "Miranda Uyarıları" olarak kabul edilen<sup>30</sup> bu ifadeler, genellikle "Miranda Hakları" olarak bilinmekte ve şüphelilere okununca, şüphelilerin "Mirandalandırıldığı" söylenmektedir.<sup>31</sup> Netice itibariyle, Miranda Kararı'ndan doğan bu dört konuda kişinin sorgudan önce uyarılması gerekmektedir. Bu uyarılar yapıldıktan sonra kişi, bilerek ve bilincinde olarak bu haklarından feragat ederek soruları cevaplandırabilir veya yazılı

<sup>24</sup> Acker, James R./Brody, David C., s. 228.

<sup>25</sup> Prentzas, G. S., s. 5.

<sup>26</sup> Zalman, Marvin, s. 285.

<sup>27</sup> Cole, George F./Smith, Christopher E., s. 140.

<sup>28</sup> Sonneborn, Liz, s. 45.

<sup>29</sup> Issues Of Democracy, s. 29, Cole, George F./Smith, Christopher E., s. 138.

<sup>30</sup> Sonneborn, Liz, s. 45.

<sup>31</sup> Prentzas, G. S., s. 5.



ifade verebilir. Ancak, savcılık mahkemedede, bu uyarıların yapılmış olduğunu ve kişinin bu haklarından feragat ettiğini kanıtlayamazsa, sorgulamada elde edilen hiçbir kanıt mahkemedede bu kişi aleyhine kullanılamayacaktır.<sup>32</sup>

ABD’de tüm polis memurları, kısa sürede Miranda Uyarıları’nu okumanın önemini öğrenmişlerdir.<sup>33</sup> Ancak bu karar aynı zamanda önemli bir hukukî konuda şiddetli tartışmaları da ortaya çıkarmıştır.<sup>34</sup> ABD Hukuk Sistemi, hükümetin kanuna uyan vatandaşları koruma görevi ile sanıkların anayasal haklarını nasıl dengeleyebilecektir?

## V. Karardan Sonraki Dönem

Yüksek Mahkeme’nin, Miranda Kararı’ndan sonra verdiği kararlar, Miranda Kararı’ndaki iyi niyetli prensip kararlarına ters yönde olmuştur. Bu kararlar, Yüksek Mahkeme’nin, zanlılar üzerindeki polis baskısını azaltma eğiliminde yeterince samimî olmadığını göstermiştir. Örneğin, bir davada zanlı polis merkezinde sorgulandığı halde, Yüksek Mahkeme, zanlının teknik olarak tutuklanmamış olduğu gerekçesiyle Miranda prensiplerinin bu zanlı için uygulanamayacağına karar vermiştir.<sup>35</sup> Yüksek Mahkeme 1984’te, *Berkemer v. McCarty* davasında, bir trafik kontrolü sırasında durdurularak yolda sorgulanan bir sürücünün, sorgulanması “nezarettaki sorgulama” olmadığı için, Miranda’daki koruyucu şartların uygulanmayacağına hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme, “polise soruşturmasında yardımcı olan” veya kendi isteğiyle polis merkezine giden zanlıların da soruşturmada Miranda Hakları korumasında olduğunu benimsememiştir. Yine, zanlının bazı suçlamaları kabul etmesi için, polisin zanlıyı aldatarak, olay yerinde parmak izinin bulunduğunu söylemesi de, Yüksek Mahkeme’nin, zanlı lehine Miranda korumasını kabul etmesini sağlayamamıştır. 1980 yılında *Rhode Island v. Innis* davasında ise, zanlı tutuklandığında bir avukat istemiş, suçta kullandığı silahın yerini söylememiştir. Polis merkezine giderken yolda polislerin, silah bulunamazsa civardaki bir çocuğun silahı bulup kendisini yaralayabileceği şeklindeki konuşmaları sırasında zanlı, silahın yerini açıklamıştır. Yüksek Mahkeme *Rhode*

<sup>32</sup> Acker, James R./Brody, David C., s. 235.

<sup>33</sup> Del Carmen, Rolando V., s. 46.

<sup>34</sup> Prentzas, G. S., s. 5.

<sup>35</sup> *Oregon v. Mathiason* (1977).

*Island v. Innis* kararında da Miranda koruyucu haklarının ihlâl edildiğini kabul etmemiştir.<sup>36</sup> Daha sonraki Yüksek Mahkeme kararlarında, zanlının polis tarafından temin edilen avukata güvenmediği için, gözaltına alma memuru ile konuşma talebinin, polisçe kabul edilme zorunluluğu bulunmadığına hükmedilmiştir. Zanlının bu talebini reddeden polis, yeni sorularla zanlıyı sıkıştırmaya devam etme konusunda yetkili görülmüştür.<sup>37</sup> Üstelik Yüksek Mahkeme'nin "*Önlenemez Keşif*"<sup>38</sup> doktrini uyarınca, savcı, zanlının Miranda Hakları'na tam olarak riayet edilseydi bile yine ortaya çıkarılabilecek (keşfedilebilecek) bir kanıt olduğuna yargıci ikna edebilirse, Miranda kuralları ihlâl edilerek elde edilmiş gerçek kanıtın<sup>39</sup> kabul edilebileceği de öngörülmüştür.<sup>40</sup> Böylece, savcı olasılıkları karşılaştırarak, özel bir kanıt oluşturan şeyin, zanlının hakları ihlâl edilmeden de ortaya çıkarılmasının mümkün olduğunu kanıtladığı takdirde, Miranda Hakları ihlâl edilerek elde edilen gerçek kanıt mahkeme tarafından kabul edilmektedir.<sup>41</sup>

Bu şekilde ortaya çıkan iki yetki, Miranda Kararı'nın pratikteki değerini azaltan ölçüde ağırlık taşımaktadır. Birincisi, sanığın Miranda Hakları ihlâl edilerek elde edilen bir itiraf, doğrudan sorgu sırasında kullanılamamasına rağmen, tanık olarak sorgulanan sanığın güvenilirliğini sarsmak için yapılacak çapraz sorgu sırasında kullanılabilir. Savcılar bu taktiği kullanarak jüriye sanığın daha önce suçu itiraf ettiğini duyurmaktadır. Bu da, sanığın savunmasını mahvedecek sonuçlar doğurmaktadır. İkincisi, ABD Federal Mahkemeleri, şüpheli şartlarda sanığın haklarından feragat etmesi durumlarında savcıdan yana değerlendirme yapmaktadırlar; *Michigan v. Mosley* (1975) davasında, şüpheli, polis sorgusunda cevap vermeyi reddetmiş ve sorgulama durmuştur. Ancak birkaç saat sonra, başka bir polis tarafından sorgulanmıştır. Buna gerekçe olarak da, şüphelinin cevap vermeyi reddetmiş olmasının, daha sonraki sorgulamayı sonsuza kadar önlemeyeceği ve şüpheli fikir değiştirerek Miranda koruyucu haklarından feragat ettiği için ikinci sorgulamanın yapıldığı ileri sürülmüştür. Diğer iki davada ise polis, şüphelilerin ikinci sorgularında daha ağır başka bir suçlama öne sürmüş ve bir suç ortağının kendisini ele verdi-

<sup>36</sup> Karar için bkz. Zalman, Marvin, s. 292.

<sup>37</sup> *Fare v. Michael* (1979).

<sup>38</sup> Inevitable Discovery.

<sup>39</sup> Real Evidence.

<sup>40</sup> *Nix v. Williams* (1984).

<sup>41</sup> Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, s. 406.

ğini söylemiştir. Oysa suç ortağının şüpheliyi ele verdiği doğru değildir.<sup>42</sup> Bir başka davada ise polis, Miranda Hakları konusunda uyarıda bulunup bilgi vermeksizin, şüpheliden bir itiraf almış sonra Miranda Hakları ile ilgili uyarıyı hatırlayıp bunları şüpheliye bildirmiş ve şüpheliden bir itiraf daha almıştır. Miranda Hakları ile ilgili uyarıdan önce itirafta bulunan şüpheli, bir kere itirafta bulunduğu için, Miranda Hakları ile ilgili uyarı yapıldıktan sonra artık itirafını inkâr etme şansını kaybetmiştir. Olayda, geçersiz olan ilk itiraftan sonra alınan ikinci itiraf geçerli kabul edilmiştir.<sup>43</sup>

Son olarak da, belirli bir suç ile ilgili olarak Miranda Hakları'ndan feragat eden bir şüphelinin bu feragati genel bir feragat olarak kabul edilmiştir. Bir şüpheli bir kere Miranda Hakları'ndan feragat etmişse, polis bu şüpheliyi çok daha ağır başka suçlarla ilgili olarak da, Miranda Hakları'ndan feragat ettiğini kabul ederek sorgulamaktadır. Oysa şüpheli, ilk suç ile ilgili olarak Miranda Hakları'ndan feragat ettiği sırada, daha sonra sorgulandığı suçların da şüphelisi olduğu kendisine söylenmemiştir.<sup>44</sup>

Yüksek Mahkeme, Miranda Kararı'nın özünü oluşturan anlayışa bağlı kalmayı gereksiz görmüştür. Şüphelilerin kendilerini suçlamama konusundaki anayasal haklarını korumak yerine, Miranda Kararı'ndaki esasların teknik yorumlarına sığınarak, Miranda Hakları'nın gelişmesinin önünü kesmiş ve pratikteki etkisini azaltmıştır. Şüphelilere sadece,<sup>45</sup> *"kendi isteğiyle bilerek ve akli kontrolü yerinde olarak, bilinçli şekilde"* Anayasa'nın ek 5. maddesindeki haklarından feragat ettiklerini beyan etme olanağı kalmıştır. Bu da Miranda öncesi durumuma göre, yine de bir iyileşmedir.

## 2. Türk Hukuku

### I. Genel Olarak

Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda *"haklarını öğrenme hakkı"*nın gelişimine bakıldığında, eski CMUK döneminde yakalanan kişiye haklarının ancak ifade ve sorgu sırasında bildirilmesi zorunluluğu bulun-

<sup>42</sup> Brewer v. Williams (1977) ve Edwards v. Arizona (1981).

<sup>43</sup> Oregon v. Elstad (1985).

<sup>44</sup> Colorado v. Spring (1987).

<sup>45</sup> Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, s. 407.

maktaydı (CMUK m. 135). Bu düzenleme sanık hakları bakımından çok geç bir evreyi ifade etmesi nedeniyle haklı olarak eleştirilmektedir.<sup>46</sup> Yeni CMK ise, kişiye haklarının “yakalama sırasında derhâl” bildirileceği hükmünü getirerek çok önemli bir ilerleme sağlamıştır. CMK m. 90/4’e göre; “Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkasına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhâl bildirir.” Bu hükme paralel olarak, Yakalama, Gözaltına Alma Ve İfade Alma Yönetmeliği’ne göre; “Yakalanan kişiye, suç ayırımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanunî hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilir” (m. 6/4).<sup>47</sup>

Bu noktada uygulamada, özellikle soruşturmanın kolluk aşamasında, kişilere sahip oldukları anayasal ve yasal hakların bildirilmesi işleminin sadece usulen ve evrak üzerinde yazılı bir paragraftan ibaret olarak yapıldığı görülmektedir. Burada önemli olan şüphelinin sahip bulunduğu hakları anlamış olmasıdır. Bu bakımdan sadece yakalama veya ifade alma tutanağında kişiye haklarının bildirildiğinin belirtilmiş olması, hakların gerçekten bildirildiği ve şüphelinin de bunları anladığı anlamına gelmeyebilir. Özellikle bu aşamada, şüphelinin psikolojik durumu ve içinde bulunduğu stresli ortam, sahip olduğu hakları tam ve eksiksiz olarak anlamasını çoğu kez engellemektedir. Hukukçu olmayan ve belki de resmî makamlar karşısına ilk kez çıkan bir kişi, yakalama ve sonrasındaki ifade alma sürecinde çok çeşitli duygu, düşünce, kaygılar içerisinde bulunmakta ve aslında normal olan tüm bu tepkiler nedeniyle haklarını anlama konusunda zorluk çekmekte, çoğunlukla da haklarını tam olarak idrak edememektedir. Bu nedenlerle kolluk memurlarının bu aşamada, şüphelinin sahip bulunduğu hakları anlaması konusunda gösterecekleri özen, hem soruşturma aşamasının yasaya uygun şekilde ilerlemesini sağlayacak, hem

<sup>46</sup> Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 836, 1050, On dördüncü Bası, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., Mart 2006, Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 438, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. AŞ, Yeni CMK’ya Göre Yenilenmiş 9. Baskı, Şubat 2006, Ankara, Özbek, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 259, Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. AŞ, Birinci Baskı, Kasım 2006, Ankara.

<sup>47</sup> Ayrıca yönetmeliğe ek “sanık hakları formu”nda da (EK - A); “İsnat olunan suçla ilgili tarafıma okunan ve form olarak bir nüshası verilen haklarımın neler olduğunu anladım” şeklinde bir ibare, altında da şüphelinin imzasının alınacağı bir boşluk bulunmaktadır.

de daha sonraki aşamalarda “*hukuka aykırı yöntemlerle delil elde edildiği ve bu nedenle, yargılamada kullanılamayacağı*” şeklinde ortaya çıkabilecek iddiaların önüne geçebilecektir.

## II. İspat Hukuku

Yeni CMK ispat hukuku konusunda da birçok yenilik getirmiştir. Bu yeniliklerin en önemlilerinden biri de, hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin, hiçbir surette ceza muhakemesinde kullanılamayacak olmasıdır. Kişinin sahip olduğu hakların kendisine bildirilmemiş olması durumunda da hukuka aykırılık söz konusu olacağından, elde edilecek delillerin hiçbir hukukî önemi bulunmayacaktır.<sup>48</sup> Örneğin, yakalama anında şüpheliye haklarının hatırlanmamış olması durumunda, şüphelinin söyleyeceği şeylerin ifade değeri olmayacaktır. Aynı şekilde haklar hatırlanmadan alınan bir ifade de, kişinin aleyhine bir ispat vasıtası olarak kullanılamayacaktır (Bkz., Any. m. 38/6).

Kişiyi sahip olduğu hakların bildirilmemesi, savunma hakkının özünü ortadan kaldırdığı için,<sup>49</sup> esaslı bir hukuka aykırılıktır. Bu nedenle bu şekilde elde edilen bir delilin ispat gücü olmayacağı gibi, haklar bildirilmeden, hukuka aykırı bir şekilde alınan ifade üzerine suçlanan şüphelinin, tazminat isteme hakkı da doğacaktır.

Hukuka aykırı olarak elde edilen bir ifade, her ne kadar daha en baştan dava dosyasına giremeyecek olsa da,<sup>50</sup> uygulamada bunun aksinin de mümkün olabileceğini düşünen kanun koyucu CMK m. 289/1-i ile, hükmün hukuka aykırı şekilde elde edilen delile dayanmasını “*mutlak bozma nedeni*” olarak düzenlemiştir.<sup>51</sup>

Sonuç itibariyle yeni düzenlemeler ile hakların bildirilmesinin ifade ve sorgu sırasında yapılacağını öngören Yargıtay içtihatları da CMK m. 90/4 paralelinde değişecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun

<sup>48</sup> Burada kullanılan “delil” kavramı “bulgu” anlamındadır. Delil, asıl olarak kovuşturma aşamasında mahkeme açısından geçerli bir terimdir.

<sup>49</sup> Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, s. 1054.

<sup>50</sup> Ancak böyle bir değerlendirmenin, delilin hukuka aykırı olup olmadığını denetleme olanağını ortadan kaldıracığından, her şeye rağmen, o delilin dosyada muhafaza edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz., Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, s. 445.

<sup>51</sup> Bu hükme paralel olarak CMK m. 217/2’ye göre; “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.” Ayrıca bkz., CMK m. 230/1-b.

27.10.1995 ve 1995/6-238 E., 1995/305 K. sayılı kararı aynen şöyledir: “... sanığa yargılamanın hiçbir aşamasında CMUK’nun 3842 sayılı yasayla değişik 135. maddesinde yer alan hakları hatırlatılmamıştır. Bu durumda sanık, yüklenen suçtan dolayı 135. madde uyarınca sorguya çekilmeli, bu madde ile tanınan savunmaya ilişkin hakları hatırlatılmalı, bu husus tutanağa geçirilmeli, sonra karar verilmelidir.”<sup>52</sup>

### 3. Sonuç

ABD Yüksek Mahkemesi *Miranda v. Arizona* (1966) kararı ile şüphelinin sahip bulunduğu hakların kendisine bildirilmesi gerektiğine, aksi halde alınan ifadenin hukuka aykırı olacağına karar vermiştir. Böylece “*Miranda Hakları*” ortaya çıkmıştır. *Miranda Kararı*<sup>53</sup> dünyadaki önemli hukuk sistemlerini etkileyen ilginç bir karardır. Alman Ceza Usul Kanunu’nun 163a maddesi de karar doğrultusunda değiştirilmiştir. Türk CMUK’nda da bu yönde bir değişiklik yapılmışsa da haklarını öğrenme hakkı ancak ifadenin alındığı sırada düzenlenmiştir. Yeni CMK ile bu olumsuzluk giderilmiş ve hakların bildirilmesi işlemi yakalama anına çekilmiştir.

ABD Hukuku’nda *Miranda Kararı*, nezarethanedeki sorgulamaya uygulanmaktadır.<sup>54</sup> Nezarethanedeki sorgulamadan anlaşılması gereken, kanunu uygulayan memurlar tarafından, kişinin nezarethaneye konulması veya başka şekilde hareket etme hürriyetinden anlamlı bir şekilde yoksun bırakılması suretiyle yapılan sorgudur.<sup>55</sup> Bu bakımdan, örneğin bir polis memuru sokakta bir kişiye yaklaşır; “*Burada ne oluyor ?*” diye sorduğu zaman, verilecek cevap önemli bir suçu da içerse, mahkemede kanıt teşkil edebilmesi için bu kişiye mutlaka *Miranda Hakları*’nın bildirilmiş olması gerekmektedir.

*Miranda Kararı*’nda, sorgulama sırasında, sorulara cevap olarak öylenenler dışında, kişinin “*kendi isteğiyle*”<sup>56</sup> verdiği ifadeler konusun-

<sup>52</sup> Aynı nitelikteki kararlar için bkz., YCGK, 24.10.1995, 1995/7-165 E., 1995/302 K., YCGK, 17.12.1996, 1996/6-263 E., 1996/282 K., Y. 3. CD, 29.11.1995, 1995/12024 E., 1995/13491 K., Y. 5. CD, 23.06.1994, 1994/1706 E., 1994/2153 K., Y. 10. CD, 08.03.1994, 1993/13697 E., 1994/3332 K., Y. 2. CD, 12.10.1993, 1993/9926 E., 1993/10797 K., Y. 9. CD, 05.10.1993, 1993/3097 E., 1993/3814 K., Y. 11. CD, 26.01.2004, 2003/7876 E., 2004/119 K., Y. 6. CD, 18.09.2003, 2002/16127 E., 2003/5532 K.

<sup>53</sup> Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoglu, Ayşe, s. 1056.

<sup>54</sup> Cole, George F./Smith, Christopher E., s. 139.

<sup>55</sup> Acker, James R./Brody, David C., s. 238.

<sup>56</sup> Volunteered.

daki sınırlandırma da çok önemlidir. Miranda Kararı'nın öngördüğü ve dikkate aldığı kaygı, polisin hâkim olduğu psikolojik baskı ortamında "nezarethane" ve "sorgulama" şartlarıdır. Sorgulamanın ve öneminin ne olduğunun iyi belirlenmesi gerekmektedir. *Oregon v. Mathiason* (1977) ve *Berkemer v. McCarty* (1984) davaları ile ilgili kararlar, şüpheli "nezarethanede" değilse, polisin Miranda Hakları'nı bildirmeden sorgulama yapabileceğini açıkça ifade etmektedir. Ayrıca, "nezarethanede" fakat "sorgulama" sonucunda olmayan, kişinin kendini suçlayıcı ifadeleri de, Miranda Uyarıları yapılmamış da olsa, geçerli kabul edilmektedir. Diğer taraftan, "sorgulamada" verilen cevap ile "kendi isteğiyle" yapılan açıklamanın (verilen ifadenin) de birbirinden ayrılması gerekir. *Rhode Island v. Innis* (1980) kararındaki "sorgulama" tanımı da önemli bir kriter olmuştur.<sup>57</sup>

Belirtilmesi gereken diğer bir önemli nokta da polis sorgulamaları ile ilgili olarak, polisin bugün, şüphelilerin suçlarını kabulünü sağlamak için ince psikolojik taktikler kullanmakta olduklarıdır. Kaliforniya'daki polis merkezlerinde 1992 - 1993 yıllarındaki 182 sorgulama ile ilgili bir araştırma yapan Prof. Dr. Richard Leo'nun<sup>58</sup> bulgularına göre, polisin sorgulaması bir "güven oyunu"dur.<sup>59</sup> Şüpheliyi ustalıklı idare edebilmesi için polisin suçu, kurbanı ve şüpheliyi çok iyi tanması gerekmektedir. Polis, şüpheliye dostça, samimi bir imaj vermekte, kahve ikram etmekte ve şakalaşmaktadır. Sorgulamada şüpheliye, doğruyu söylemesi konusunda tavsiyede bulunmakta, gerçeği söylerse her şeyin daha iyiye gideceğini ve kendisini daha iyi hissedeceğini belirtmektedir. İtiraf alabilmek için polis ikna,<sup>60</sup> aldatma<sup>61</sup> ve etkisizleştirme<sup>62</sup> teknikleri kullanmaktadır; yanlış verilen ifadeleri çürütme, suçun gayri ahlakî yönünü hafifletme, ortaya yalan ifadeler koyma, bu konuda uygulanan tekniklerdir.

<sup>57</sup> Acker, James R./Brody, David C., s. 246 - 247.

<sup>58</sup> Leo, Richard, *Police Interrogation In America: A Study Of Violence, Civility And Social Change*, s. 258 - 268, 276 - 277, University Of California, Berkeley, 1995, Leo, Richard, *Inside The Interrogation Room*, *Journal Of Criminal Law And Criminology*, 86, s. 266 - 303, 1996 ve Leo, Richard, *Miranda's Revenge: Police Interrogation As A Confidence Game*, *Law & Society Review*, 30, s. 259 - 288, 1996'dan nakleden Zalman, Marvin, s. 301.

<sup>59</sup> Confidence Game.

<sup>60</sup> Persuasion.

<sup>61</sup> Deception.

<sup>62</sup> Neutralisation.

Prof. Dr. Richard Leo'ya göre Miranda Kararı'nın uzun vadeli ve olumlu dört sosyal etkisi olmuştur: (1) Polisin, sorgulama odasındaki davranışlarının daha uygarlaşmasını sağladı. Polis davranış standartları yazılı şekilde belirlendi. (2) Polisin nezarethanedeki konuşma ve düşünme şeklini yeniden şekillendirdi. (3) Halkın, anayasal haklara olan ilgisini artırdı. (4) Polisin, sorgulamada, zanlılardan suçlamayla ilgili ifadeler elde etmesinde, daha etkili teknikler geliştirmesine yol açtı.<sup>63</sup>

Netice itibariyle, ABD'de Miranda Kararı ile getirilen güvence ile İngiltere ve Galler'de içtihat hukuku ile kendini suçlamaya karşı oluşturulan güvence, doktrin olarak farklı olmakla birlikte, her ikisi de uygulama alanında benzer güçlüklerle karşılaşmışlardır. ABD mahkemeleri de İngiliz mahkemelerinin yaptığı gibi, kendini suçlama yasağı konusunda verilen güvencenin uygulamada tam olarak uygulanmasında, giderek gerileyen bir tutum göstermişlerdir. Bu güvence konusunda, hukuk ideolojisi ve uygulama gerçeği çatışmaktadır.<sup>64</sup> Anglo - Amerikan hukukunun uygulamada yaşadığı bu soruna benzer şekilde, Türk hukuku açısından son tahlilde söylenmesi gereken; yasalar ile getirilen olumlu düzenlemelerin uygulamaya yeteri kadar yansıtılmadığı tespitidir. Ülkemizde 1992 yılında CMUK'nda yapılan değişikliklerle ifade alma ve sorgu konularında şüphelinin sahip olduğu haklar bakımından olumlu bazı düzenlemeler yapılmış, yeni CMK'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, bu yeni düzenlemeler daha da ilerici bir yaklaşımla ve insan haklarını gözetten bir özen ile ortaya konmuş bulunmaktadır. Ancak bu düzenlemelerin ceza muhakemesinin özellikle soruşturma aşamasına yansıtılabilmesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak şüphelinin ifadesine adli yollardan ve hukuka uygun bir şekilde ulaşılabilmesi için, kolluk personelinin, şüphelinin sahip olduğu anayasal ve yasal haklar ve bunların gerektiği şekilde kullandırılması konularında görev öncesi ve görev sırasında yaygın, etkin ve sürekli eğitime tâbi tutulmaları gerekmektedir.

Diğer taraftan, bu yeni ve ilerici yasal düzenlemelerin uygulamada yerleşebilmesi konusunda başta Yargıtay olmak üzere, bütün hâkimlerimize ve diğer hukuk uygulayıcılarına önemli görev ve sorumluluklar düşmektedir. Eğer hukukun üstün olduğu, vatandaşların

<sup>63</sup> Leo, Richard, *Police Interrogation*, s. 258 - 268, 276 - 277'den nakleden Zalman, Marvin, s. 302.

<sup>64</sup> Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, s. 409.



hukukî güvenlik içerisinde buldukları ve bunu yaşamlarında bilfiil hissettikleri bir devlet düzenine ulaşılmak isteniyorsa, bunun için yeni yasaların oluşturulması yanında, bu yeni ilke ve kuralların hukuk uygulamasında da yerleşmesi sağlanmalı, yeni yasal düzenlemelerin oluşturulması için gösterilen özen ve titizlik, bunların uygulanması aşamasında da devam ettirilmelidir.

## KAYNAKÇA

- Acker, James R./Brody, David C., *Criminal Procedure A Contemporary Perspective*, Second Edition, Jones And Bartlett Publishers Inc., Sudbury – Massachusetts, 2004
- Cole, George F./Smith, Christopher E., *Criminal Justice In America*, Thomson Wadsworth, 2004
- Davies, Malcolm/Croall, Hazel/Tyrer, Jane, *Criminal Justice – An Introduction To The Criminal Justice System In England And Wales*, Pearson Education Limited, Third Edition Published 2005
- Del Carmen, Rolando V., *Criminal Procedure: Law And Practice*, Thomson Wadsworth, Sixth Edition, 2004
- Issues Of Democracy, *Landmark Decisions*, April 2005, Volume 10, The Supreme Court Of The United States: Highest Court In The Land
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, On dördüncü Bası, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., Mart 2006
- Özbek, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. AŞ, Birinci Baskı, Kasım 2006, Ankara
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. AŞ, Yeni CMK'ya Göre Yenilenmiş 9. Baskı, Şubat 2006, Ankara
- Prentzas, G. S., *Miranda Rights; Protecting The Rights Of The Accused*, Rosen Publishing Group Inc., First Edition, New York, 2006

Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian, *Criminal Evidence*, Oxford University Pres Inc., New York – United States, 2004

Sonneborn, Liz, *Supreme Court Cases Through Primary Sources – Miranda v. Arizona – The Rights Of The Accused*, Rosen Publishing Group Inc., New York, 2004

Zalman, Marvin, *Criminal Procedure Constitution And Society*, Fourth Edition, Pearson Education Inc., New Jersey – United States, 2005

# İCRA VE İFLAS KANUNU'NA GÖRE İHALESİ YAPILAN TAŞINMAZLARIN TAHLİYESİ

Murat DÖNMEZ\*

İhale alıcısı adına tescili yapılan taşınmaz borçlu tarafından veya hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı resmi bir belge ile belgelenmiş bir akte dayanmayarak başkaları tarafından işgal edilmekte ise on beş gün içinde tahliyesi için borçluya veya işgal edene bir tahliye emri tebliğ edilir. Bu müddet içinde tahliye edilmez ise zorla çıkarılıp, taşınmaz ihale alıcısına teslim edilir (İİK m. 135/2).<sup>1</sup>

\* Avukat.

<sup>1</sup> “Gayrimenkulün arttırmalarına iştirak edenlerin uzunca müddet taahhütlerine bağlı kalmalarından tevellüt edebilecek mahzura mukabil, icraca yapılan gayrimenkul müzayedelerine rağbeti artıracak mahiyette bir hüküm kabul olunmuştur. Şöyle ki, 1086 numaralı kanunla Borçlar Kanunu’ndaki 230. maddeye göre icra dairesi sattığı gayrimenkulü borçludan tahliye ile alıcıya teslimi yapamıyor. Çünkü daire yalnız tapuda lazım gelen tescili yaptırmakla vazifesini ikmal etmiş sayılıp teslimi mütekeffil değildir. Teslim, dairenin vazifesi olmayınca, daire bu hususta bir selahiyeti de haiz bulunmuyor ve çok kere alıcı mahkemeye müracaatla tahliye davası açmak mecburiyetinde kalıyordu. Tetkik edilen Alman Usulünde icra dairelerinin teslimle mükellef tutuldukları görülmüş ve satılan gayrimenkulün borçlu tarafından işgaline devam edildiği halde, tahliyesinin, hükme hacet olmaksızın dairece yapılmasında hiçbir mahzur olmayacağı düşünülmüş olduğundan, kanuna ilave edilen 124/a numaralı maddenin son fıkrası bu dairede kaleme alınmıştır.” (2004 s. Kanunun Hükümet Tasarısı Gerekçesi)

“İhale edilen gayrimenkulün alıcıya teslimi de icra dairesinin vazifesi cümlesindedir. Bu itibarla daire ‘15 gün müddetli bir tahliye emri’ tebliğ ederek ihale edilen gayrimenkulün borçlu ve ona tebaan işgal edenlerle hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı tevsik edilen bir akte müstenit olmayarak işgal edenler, kim olursa olsun zorla çıkarılıp gayrimenkul alıcıya teslim olunur.” (Adliye Encümeni Mazbatası Gerekçesi)

“İcra marifetiyle satılan gayrimenkullerin alıcısına teslimde güçlüklerle karşılaşılması ve borçlu ile gayrimenkulü işgal eden arasında muhtemel suinietli anlaşmaları önlemek amacıyla 135. maddenin ikinci fıkrası değiştirilmekte ve 27 ve 276. maddelere paralel olarak, aktin usulüne uygun bir şekilde hazırlanmış resmi bir

İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirilen ihaleler sonucu iktisap edilen taşınmazlarda, üçüncü şahısların bulunması ve şartların (haciz yolu ile takiplerde haciz tarihinden önce resmi bir belge ile kira akdinin tevsik edilmemiş olması) mevcudiyeti halinde, bunların tahliyesini kısa sürede sağlayarak ihale alıcısına taşınmazın teslimini sağlamak için 135. maddesinin 2. fıkrası ile özel bir düzenleme getirilmiştir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun m. 135/2 hükmü; Borçlar Kanunu'nun 254. maddesi ile bir uyum halinde gözükmekte başka bir deyişle m. 135/2 hükmü Borçlar Kanunu'ndaki genel kurala, yani "satım ile kira münfesihi olur" kuralına uygun bir düzenleme getirmekte<sup>2</sup> iken, 6570 sayılı *Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun*'un 7/d maddesi ile çelişki taşımaktadır.<sup>3</sup>

Borçlar Kanunu'nun 254. maddesine göre; taşınmazı satın alan yeni malik, kanunen öngörülen feshi ihbar sürelerine kadar -ki feshi ihbar süreleri BK m. 262 hükmüne göre belirlenir- kira sözleşmesi ile bağlıdır. Feshi ihbar süresinin sonunda ise başkaca bir koşula bağlı olmaksızın taşınmazın tahliyesi gerçekleşir. İİK m. 135/2 ise cebri icra satışlarda Borçlar Kanunu'nun 254. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak; eğer üçüncü şahıs, haciz tarihinden önceki bir tarihte düzenlenmiş resmi bir belgeye dayalı olarak kiracılık sıfatını ispatlamadığı durumda, Borçlar Kanunu'nda öngörülen sürelerden daha kısa bir süre içinde taşınmazı tahliye etmek durumundadır.<sup>4</sup> İİK m. 135/2 hükmü gereğince taşınmazda oturan üçüncü şahıs, icra müdürlüğüne düzenlenen tahliye emrinin kendisine tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde taşınmazı tahliye etmek zorundadır. Artık burada BK m. 254 ve m. 262 gereğince öngörülen feshi ihbar sürelerinin uygulanması söz konusu olamaz. Ancak öğretilde<sup>5</sup> bu durum,

---

belgeye dayanması şartı getirilmektedir. " (3222 s. kanunun Hükümet Gerekçesi)- (Pehlivanlı, M. Gündüz, *Açıklamalı İcra Ve İflâs Kanunu*, C. 1, s. 1022)

<sup>2</sup> Aslan, Elif K., *İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu İle Paraya Çevrilmesi*, s. 143.; Erman, Hasan, *Borçlar Kanunu Ve 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun Hükümleri Karşısında İcra-İflâs Kanunu 135/2'nin Değerlendirilmesi*, s. 370

<sup>3</sup> Aslan, Elif K., *a. g. e.*, s. 143.

<sup>4</sup> Erman, Hasan, *a. g. m.*, s. 370

<sup>5</sup> Erman, Hasan, *a. g. m.*, s. 370 dn. 21: "BK 254'deki kiracıyı korumak için getirilen feshi ihbar sürelerinin kamu düzenini ilgilendirdiği ve emredici hukuk kurallarından olduğu göz önüne alınırsa, İİK 135/2'nin bu yönden maddi hukuk kurallarına aykırı olduğunu ileri sürmek mümkündür."

yani İİK m. 135/2 de öngörülen “resmi bir belgeye bağlı olarak kiracılık sıfatının ispatlanamaması durumunda 15 gün içerisinde taşınmazın tahliye edileceği” kuralının, BK m. 254/2’de yer alan “feshi ihbar sürelerine uyma zorunluluğu”na istisna getirmesinin maddi hukuk kurallarına aykırılık taşıdığı da ileri sürülmüştür.

6570 sayılı *Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un* 7/d maddesi hükmü “*Gayrimenkulüm Medeni Kanun hükümlerine göre iktisap eden kimse kendisi veya eşi veya çocukları için tamamen veya kısmen mesken olarak ve yine kendisi veya eşi veya çocukları için bir meslek veya sanatın bizzat icrası maksadıyla işyeri kullanmak ihtiyacında ise, iktisap tarihinden itibaren bir ay zarfında kiracıyı keyfiyetten ihtarname ile haberdar etmek şartıyla altı ay sonra tahliye davası açabilir*” demek suretiyle kiracının tahliyesini ihtiyaç ve süre gibi koşullara bağlamıştır. Ancak bu hükme rağmen 6570 sayılı kanuna tabi taşınmazlarda da İİK m. 135/2 hükmünün uygulanması gerekecektir.<sup>6</sup> Zira cebri yolu ile iktisaplarda 6570 sayılı *Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un* 7/d maddesi uygulama alanı bulamayacaktır. Aksi bir düşünce m. 135/2 hükmünün kanun koyucu tarafından getiriliş gerekçesine ve varılmak istenen amacı ortadan kaldırır bir uygulamaya ve yoruma sebebiyet verecektir.

İcra dairesince ihale edilen taşınmazı işgal eden borçlu ya da üçüncü kişiye tebliğ edilecek tahliye emrinin ancak ihale kesinleştikten sonra tebliğ edilmesi gerekmektedir.<sup>7</sup> Ancak tahliye emrinin tebliğ edile-

<sup>6</sup> Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 1365; Aslan, Elif K., *a. g. e.*, s. 144; Karşı Görüş: Erman, Hasan, *a. g. m.*, s. 381

<sup>7</sup> Y. 12. HD 28.01.1988 T. E. 1987/2908 K. 1988/589 - “...Borçlu Nurhayat’ın ihalenin feshi davasını açtığı, bu davanın devamı sırasında ve ihale kesinleşmeden müşteri Rahime’nin isteği üzerine, 135. maddeye göre muamele yapılamayacağı... İhale-nin feshine dair olan isteğin reddine dair merci kararının kesinleşmesinden sonra, 135. maddeye göre işlem yapılmasını isteyebileceği...” (Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Şikâyet*, s. 327), Y. İİD 26.03.1957 T. E. 1886 K. 2242 - “...135.maddeye göre tahliye talebi ihalenin kesinleşmesine bağlıdır.” (Açar / Erciyeş, *İcra ve İflâs Kanunu*, s. 61); Y. İİD 22.02.1965 T. E. 2167 K. 2224 - “İİK’nun 135. maddesi uyarınca, gayrimenkul ihale edilip bedeli alındıktan sonra alıcı namına tescil edilmesi için 134. maddede yazılı müddete riayet edilerek tapuya müzekkere yazılır. Müteakiben 135. maddenin 2. fıkrasında yazılı usule göre tahliye ve teslim işlemine tevessül olunur. Gayrimenkulün müşteri adına tapuya tescili için 134. maddenin son fıkrasında belirtildiği gibi ihalenin kesinleşmesi lazımdır. İnceleme konusu olayda, ihalenin feshi isteği ile yapılmış şikâyetin henüz intaç edilmediği anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında gayrimenkulün tahliye ve teslimine imkân yoktur. Bu cihet göz önünde tutulmaksızın, mülkiyeti nihale anında müşteriye intikal ettiğinden tahliye ve teslim için ihalenin kesinleşmesine lüzum olmadığından söz edilerek memurluk kararı bozularak tahliye ve teslim karar verilmesi kanun hükümlerine aykırı ve temyiz itirazı

bilmesi için taşınmazın ihale alıcısı adına tapuya tescilinin sağlanması yani başka bir deyişle taşınmazın ihale alıcısı adına tapuda tescil işlemi yapılması da gerekmemektedir. İhalenin kesinleşmesi ve ihale alıcısı adına tescil işlemlerine başlanması tahliye emrinin tebliği için yeterlidir.<sup>8</sup>

İİK m. 135 sadece haciz yolu ile takipteki taşınmaz ihalelerinde değil aynı zamanda iflâs yolu ile takiplerde (m. 244),<sup>9</sup> sulh hukuk mahkemelerinin verdiği izale-i şüyu davalarına ait ilamların infazı gereğince yapılan satışlarda (HUMK m. 571)<sup>10</sup> ve ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip neticesi paraya çevrilen taşınmazlar hakkında (m. 150/g) da uygulanır.<sup>11</sup>

Yargıtay ise eski tarihli bir kararlarında<sup>12</sup> m. 135 hükmünün ipote-

yerinde görülmekle merci kararının bozulmasına..." (Çatalkaya / Bandakçoğlu, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, s. 435)

<sup>8</sup> Y. 12. HD 05.10.1992 T. E. 3981 K. 11217 - " İİK 135. maddesi gereğince tapuya müzekkere yazıldıktan sonra taşınmazı ihaleden satın alanın istemi üzerine taşınmazı işgal eden borçluya tahliye emri tebliği gerekir. Tahliye emri çıkarılması için taşınmazın alıcı adına tapuya tescil edilmesi koşul değildir. Tapuya müzekkere yazıldığına ve istekte bulunduğu göre, icra dairesince tahliye emri çıkartılmaması yasaya aykırı olup mercice şikâyetin kabulü gerekirken reddedilmesi isabetsizdir. " (Pehlivanlı, a. g. e., s. 1029)

<sup>9</sup> Akyazan, Sıtkı, *Cebri İcrada İhale Ve İhalenin Feshi*, s. 67, Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, s. 721, *İhale İle Satılan Taşınmazların Tahliyesi*, s. 675; Aslan, Elif K., *İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu İle Paraya Çevrilmesi*, s. 138, Muşul, Timuçin, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 600, Erman, Hasan, *Borçlar Kanunu ve 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun Hükümleri Karşısında İcra İflas Kanunu 135/2'nin Değerlendirilmesi*, (İÜHFİM, s. 1984/1-4, s. 365).

<sup>10</sup> Akyazan, Sıtkı, *Cebri İcrada İhale Ve İhalenin Feshi*, s. 67; Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku*, C. II, s. 1371, Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, s. 721, *İhale İle Satılan Taşınmazların Tahliyesi*, s. 675, Aslan, Elif K., a. g. e., s. 138, Muşul, Timuçin, a. g. e., s. 600, Erman, Hasan, a. g. m., s. 365, Y. İİD 24.03.1969 T. E. 3158 K. 3188 (RKD, 1969/II, s. 133-134)

<sup>11</sup> Akyazan, Sıtkı, *Cebri İcrada İhale Ve İhalenin Feshi*, s. 67, Gürdoğan, Burhan, *İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, 76, Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku*, C. II, s. 1374, Muşul, a. g. e., s. 600, Uyar, Talih, *Rehnin Paraya Çevrilmesi*, s. 494, Aslan, Elif K., a. g. e., s. 138 Karşı Görüş: Erman, Hasan, a. g. m., s. 366 "Sn. Erman m. 135/2'nin izale-i şüyu ve iflas takiplerinde uygulandığını kabul etmekle birlikte, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan taşınmaz satışlarında uygulanmadığını belirtmiştir."

<sup>12</sup> Y. İİD 27.11.1953 T. E. 5505 K. 5735 "... Hadisede rehnin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takip neticesinde müşteri namına ihale olunan gayrimenkulün 135. maddeye müsteniden tahliyesi istenmiş ve 150. madde de 135. maddeye atıf mevcut ise de ipotekli olan bu gibi gayrimenkul hakkında 135. maddenin son fıkrasının kıyasen tatbiki bahis mevzuu olmayıp mezkur atıf sözü geçen maddenin ikinci fıkrasının ilk ibaresini istihdaf etmekte bulunmuştur." (Nedimoğlu / Arvas, *İcra ve İflâs Kanunu*,

ğin paraya çevrilmesine ilişkin takiplerde uygulanamayacağını belir- tirirken daha sonraki kararlarında<sup>13</sup> uygulanabileceği yönünde kararlar vermiştir. Zira Yargıtay 12. Hukuk Dairesi bir kararında<sup>14</sup> İİK m. 135'in ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takiplerde de uygulanacağına iliş- kin bir ilamında;

“...İcra memurluğunun ihalesi suretiyle malik değiştiren gayrimenkul- den içindekinin tahliyesi konusunda çıkarılan muhtıraya vaki şikâyet üzerine merciin, takibin ipotekle paraya çevrilmesi yoluyla açıldığıнын, bu çeşit takipte İİK'nun 135/2 maddesinin uygulama imkânı bulunmadığı gerekçesi ile şikâ- yetin kabulüne karar verdiği anlaşılmaktadır.

İcra takiplerinde, icra memurunun (İİK 135, 150/g), iflas usulünde if- las idaresinin (İİK 244), ortaklığın satış yolu ile giderilmesine dair ilamının infazı halinde satış memurunun (HUMK 571), ihale konusu gayrimenkulde bulunan borçlunun, müflisin, ya da işgal etmekte bulunan üçüncü kişinin hangi kayıt ve şartlar dairesinde bu elden çıkarılacağı İİK'nun 135/2 maddesi hükmü ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

İhale, satış nedeni ile o şey üzerinde mülkiyet hakkı kendisine intikal eden kişi adına, tapuda tescil ve o şeyin alıcıya boş olarak teslimi işlemlerini de kap- sar zira, ihale olunan gayrimenkulün boş olarak alıcıya teslimi görevi, cebri ihalelere rağbeti artırıcı bir etken olduğu gibi, teslimi engelleyen kötü niyetli girişimlerinde önlenmesi bakımından yasa koyucu tarafından arzu edilmiştir. Maddenin gerekçesinde bu noktaya açıkça temas olunmuştur.

İİK'nun 135/2 maddesi, haciz yolu ile açılmış takiplerde, İİK'nun 244. maddesinin atfı sebebiyle iflas yolu ile takiplerde keza HUMK'nun 571. mad-

s. 164 - “Yargıtay kararının karar numarası Sn. Talih UYAR'ın *Rehlin Paraya Çevril- mesi* adlı eserinin 512. sayfasında “K. 5235 “ olarak belirtilmiştir.”); Y. İİD 14.03.1991 T. E. 2002 K. 2775, Y. İİD 07.06.1962 T. E. 4416 K. 6652 (Gürdoğan, Burhan, a. g. e., s. 76 dn. 297)

<sup>13</sup> Y. 12. HD 29.06.1987 T. E. 4628 K. 8050 “... İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ya- pılan takiplerde İİK'nun 135. maddesinin uygulanmasına engel bir kanun hük- mü yoktur. Aksine İİK'nun 150/g maddesinde satılması istenen rehlin hakkında 112'den 137. maddeye kadar olan hükümlerin kıyas yolu ile uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.” (Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku*, C. II, s. 1346); Y. 12. HD 21.03.1991 T. E. 1990/10806 K. 3648 (s. 507), Y. 12. HD 26.02.1991 T. E. 1990/8927 K. 2372 (s. 508), Y. 12. HD 20.06.1991 T. E. 5864 K. 8203 (s. 508), Y. 12. HD 28.02.1991 T. E. 1762 K. 2536 (s. 508); Y. 12. HD 30.11.1990 T. E. 5295 K. 12364 (s. 509), Y. 12. HD 01.03.1988 T. E. 1987/4696 K. 2421 (s. 509), Y. 12. HD 25.04.1989 T. E. 1988/8444 K. 6229 (s. 525) - Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Rehlin Paraya Çevrilmesi.*, Y. 12. HD 19.12.1989 T. E. 6586 K. 15694 (Uyar, Talih, *Yetki-Görev ve Yargılama Usulü*, s. 541)

<sup>14</sup> Y. 12. HD 06.07.1987 T. E. 11292 K. 8334 (YKD, 1987/11, s. 1671)

desinin yollaması gereği sulh mahkemesinin verdiği ortaklığın giderilmesi davalara ait ilamlar bakımından da uygulanacağından gerek kazai içtihatlar gerekse öğreti açısından tam bir görüş birliği vardır.

İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla açılmış ve kesinleşmiş takipte ise, İİK'nun 135/2 maddesinin uygulanamayacağı, zira bu madde de (haciz) sözcüğünün yer aldığı, ipotekten bahsedilmediği, üçüncü kişi iyi niyetli sayılacağından tahliye edilemeyeceği yolundaki II. Dairesi'nin 27.01.1959 tarihli içtihadı da dairemizin çoktan beri terk ettiği bir görüş olarak hatırlanacaktır. Buna misal olmak üzere, dairemizin 01.03.1984 tarih, esas 12792, karar 2321 sayılı içtihadı gösterilebilir.

“Gerçekten diğer takip biçimlerinde başvurulmuş bir yolun (İİK'nun 135/2) ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan ihaleler açısından kapalı tutmak hukuk mantığına, yasanın ruhuna, ihalenin teslimle tamamlanacağına ilkesine ters düşer kaldı ki bu tarz yorum kanunun lafzına da uygun değildir. Zira tıpkı iflasta, ortaklığın giderilmesinde olduğu üzere, ipoteğin paraya çevrilmesi usulünde (kıyasen uygulanacak hükümleri) gösteren İİK'nun 150/g maddesinde, İİK'nun 135. maddesinin uygulanacağına dair açık hüküm mevcuttur. Bu maddenin İİK'nun 135/2. maddenin sadece bir bölümünü kastedtiği şeklindeki görüşü haklı gösterecek bir madde metni veya sebep yoktur.”

Anılan maddenin hacizden bahsetmesi zaten kıyasen uygulanması gereken bu madde hükmünün bertaraf edilmesini gerektirmez.

İİK'nun 86. maddesi ile borçlunun hacizli mal üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmaktadır. Borcun teminatını teşkil eden merhunun üzerinde tasarrufu kısıtlayıcı yasal bir engel bulunmamaktadır. Fakat bu gerçek dahi “ipotekli gayrimenkulün satış tarihinden önce yapıldığı, İİK'nun 135/2. maddesine uygun biçimde resmi bir belge ile tevsik edilmiş kira varlığını ortaya koyamayan ve işgalin haklılığını ispat edemeyen kişinin ihale edilen yerden çıkarılmasını engelleyemez.” Bu tarzda varılan sonucun yasa metnine ve amacına, ihalenin gayesine ve selametine daha uygun düşeceği kuşkusuzdur...” şeklinde görüş bildirmiştir.

Ancak ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipte haciz safhası bulunmadığı için, ipotek takiplerinde resmi belge niteliğinde olup kiracılık sıfatını ispatlamaya yarayan kira sözleşmesi ve sair belgelerin hangi tarihten itibaren geçerli olacağı konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre rehnin paraya çevrilmesi yolu ile



takiplerde taşınmazda oturan üçüncü şahısların kiracılık sıfatını ispat için ibraz edeceği belgenin tarihinin *ipotek tesis tarihinden önceki* bir tarih olması gerektiği<sup>15</sup>; diğer bir görüşe göre ise ibraz edilecek belgenin ipoteğin paraya çevrilmesi ilişkin *satış talebi tarihinden önce* olması gerektiği<sup>16</sup> ifade edilmektedir. Yargıtay da yukarıda tam metnini verdiğimiz kararında ise taşınmazın *satış tarihinden önceki* bir tarih olarak farklı bir tarih belirlemiş ve öğretide de bir kısım yazar tarafından bu görüşe destek verilmiştir.<sup>17</sup> Kanımızca bu konuda; ipoteğin tesis tarihi esas alınmalı ve bu tarihten sonra yapılmış kira sözleşmeleri m. 135/2 hükmü gereğince tahliyeyi engelleyememelidir. Yargıtay'ın ipotek tesis tarihini esas alan kararları da mevcuttur. Örneğin;

"... İpotek akit tablosu 09.04.1997 tarihinde resmi memur huzurunda düzenlenmiştir. İpotek borçlusu İsmail daha sonra taşınmazı 31.03.1998 tarihinde ipotekle yükümlü olarak Mehmet'e satmıştır. İpoteğin paraya çevrilmesinden sonra hakkında İİK'nun 135. maddesinin uygulanması istenilen şikâyetçi Necla'nın yeni malikten taşınmazı kiraladığına ilişkin resmi belge ise 09.06.1998 tarihidir. "İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takiplerde, kiracı olduğunu iddia eden kişinin ipoteğin tesis edildiği tarihten önce o yeri resmi bir belge ile kanıtlamış akde dayalı olarak işgal ettiğini ispat etmesi gerekir." Somut olayda dayanak sözleşme, ipoteğin tesis tarihinden sonraya ait bulunmakla şikâyetin reddi yerine kabulü isabetsizdir."<sup>18</sup>

"... Takip dayanağı ipotek, 29.06.1998 tarihinde tesis edilmiş olup, şikâyetçinin ibraz etmiş olduğu kira sözleşmesinin noterden tasdiki 25.10.1999'dur. Sözü edilen "kira sözleşmesinin İİK 135. maddesine göre geçerli olabilmesi için ipotek tesis tarihinden önce yapılması gerekir." Mercüce şikâyetin reddine karar vermek gerekirken takip tarihi esas alınarak yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir."<sup>19</sup>

Ortaklığın giderilmesi yoluyla yapılacak satışlarda ise yine öğretide farklı görüşler olmakla birlikte, kanımızca kiracılık sıfatını tevsik eden resmi belgenin tarihinin dava açım tarihinden önce olması gere-

<sup>15</sup> Akyazan, Sıtkı, *Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi*, s. 67.

<sup>16</sup> Gürdoğan, Burhan, a. g. e., s. 77, Aslan, Elif K., a. g. e., s. 139.

<sup>17</sup> Kuru, Baki, a. g. e., C. II, s. 1375.

<sup>18</sup> Y. 12. HD 30.03.2000 T. E. 3773 K. 4870 (YKD, 2001/1, s. 55).

<sup>19</sup> Y. 12. HD 04.02.2002 T. E. 1340 K. 2119 (Karslı/Koç/Kavasoglu, *İcra ve İflâs Kanunu*, s. 195).

kecektir.<sup>20</sup> Yargıtay'ın da dava açım tarihini esas alan kararları mevcuttur. Örneğin;

“...İİK'nun 135. maddesi 2. fıkrasına göre taşınmaz 'izaleyi şüyu davasının açıldığı tarihten önce' hissedarlar tarafından yapıldığı resmi bir belge ile belgelenmiş bir akde dayanmayarak başkaları tarafından işgal edilmekte ise borçlunun tahliye edileceği öngörülmüş bulunmasına göre ibraz edilen kira akdi bu madde de sayılan nitelikte bir belge olmayıp adi nitelikte yapılmış olduğundan şikâyetin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulünde isabet görülmemiştir.”<sup>21</sup>

“... Sürenin geçirilmesi sebebiyle şikâyetin reddine karar verilmesi gerekirken başvurunun esas yönünden incelenmesi isabetsiz olduğu gibi, kabule göre de kiracı olduğunu iddia eden kişinin 'ortaklığın giderilmesi davasının açılmasından önce' o yeri resmi bir belge ile kanıtlanmış akde dayalı olarak işgal ettiğini ispat etmesi gerekir.”<sup>22</sup>

“... İkametgâh senedi taşınmazın adres olarak gösterildiği terhis çizelgesi

<sup>20</sup> Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, s. 721, Karşı Görüş: Kuru, Baki, a. g. e., C. II, s. 1372, “İİK m. 135, II'deki <hacizden evvelki deyim>, bu halde <satıştan evvelki> şeklinde uygulanır.”, Aslan, Elif K., a. g. e., s. 138 dn. 568: “Kanımızca ortaklığın giderilmesi için açılan dava sonucu verilecek kararın kesinleştiği tarihin esas alınması daha uygun olacaktır. Zira her ne kadar davanın açılmasından sonra taşınmazın satılması tehlikesiyle karşı karşıya kalan ve satışı istemeyen ortaklar taşınmazı hemen kiraya vererek taşınmaza çıkacak istekli sayısını azaltmak isteyebilirler ve bu nedenle davanın açılma tarihi esas alınmalı gibi düşünülebilse de; davaların çoğu zaman çok uzun sürebildiği gerçeği karşısında bu süreçte hele ki iyi kira geliri getiren yerlerin boş tutulması satış isteyen ortak dahil hiçbir ortağın işine gelmeyecektir. Bizce burada ortaklığın giderilmesi için açılacak davanın tarihi takibin başlama tarihi ile davanın sonucu verilen kararın kesinleşmesi ise haciz tarihi yerine kıyaslanmalıdır.”, Akyazan, Sıtkı, a. g. e., s. 68, “... şüyuun giderilmesi ilamına müsteniden takipler sonunda gayrimenkullerin tahliyesinde de 3. şahsın ibraz edeceği vesikanın şüyuun giderilmesine dair olan ilam tarihinden evvelki bir tarihi ihtiva etmesi lazım geleceğini düşünmekteyiz.”, Gökçe, Ziya, *Ortaklığın Giderilmesi Davası Sonucu İhale Olunan Taşınmazın Alıcıya Teslimi*, s. 10-11, “... Açıklanan nedenlerle; izale-i şuyu kararının kesinleşmesi öncesindeki tarihler, koruma dozunun kaçırılmasına neden olabileceği istidadi göstermektedir. Diğer taraftan İİK'nun 135. maddesinin uygulamaya sokulabilmesi için HUMK'nun 571. maddesi ile gönderme yapılan malların satışı işleminin başlatılması gerekir. Söz konusu hüküm açıktır. İİK'nun hükümleri malların müzayedesini hakkında tatbik edilecektir. O halde, izale-i şuyu ilamının takibe konulmadığı bir dönem içinde böyle bir tarih aramaya kalkmak, doğru olmaz. Satışın istendiği, takibin başlatıldığı tarih esas alınmalıdır.”

<sup>21</sup> Y. 12. HD 17.11.1994 T. E. 14262 K. 14454 (Karslı/Koç/Kavasoglu; a. g. e., s. 197)

<sup>22</sup> Y. 12. HD 16.06.1998 T. E. 6801 K. 7282 (Karslı/Koç/Kavasoglu; a. g. e., s. 197)

ve Er izin belgesi ve anılan belge kira akdinin varlığını gösterir resmi belge sayılamaz. '26.04.1998 izale-i şüyu dava tarihinden öncesinden beri kiracı sıfatı ile oturulduğu' resmi bir belge ile kanıtlanmış değildir. Taşınmazı Talat ve arkadaşlarından satın alanlar halef olarak katılıp tahliye isteminde bulduklarına göre, 'dava tarihinden önce yapılmış kira akdinin varlığını kanıtlayan resmi bir belge olmadan' dar yetkili merci sıfatı ile uyuşmazlığı çözümleyen Sulh Hukuk Mahkemesinde, eski malike meşruhatlı davetiye çıkarılmak ve bir tür dava prosedürü uygulanmak suretiyle şikâyetin kabulü isabetsizdir."<sup>23</sup>

"... İİK 135. maddesine göre < gayrimenkul, borçlu tarafından veya 'davadan önceki tarihte yapıldığı' resmi bir belge ile belgelenmiş bir akte dayanmayarak başkaları tarafından işgal edilmekte ise ...> tahliye emri tebliğ edilir. Şikâyetçiler, yasanın aradığı biçimde kira aktini tevsih edemediklerine göre istemlerinin reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi isabetsizdir."<sup>24</sup>

"... Uyuşmazlığın yasal dayanağını oluşturan İİK 135/2 maddesi gereğince, 'ortaklığın giderilmesi yolu ile satılan taşınmazın, ortaklığın giderilmesi davasının tarihinden önce' resmi bir belge ile belgelenmiş bir akte dayanarak işgal edilmekte olup olmadığı yöntemince araştırılmadan yazılı şekilde itirazın kabulü ve tahliye emrinin iptali isabetsizdir."<sup>25</sup>

"... Müşteki R. Uzun'un dayandığı kira mukavelesi adi niteliktedir. Diğer dayanılan belgelerde izaleyi şüyu davası tarihinden sonraki tarihlerde düzenlenmiştir. Müşteki 'taşınmazı davadan evvelki tarihlerde kiralamış olduğunu resmi bir belge ile kanıtlamış değildir'. Mahkemece bu yön ve İİK'nun 135/2. maddesi açık hükmü gözetilerek istemin reddi gerekirken kabulü isabetsizdir."<sup>26</sup>

İflâs yolu ile takiplerde de kanımızca, takibin açıldığı tarihten önceki resmi nitelikteki belgeye dayalı kira sözleşmeleri geçerli olacaktır. Eğer takibe öncelikle haciz yolu ile başlanılmış ancak bilahare bu yoldan vazgeçilerek takibe iflas yolu ile devam edilmek istenir ise (İİK m. 43) ve iflâsa tabi borçlu adına kayıtlı taşınmaz haciz yolu ile takip sırasında haczedilmiş ise bu durumda esas alınacak tarih haciz tarihi olacaktır.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Y. 12. HD 20.09.1993 T. E. 8097 K. 13636 (Pehlivanlı, M. Gündüz, a. g. e., s. 1028)

<sup>24</sup> Y. 12. HD 15.12.1992 T. E. 8804 K. 16285 (Pehlivanlı, M. Gündüz, a. g. e., s. 1028)

<sup>25</sup> Y. 12. HD 09.09.1992 T. E. 2844 K. 9904 (Pehlivanlı, M. Gündüz, a. g. e., s. 1029)

<sup>26</sup> Y. 12. HD 10.07.1992 T. E. 1894 K. 9576 (Pehlivanlı, M. Gündüz, a. g. e., s. 1029)

<sup>27</sup> Aslan, Elif K., a. g. e., s. 139, "İflâs yoluyla takipte iflas idaresi tarafından satılmış olan gayrimenkul üzerinde iflas kararından önce konmuş haciz varsa, İcra ve İf-

İhale alıcısı ya da (müşterek alıcılar)<sup>28</sup> gibi ihale konusu taşınmaz teslim ve tahliye işlemi yapılmadan devralan yeni alıcılar da birinci ihale alıcısının haklarına halef olarak icra dairesinden m. 135 gereğince tahliye talebinde bulunabileceklerdir.<sup>29</sup> Aynı şekilde ihale alıcısının ölümü halinde onun mirasçıları da birlikte hareket ederek tahliye talebinde bulunabileceklerdir.<sup>30</sup> Ancak şunu da belirtmek gerekir ki kanımızca m. 135 gereğince taşınmazda bulunan üçüncü kişiye tebliğ edilecek tahliye talebi için alıcının bir talebi olması zorunlu değildir. İcra dairesi re'sen bir talep ile bağlı olmaksızın üçüncü kişiye tahliye emri gönderebilir. Zira icra müdürü sattığı taşınmazı ihale alıcısına teslim ile mükelleftir.<sup>31</sup> Her ne kadar öğretide<sup>32</sup> icra müdürünün re'sen tahliye

las Kanunu'nun 135. maddesinin 2. fıkrası hükmünün uygulanmasında, iflas tarihi değil, haciz tarihi esas alınmalıdır. Çünkü her ne kadar, iflastan önce haczedilmiş mallar iflas masasına girer (m. 168/1) ve buna ilişkin icra takipleri iflas kararının kesinleşmesi ile düşer (m. 193/II) ise de, bunun anlamı, gayrimenkul üzerindeki hacizlerin hiç konulmamış sayılması demek değildir. Haczin hüküm ve etkileri, iflas hukuku ile bağdaştığı ölçüde, iflas masasının lehine olarak mevcut kalmakta devam eder. Ayrıca bu sayede hacizden sonra ve iflastan az önce yapılmış kira sözleşmeleri iflas masasına karşı ileri sürülemez ve böylece iflas masasının çıkarları korunmuş olduğu gibi satışa olan ilgi de artar."

<sup>28</sup> Y. İİD 24.05.1963 T. E. 4727 K. 6108 - "Bir apartmanı yarı yarıya icradan satın alan alıcılar apartman dairelerini aralarında taksim ettikten sonra, her biri 135. maddeye göre işgal edenler hakkında tahliye isteyebilirler." (Çatalkaya/Bandakçioğlu, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, s. 436), (Eranıl, Mehmet Akif, *İcra ve İflâs Kanunu*, s. 112)

<sup>29</sup> Kuru, Baki, a. g. e., s. 1345, Akyazan, Sıtkı, a. g. e., s. 67, Üstündağ, Saim, a. g. e., s. 278, Uyar, Talih, *İhale İle Satılan Taşınmazların Tahliyesi*, s. 673, Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, s. 719, Aslan, Elif K., a. g. e., s. 141, Gökçe, Ziya, a. g. m., s. 6, Y. İİD 15.10.1962 T. E. 9697 K. 10487 - "Şikâyetçinin, cebri satışı müteakip gayrimenkulü müşteriden satın aldığı ve bu suretle onun haklarına halef olduğu göz önünde tutulmaksızın, İİK'nun 135. maddesi hükmü münhasıran müşteri lehine uygulanacağından bahisle itiraz (şikâyet) kabul olunarak icranın durdurulması usule aykırıdır." (Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku*, C. II, s. 1345), Y. İİD 11.02.1954 T. E. 614 K. 685 - "Yapılan ihale ile gayrimenkulün mülkiyetini iktisap eden müşterinin 135. madde uyarınca tahliye talebinde bulunmaksızın gayrimenkulün alacaklı namına tapuda ferağ ve taksiri yapıldıktan sonra bütün hukuk ve vecaibi ile bunu devralan alacaklının müşteriye halef olması sebebiyle tahliye talebinde bulunmasına kanuni bir mani görülmemesine binaen şikâyetin reddine dair olan karar kanuna uygundur." (Nedimoğlu, Kevni, *İcra ve İflâs Kanunu*, s. 188), (Tuncay/Demirhan, *İcra ve İflâs Kanunu*, s. 128), Y. 12. HD 29.06.1987 T. E. 4628 K. 8050 (Kuru, Baki, a. g. e., C. II, s. 1345-1346)

<sup>30</sup> Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, s. 719, Gökçe, Ziya, a. g. m., s. 6

<sup>31</sup> Postacıoğlu, İlhan E., *İcra Hukuku Esasları*, s. 519, Kuru, Baki, a. g. e., C. II, s. 1345, dn. 401.

<sup>32</sup> Gökçe, Ziya, a. g. m., s. 6, "Satış memuru, icra dairesi gibi genelde istek üzerine işlem yapar. Yasa hükmü (İİK m. 135/2) de memurun re'sen harekete geçmesine elverişli bir düzenleme getirmemiştir. Tahliyenin gerçekleşmesi, tebligat, taşınmaz

konusunda harekete geçemeyeceği ve buna gerekçe olarak da özellikle tebligat ve tahliye giderleri yatırılmadan bir işlemin yapılamayacağı bu nedenle icra müdürünün re'sen tahliye emri çıkartamayacağı ve netice olarak böyle bir görüşün haklı ve hukuki dayanağı bulunmadığı ileri sürülse de kanımızca icra müdürü ihale bedelini ihale alıcısından tahsil ederken tahliye konusunda yapılacak tebligat ve sair tahliye masraflarını da avans olarak talep ve tahsil edebileceğinden kanımızca icra müdürünün re'sen tahliye işlemlerine başlayamayacağı yönündeki görüşlere katılmak mümkün değildir.

İhale alıcısının taşınmazda oturan üçüncü şahsın m. 135 gereğince tahliyesini sağlamak amacıyla ayrı bir takip yapmasına ve harç ödemesine gerek yoktur. Taşınmaz satışının gerçekleştiği dosyadan tahliye işleminin gerçekleştirilmesini sağlayabilir.<sup>33</sup>

İhaleye konu taşınmazda oturan üçüncü kişinin tahliyesinin sağlanmasında yetkili olan icra dairesi de asıl icra takibinin yapıldığı icra dairesi olup satış istinabe yolu ile yapılmış olsa dahi m. 135 gereğince tahliye için yetkili icra dairesi, istinabe olunan icra dairesi değil istinabe eden icra dairesidir. Dolayısıyla tahliye emrinin üçüncü şahsa tebliğ işleminin, asıl takibin yapıldığı yerdeki yani istinabe eden icra dairesi tarafından gerçekleştirilmesi gerekecektir.<sup>34</sup> Eğer istinabe eden

---

başına gitme ve boşaltma gibi bazı işlemlerin yapılmasına ve bunlara ait giderlerin ödenmesine bağlıdır. İhale sırasında veya daha sonra buna dair avans yatırılmazsa, memur hiçbir işleme girişemez. Re'sen tahliye emri çıkartılabileceği konusundaki görüşün haklı, hukuki dayanakları bulunmamaktadır."

<sup>33</sup> Kuru, Baki, a. g. e., C. II, s. 1346, Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, s. 719, Y. 12. HD 23.05.1977 T. E. 4847 K. 5114 "Satış dosyasında İİK'nun 135. maddesine göre muamele yapılması gerekir, Ayrıca takip yapılmaz. Bu durumda müstakilen yapılan takibin iptali gerekirken itirazın reddolunması isabetsizdir.", HİGM 22.11.1965 T. 22606 s. Mütalâa: "İİK'nun 135. maddesi gereğince icra yoluyla satılan gayrimenkul, borçlu tarafından veya hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı tevsik edilmiş bir akde müstenit olmayarak başkaları tarafından işgal edilmekte ise, yapılacak olan şartlı ve gayrimenkulün fiilen de alacaklıya intikalini sağlamak yolunda kanunen verilmiş görevin ifasına matuf bulunan işlem, gayriemenkulün alıcıya ihale edilip bedeli alındıktan sonra namına tescili için 134. maddedeki müddete riayet edilerek tapuya müzekkere yazılması şeklindeki ilk muamelenin ayrılmaz bir cüz'ü ve devamı olduğundan ikinci işlem (tahliye işlemi) için ayrıca başvurma ve peşin harç alınmayacağı", HİGM 25.09.1967 T. 20850 s. Mütalâa: "İcraen satılan gayrimenkulün tahliyesi, İİK'nun 135. maddesine göre satış işleminin son safhasını teşkil eden bir işlem olması itibariyle, bu işlem için ayrıca bir dosya açılmasına lüzum bulunmadığı gibi, harç alınmasına da mahal olmadığı..." (Kuru, Baki, a. g. e., C. II, s. 1346)

<sup>34</sup> Y. 12. HD 30.06.1986 T. E. 1985/13574 K. 1986/7638 "... İİK'nun 79, 360. maddeleri hükümleri karşısında, istinabe olunan yer icra dairesi ve onun bağlı bulunduğu

icra dairesinin çıkaracağı tahliye emrinin borçlu ya da taşınmazı işgal eden üçüncü kişiye tebliği ve on beş günlük sürenin geçmesine rağmen taşınmazın tahliye edilmemesi üzerine, tahliye işlemi ise, istinabe eden icra dairesinin yeniden taşınmazın bulunduğu yerdeki yani satışı gerçekleştiren istinabe olunan icra dairesine yeniden yazacağı “*taşınmazın tahliye edilmesine ilişkin*” talimatı gereğince, taşınmazın tahliyesi istinabe olunan icra dairesi tarafından gerçekleştirilecektir.

İcra dairesi marifetiyle alacaklıya veya alıcıya teslim edilen bir taşınmaza haklı bir sebep olmaksızın tekrar giren borçlu ya da üçüncü şahıs, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 290. maddesi gereğince cezalandırılır (İİK m. 342).

İcra dairesinin borçlu ya da taşınmazı işgal eden üçüncü kişiye göndereceği tahliye emrinin muhteviyatı konusunda ne kanunda ne de Yönetmelik de bir hüküm mevcut değildir. Söz konusu tahliye emri için basılı matbu bir örnek de yoktur. Bu nedenle icra müdürü m. 135/2 doğrultusunda borçlu ya da taşınmazda oturmakta olan üçüncü kişiye göndereceği tahliye emrinde taşınmazın eski maliki, tapu kaydı ve bulunduğu adres belirtilerek, söz konusu taşınmazın icra dairesi tarafından gerçekleştirilen ihale neticesi (ihale tarihi belirtilmek suretiyle) ihale alıcısına (şahsa adı da belirtilmek suretiyle) satışının yapıldığı, satışın kesinleşmekle ihale alıcısı adına tescilin yapıldığı, taşınmaz haciz yolu ile satılmış ise haciz tarihi, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile satılmış ise ipoteğin tesis tarihi de belirtilmek suretiyle, belirtilen tarihlerden önce taşınmaz maliki ile aralarında yapılmış ve resmi bir belgeye dayanmayan kira sözleşmesi yok ise tahliye emrinin tebliği tarihinden itibaren (15) gün içerisinde taşınmazı boşaltması, verilen süre içerisinde boşaltılmaz ise bu durumda taşınmazdan zorla çıkarılacağı, haciz ya da ipoteğin tesis tarihinden önce düzenlenmiş resmi bir bel-

---

tekkik merciinin hangi hususlarda görevli olduğu belirtilmiştir. Bunun dışındaki ihtilafları çözümlemek talimat veren yer merciine aittir. İİK’nun 135. maddesine göre, tahliye emri istinabe olunan dairece çıkarılamaz. Bu görev istinabe eden yer mercii tarafından kullanılır. Tahliye emrinin muhatabı bu konudaki itirazını istinabe eden icra dairesinin bağlı bulunduğu merciye bildirilmelidir. Aksi halde geçersiz sayılır...” (YKD, 1987/2, s. 260); Y. 12. HD 05.02.2002 T. E. 1140 K. 2317 “... Merci Hâkimliğinin gerekçesinde de yasaya uygun olarak vurgulandığı üzere, satış istinabe yolu ile yapılmış olsa bile 3.kişinin taşınmazdan çıkarılması ve İİK’nun 135. maddesindeki tescil ve tahliye işlemleri için yetkili icra dairesi istinabe oluna icra dairesi değil, asıl takibin yapıldığı yer icra dairesidir.” (Karlı/Koç/Kavasoglu, a. g. e., s. 196), Y. 12. HD 07.12.1982 T. E. 8832 K. 9178 (Kuru, Baki, a. g. e., C. II, s. 1347)

geye dayalı kira sözleşmesi var ise tahliye emrine karşı icra mahkemesine yedi gün içerisinde şikâyetle bulunabileceği, şikâyetle bulunmaz ve icra mahkemesinden tahliyenin durdurulmasına ilişkin bir karar getirilmez ise İİK m. 135/2 maddesi gereğince taşınmazdan zor kullanmak suretiyle çıkarılacağı ve buna ilişkin olarak her türlü tahliye masrafının da kendisinden tahsil edileceği ihtarı açıkça yazılmalıdır.

İİK m. 135 gereğince tahliye işleminin gerçekleştirilebilmesi için yukarıda da belirttiğimiz üzere yönetmelikte yer almış ve muhteviyatı belirtilmiş bir örnek çeşidi de bulunmadığından icra müdürü re'sen hükmün amacına uygun olarak belirttiğimiz hususları içeren bir tahliye emri düzenleyecek ve üçüncü şahsa tebliğ edecektir. Tahliye emri için (14) Örnek<sup>35</sup> tahliye emri diğer bir deyişle “Yazılı Sözleşme İle Kiralanan Taşınmazın Kira Süresinin Bitmesi Durumunda” çıkarılacak tahliye emri (m. 272, Yön. m. 36) ile yine aynı şekilde ( 2 ) Örnek<sup>36</sup> “Taşınmaz Tahliye Veya Teslimine İlişkin İcra Emri” (m. 26, Yön. m. 23) kullanılmaz.<sup>37</sup>

Üçüncü kişi tarafından işgal edilmekte olan taşınmazın, haciz tarihinden önceki bir tarihte yapılmış resmi bir belge ile kiralandığı ispat edilmedikçe tahliyesi engellenemez. Bu durumda ihale alıcısı, Borçlar Kanunu'nun 254/2. maddesine göre<sup>38</sup> ya da 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un m. 7/d hükmüne göre tahliye edebilecektir.<sup>39</sup> Taşınmazda bulunan üçüncü şahıslar resmi belge ile kiracılık sıfatını tevsik etseler de eğer resmi belgelere dayanmakla beraber kira akdi ilişkisinin, borçlunun alacaklılarına zarar vermek kaydı ile muvazaalı bir şekilde yapıldığı, gerçek amacın taşınmazı üçüncü şahıslara kiralamak olmadığı ispat edilebilirse İİK m. 280 hükmüne göre borçlunun bu tasarrufunun iptali de söz konusu olabilecektir.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Eski uygulamada kullanılan “56 Örnek”e karşılık gelmektedir.

<sup>36</sup> Eski uygulamada kullanılan “54 Örnek”e karşılık gelmektedir.

<sup>37</sup> Y. 12. HD 18.10.1983 T. E. 1993/11239 K. 15693 - “İİK 135. maddesi gereğince icra müdürünün 15 gün içinde tahliye etmesi için borçluya ve işgal edene tahliye emri tebliğ etmesi gerekir. Şikâyet konusu olayda 54 Örnek icra emri tebliğ edilmiş 7 gün içinde tahliye ve teslimi istenmiştir. 54 Örnek icra emrinin çıkartılmasının İİK 135. maddesine aykırı olduğu gözetilerek şikâyetin kabulü gerekirken reddedilmiş olması isabetsizdir.” (Pehlivanlı, M. Gündüz, a. g. e., s. 1027), Y. 12. HD 09.02.2001 T. E. 1262 K. 2311 (Eriş, Gönen, *İcra ve İflas Kanunu*, s. 709)

<sup>38</sup> Erman, Hasan, a. g. m., s. 370, Kuru, Baki, a. g. e., C. II, s. 1362, Belgesay, Mustafa Reşit, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, s. 304., Aslan, Elif K., a. g. e., s. 147

<sup>39</sup> Kuru, Baki, a. g. e., C. II, s. 1362, Aslan, Elif K., a. g. e., s. 147

<sup>40</sup> Belgesay, Mustafa Reşit, a. g. e., s. 304-305.

Kanunda öngörülen resmi bir belge ile belgelenmesi şartı 2004 sayılı yasanın 135. maddesinin 2. fıkrasında değişiklik yapan 3222 sayılı yasanın 17. maddesi ile getirilmiştir. 3222 sayılı yasa değişikliğinden önce madde metni “Gayrimenkul borçlu tarafından veya hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı tevsik edilmiş bir akte müstenit olmayarak ...” şeklinde ifade edilmekteydi. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki anılan yasa değişikliğinden önce yani resmi bir belge şartı ile ispatlanması durumunun getirilmesinden önce de gerek öğretide<sup>41</sup> gerekse Yargıtay kararlarında<sup>42</sup> sözleşmenin hacizden önceki bir tarihte yapılmış olduğunun HUMK m. 299 muvacehesinde üçüncü kişiler bakımından kesinleşmiş bir belge ile ispatlanması gerektiği kabul edilmekteydi. Yargıtay’ın anılan değişiklikten sonraki verdiği kararları da bu yönde istikrar kazanmıştır;

“... İİK’nun 135. maddesinin 2. fıkrasına göre, şikâyetçinin kiracılık sıfatını resmi bir belge ile belgelendirilmiş bir akde dayandığını ve bu akde dayanarak mecuru işgal etmekte olduğunu ispatlayamadığı, ‘adi sözleşmenin

<sup>41</sup> Postacioğlu, İlhan E., İcra Hukuku Esasları, s. 518 “...Kanun ayrıca akdin hacizden önceki bir tarihte olması keyfiyetinin resmi senetle tevsikini istemektedir ki, bu HUMK m. 299 manasında üçüncü sayılması icap ettiğini tespit ettiğimize göre burada İİK m. 135’in hususi bir faraziye için sevk ettiği hüküm buna mütenazır ve hemâhenk düşmektedir.”, Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 387 “... Bu sözleşmenin hacizden önceki bir tarihte yapılmış olduğu, HUMK m. 299’a göre tarihi üçüncü kişiler bakımından kesinleşmiş bir belge (senet) ile (mesela noterden tasdikli bir kira sözleşmesiyle) ispat edilmelidir.”, Berkin, Necmeddin M., *İcra Hukuku Dersleri*, s. 144; Karşı Görüş: Erman, Hasan, a. g. m., s. 372 vd.

<sup>42</sup> Y. İİD 23.03.1962 T. E. 2772 K. 3472 - “İcra İflâs Kanunu’nun 135. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği gibi, cebri icra ile satılan gayrimenkul, borçlu tarafından veya hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı tevsik edilmiş bir akde müstenit olmayarak başkaları tarafından işgal edilmekte ise, zorla boşaltılıp alacaklıya teslim olunur. Kira mukavelenamesi notere tasdik ettirilmediği takdirde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 299. maddesi mucibince ve tanzim tarihi bakımından üçüncü şahıslar hakkında hüküm ifade etmez. Bu gibi hallerde icra ile satılan gayrimenkulde bulunan üçüncü şahıs zorla çıkarılır ve gayrimenkul satın alana teslim olunur. Adi mukaveledeki tanzim tarihi, üçüncü şahıs durumunda bulunan alacaklı için hüküm ifade etmez.” (Çatalkaya/Bandakçıoğlu, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, s. 436), Y. İİD 28.02.1958 T. E. 1356 K. 1261- “İhale ile mülkiyet hakkını iktisap eden müşterinin 135. maddeye müsteniden tahliye ve teslimini istediği gayrimenkulü işgal etmekte bulunan üçüncü şahıs evvelki malikle kira akdi yaptığını resmi bir sözleşme ile ispat edememiş olmasına göre mezkûr gayrimenkulün alıcıya teslimine karar verilmesi icap eder.” (Yelekçi / Yelekçi / Özenç, *İcra ve İflâs Kanunu*, s. 125; Açar / Erciyeş, *İcra ve İflâs Kanunu*, s. 61), Y. İİD 04.11.1968 T. E. 9177 K. 9904 (RKD, 1969/II, s. 11-12)



kiracılık sıfatını belgelendiren resmi bir belge niteliğinde bulunmadığı nazara alınmadan..."<sup>43</sup>

"... 'İkametgâh senedi taşınmazın adres olarak gösterildiği terhis çizelgesi ve Er izin belgesi ve anılan belge kira akdinin varlığını gösterir resmi belge sayılamaz'. 26.04.1998 izale-i şüyu dava tarihinden öncesinden beri kiracı sıfatı ile oturulduğu resmi bir belge ile kanıtlanmış değildir. Taşınmazı Talat ve arkadaşlarından satın alanlar halef olarak katılıp tahliye isteminde bulduklarına göre, dava tarihinden önce yapılmış kira akdinin varlığını kanıtlayan resmi bir belge olmadan dar yetkili merci sıfatı ile uyuşmazlığı çözümlleyen Sulh Hukuk Mahkemesinde, eski malike meşruhatlı davetiye çıkarılmak ve bir tür dava prosedürü uygulanmak suretiyle şikâyetin kabulü isabetsizdir."<sup>44</sup>

"... İİK 135. maddesine göre < gayrimenkul, borçlu tarafından veya davadan önceki tarihte yapıldığı 'resmi bir belge ile belgelenmiş bir akte dayanmayarak' başkaları tarafından işgal edilmekte ise ...> tahliye emri tebliğ edilir. Şikâyetçiler, yasanın aradığı biçimde kira aktini tevsih edemediklerine göre istemlerinin reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi isabetsizdir."<sup>45</sup>

"... Uyuşmazlığın yasal dayanağını oluşturan İİK 135/2 maddesi gereğince, ortaklığın giderilmesi yolu ile satılan taşınmazın, ortaklığın giderilmesi dava tarihinden önce 'resmi bir belge ile belgelenmiş bir akte dayanarak işgal edilmekte olup olmadığı' yönteminde araştırılmadan yazılı şekilde itirazın kabulü ve tahliye emrinin iptali isabetsizdir."<sup>46</sup>

"... Müşteki R. Uzun'un dayandığı kira mukavelesi adi niteliktedir. Diğer dayanılan belgelerde izaleyi şüyu davası tarihinden sonraki tarihlerde düzenlenmiştir. Müşteki 'taşınmazı davadan evvelki tarihlerde kiralamış olduğunu resmi bir belge ile kanıtlamış değildir'. Mahkemece bu yön ve İİK'nun 135/2. maddesi açık hükmü gözetilerek istemin reddi gerekirken kabulü isabetsizdir."<sup>47</sup>

"... Kiracı olduğunu iddia eden kişinin ortaklığın giderilmesi davasının açılmasından önce o yeri resmi bir belge ile kanıtlanmış akde dayalı olarak işgal ettiğini ispat etmesi gerekir. İddiaya dayanak yapılan sözleşme adi nite-

<sup>43</sup> Y. 12. HD 09.11.1987 T. E. 15691 K. 11395 (Uyar, Talih, İcra Hukukunda Şikâyet, s. 336)

<sup>44</sup> Y. 12. HD 20.09.1993 T. E. 8097 K. 13636 (Pehlivanlı, M. Gündüz, a. g. e., s. 1028)

<sup>45</sup> Y. 12. HD 15.12.1992 T. E. 8804 K. 16285 (Pehlivanlı, M. Gündüz, a. g. e., s. 1028)

<sup>46</sup> Y. 12. HD 09.09.1992 T. E. 2844 K. 9904 (Pehlivanlı, M. Gündüz, a. g. e., s. 1029)

<sup>47</sup> Y. 12. HD 10.07.1992 T. E. 1894 K. 9576 (Pehlivanlı, M. Gündüz, a. g. e., s. 1029)

likte olduğu gibi Vergi Dairesi'nden alınan belgeler de ilgisinin başvurusu üzerine düzenlenip verilen nitelikte olduğundan İİK'nun 135. maddesinde sayılanlardan değildir."<sup>48</sup>

Tapuya şerh verilmiş kira sözleşmeleri ile noterden yapılmış kira sözleşmesi, ya da üçüncü kişinin herhangi bir şekilde kiracı sıfatının varlığı bir mahkeme ilamı ile tevsik edilmiş ise bu durumda kanımızca kanunun aradığı anlamda bir resmi belge şartı gerçekleşmiş olacaktır.<sup>49</sup> Yani bu durumda taşınmazda oturan üçüncü kişi, haciz tarihinden önce yapılmış ve tapuya şerh verilmiş ya da noterden yapılmış kira sözleşmesini<sup>50</sup> ibraz ederse taşınmazdan tahliye edilemeyecektir. Yine aynı şekilde üçüncü kişi, haciz tarihinden önce taşınmazda kiracı olarak oturduğunun daha önce bir mahkeme kararı<sup>51</sup> ile tevsik edildi-

<sup>48</sup> Y. 12. HD 16.06.1998 T. E. 6801 K. 7282 (Karşlı/Koç/Kavasoglu, a. g. e., s. 197)

<sup>49</sup> Aslan, Elif Kısmet, a. g. e., s. 140

<sup>50</sup> Y. 12. HD 07.06.1994 T. E. 6763 K. 7539 - "... Şikâyetçilerden Kamil, izale-i şuyu davasından önce 01.03.1964 tarihli noterlikçe düzenlenen kira sözleşmesine dayandığından ve şikâyetçi Kadir'in ve Hadî'nin ise kendilerine tebliğ edilen banka yazısında kiracılıkları kabul edildiğinden İİK'nun 135.maddesi gereğince mecurdan tahliyeleri mümkün olmadığından..." (YKD, 1994/9, s. 1458); Y. 12. HD 05.10.1983 T. E. 5336 K. 7016 - " Kiracılık sıfatının İİK'nun 135. maddesinde gösterilen şekilde tevsik edildiği, yeni malikin eski malikin hak ve borçlarına halef olduğu, ayrıca kira akdinin tapuya dahi işlendiği, tevsikin mevcut olduğu düşünülmeden itirazın reddi isabetsiz..." (Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, s. 745), Y. 12. HD 22.03.1982 T. E. 2131 K. 2191 - "Müşteki tarafından ibraz olunan kira kontratosuna göre, kontrato 04.05.1973 tarihinde noterlikçe işleme tabi tutulmuştur. Bu duruma göre, kontratonun tevsik edilmiş bir belge olarak kabulü gerekeceğinden..." (Uyar, Talih, *Tahliye*, s. 750)

<sup>51</sup> Erman, Hasan, a. g. m., s. 367, "Bu gibi hallere örnek olarak hacizden önce eski malik ile kiracı arasında bir kira tesbit davasının mevcudiyeti, ya da eski malik tarafından kiracı aleyhine açılan bir tahliye davasının sonuçsuz kalmış olması veya kira alacağına ilişkin olarak eski malik tarafından kiracı aleyhine icra takibine girilmiş olması, yahut kiracı tarafından kiracılık sıfatının tespiti veya kira parasının indirilmesi davası açılmış olması gösterilebilir."; Y. 12. HD 09.11.1982 T. E. 7739 K. 8193 - "... İİK'nun 135. madde hükmüne göre gayrimenkul borçlu tarafından yahut hacizden evvel bir tarihte yapıldığı tevsik edilmiş bir akte dayanmaksızın başkaları tarafından işgal edilmekte ise ve tahliye emrine rağmen kendiliğinden çıkmazsa gayrimenkul zorla alıcıya teslim olunur. Şikâyetçiler 1973 tarihinden itibaren bu yerde kiracı olduklarını ve 01.03.1975 başlangıç tarihli olup 24.02.1975 tarihinde noterlikçe resen düzenlenmiş sözleşme ile bu yerde kiracı olduklarını ayrıca İsmail'in Zeytinburnu Sulh Hukuk Mahkemesi'ne 15.11.1975 tarihinde açtığı davada kiracılık sıfatını kabul ettiğini öne sürmüşlerdir. Kiracılık sıfatının mevcudiyetinin tapu kaydına işaret edilmesi ve ancak bu şekilde tevsik edileceğine dair merci kararındaki gerekçede isabet yoktur. Mercice satış dosyası celp edilip İİK'nun 135/2 maddesi dairesince inceleme yapılarak gerekirse sulh hukuk mahkemesi dosyası dahi incelenerek hacizden evvelki tarihte şikâyetçilerin satışı yapılan yerde kiracı olup

ğini ispat ederse bu durumda kiracı hakkında m. 135/2 hükmü uygulanamayacaktır. Eğer artırma şartnamesi ve artırma ilanında üçüncü şahsın kiracı olarak oturduğu belirtilmiş ise bu durumda da m. 135 gereğince ihale alıcısı tahliye talebinde bulunamayacaktır.<sup>52</sup> Aynı şekilde; noterden çekilmiş ihtarnameler (kira artırım, temerrüt, tahliye vb. gerekçeler ile çekilmiş ve üçüncü şahsın kiracılık sıfatını kabul eden ihtarnameler), ya da resmi kurumlar tarafından o adreste kiracı olarak oturduğuna ilişkin yazılan yazılar ya da tutanaklar, taşınmazda bulunan kişiye karşı açılmış kira tespit ve tahliye davaları ile sair davalarda üçüncü şahsın kiracılık sıfatını tanıyan ve bunu tespit eden; kiracılık sıfatının kabulüne ilişkin beyanlar, dosyada bu yönde yer alan belgeler, üçüncü şahsın kiracılık sıfatını ispata elverişli belge ve kayıtlar olarak nitelendirilebilir.

*“Satış tarihinden önce müşteki aleyhine açılmış tahliye davaları ile müştekiye kiralayan tarafından noter aracılığı ile çekilmiş ihtarname, müştekinin satıştan önce kira sözleşmesine dayanarak taşınmazda bulunduğunu gösterdiği, sözü edilen işlemlerin tevsik edici nitelikte bulunmaları, diğer paydaşların taraf olmasının sonucu etkilemeyeceği düşünülmeden şikâyetin reddi yasaya aykırı olduğundan ...”*<sup>53</sup>

*“Dosya içinde mevcut 1982 ve 1983 tarihli noter marifetiyle eski malik müflis Y. G. ve ortakları tarafından, şikâyetçi Işın Ticaret adına gönderilen ihtarnamelere göre, şikâyetçinin hacizden evvelki tarihte düzenlenmiş bir kira*

olmadıkları tespit edilip sonucu dairesinde bir karar verilmesi gerekirken noksan inceleme ve yasaya uygun düşmeyen gerekçeyle yazılı biçimde karar verilmesi isabetsizdir...” (YKD, 1983/6, s. 868); Y. 12. HD 20.05.1985 T. E. 1984/14811 K. 4847 - “06.12.1977 tarihli ilam ile davacının tahliyesi istenilen yerde kiracı olduğunun tespit edilmiş bulunmasına, bu ilamın yeni malike karşı dermeyanınun İİK 135. maddesine uygun belge niteliğinde sayılması gerekmesine...” (Uyar, Talih, *Tahliye*, s. 737), Y. 12. HD.30.11.1983 T. E. 8156 K. 9702, Y. 12. HD 30.11.1983 E. 8157 K. 9703 (Uyar, Talih, *Tahliye*, s. 745), Y. 12. HD 01.12.1981 T. E. 7635 K. 9115 (Uyar, Talih, *Tahliye*, s. 751)

<sup>52</sup> Kuru, Baki, a. g. e., s. 1361; Aslan, Elif K., a. g. e., s. 141; Y. 12. HD 27.09.1984 T. E. 11211 K. 9694 - “Açık artırma ilanının eki bulunan 12.10.1982 günlü şartnamede dahi, müşteki idarece taşınmazın alt katının Tekel İdaresince depo olarak kullanıldığının yazılı bulunduğu, alacaklının taşınmazı alırken Tekel İdaresinin bu yeri işgal ettiğini bildiği düşünülmeden, ‘akdin tevsik edilmediğinden’ bahisle şikâyetin reddolunması isabetsiz...” (Uyar, Talih, *Tahliye*, s. 741), Y. 12. HD 04.02.1981 T. E. 8545 K. 975 - “İİK 135. maddesine göre satışı yapılan yerde oturmakta olan kişinin dayandığı kira sözleşmesinin noterlikçe tasdiki zorunlu olmayıp, tevsik edilmiş olmasının yeterli bulunmasına, satış ilanında müştekinin kiracı olduğunun gösterilmesine...” (Uyar, Talih, *Tahliye*, s. 753)

<sup>53</sup> Y. 12. HD 21.04.1986 T. E. 1985/10593 K. 4636 (Uyar, Talih, *Tahliye*, s. 728)

akdine dayanarak tahliyesi istenen yerde kiracı olarak bulunduğu düşünülmeksizin..."<sup>54</sup>

"Satış ortaklığın giderilmesine ilamına dayalı olarak yapılmış olup, 4.4.1984 tarihinde ortaklığın giderilmesine karar verilmiş olmasına, bu tarihten ve ihale tarihi olan 13.07.1984 tarihinden evvel hissedar ve ihalede taşınmazı satın alan davalı S. K.'nin 02.01.1984 tarihinde, davacı Y. Ö. aleyhine sulh mahkemesinde taahhüde dayalı tahliye davası açtığı ve halen devam etmekte bulunduğu anlaşılmasına, şu suretle ortaklığın giderilmesine karar verilmesi tarihinden önce davacı Yılmaz'ın tahliyesi istenilen yerde kiracı olduğunun tevsik edilmiş bulunmasına..."<sup>55</sup>

"Sular İdaresi Abonman mukavelesi mücerret maddedeki belgelerden değil ise de bu mukavele muterizin ibraz ettiği 01.06.1973 tarihli kira akdine atıf yapıldığı, eski mal sahiplerinin muvafakatnamesinin mevcut olduğu ve Belediye Şube Müdürlüğünün 02.10.1973 tarih ve 1664 sayılı belgesine müsteniden yapıldığı yazılı olduğu cihetle haricen yapılan akit böylece tevsik edilmiştir. Kaldı ki yeni malik Hasan vekili müştekiye çektiği ihtarnamede dahi müştekinin kiracılık sıfatını kabul etmiş ihtiyaç sebebi ile tahliyesini istemiştir. Bu durumda 135. maddeye göre tahliye istenemeyeceği düşünülmeyen şikâyetin red olması isabetsizdir."<sup>56</sup>

"Ortaklığın giderilmesi suretiyle satıştan çok evvel taşınmazda kiracı olduğu, tereke hâkimliğinin kiralari istemesinden, mahkemeye kira tespit davası açmasından bellidir. 135.maddedeki tevsik hususunun kanıtlandığı düşünülmeyen..."<sup>57</sup>

"İİK'nun 135. maddesine göre taşınmazın tevsik edilmiş bir akte dayanılarak işgal edilmesi halinde, o kişinin tahliyesi yoluna gidilemeyeceğine, toplanan delillere ve özellikle PTT makbuzlarına göre kira akdinin tevsik edilmiş sayılmasının gerekmesine..."<sup>58</sup>

"Kira sözleşmesi bir resmi işleme esas ittihaz kılınmış ise tevsik edilmiş sayılır. Bu duruma göre, müşteki tarafından ibraz edilen Emniyet Amirliği, Vergi Dairesi, Zeytinburnu Kaymakamlığı yazısı gibi belgeler incelenerek, bu belgelerde yazılı yer ile tahliyesi istenen yer aynı yer olduğu takdirde şikâyetin

<sup>54</sup> Y. 12. HD 27.02.1986 T. E. 914 K. 2272 (Uyar, Talih, Tahliye, s. 729)

<sup>55</sup> Y. 12. HD 02.12.1985 T. E. 1984/11317 K. 1518 (Uyar, Talih, Tahliye, s. 736)

<sup>56</sup> Y. 12. HD 17.09.1979 T. E. 6547 K. 6880 (Uyar, Talih, Tahliye, s. 739)

<sup>57</sup> Y. 12. HD 11.10.1983 T. E. 5908 K. 7389 (Uyar, Talih, Tahliye, s. 750)

<sup>58</sup> Y. 12. HD 10.12.1981 T. E. 7907 K. 9532 (Uyar, Talih, Tahliye, s. 751)

*kabulüne karar verilmek gerekirken, kira sözleşmesinin noterce düzenlenmediğinden bahisle reddi isabetsiz, temyiz itirazları yerinde olduğundan ...”<sup>59</sup>*

*“Satın alınan yerden tahliyesi istenen A. T. 26.06.1978 tarihli dilekçe ile Sulh Hukuk Mahkemesi’ne müracaatla kiralayan R. K.’nun vefat ettiğini, üçüncü şahısların kendisinden kira parası talebinde bulduklarını, bu şahısların mirasçı olup olmadığını bilemediğini ileri sürerek <tevdi mahalli> tayini talebinde bulunmuş ve talebi İstanbul 6. Sulh Hukuk Mahkemesi’nce kabul edilerek 27.06.1978 tarih, 251–227 sayılı kararla tevdi mahalli tayin olunmuştur. Müşteki bu karar gereğince kira bedellerinin tevdi mahalli olarak tayin edilen İstanbul Tarlabası İş Bankası Şubesi’ne yatırmış ve makbuzlarını da ibraz etmiştir. Şu duruma göre müştekinin dayandığı kira sözleşmesi tevsik edilmiş bir sözleşme olduğundan, müştekinin talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken...”<sup>60</sup>*

*“Kiralanan yer 26.10.1977 tarihinde vefat eden S. K. adına kayıtlı olup, sağlığında kocası A. K. ile müşteki m. Ç. arasında 01.02.1977 tarihinde kira sözleşmesi yapılmıştır. S. K.’nin vefatı üzerine İzmir 4. Sulh Hukuk Hâkimliği’nin 1978/186 esas sayılı dosyası ile terekesi tespit olunmuş, kira mukavelesi bu dosyaya ibraz edilerek Tereke Hâkimliği’nce m. Ç.’in kiracılık durumu kabul edilerek kira bedellerinin T. Emlâk Kredi Bankası İzmir Şube Müdürlüğü’ne yatırılmasına karar verilerek keyfiyet 03.04.1978 tarihli müzekkere ile bankaya bildirilmiş ve kira paraları m. Ç. tarafından Tereke Hâkimliği kararına istinaden bankaya yatırılmıştır. Şu duruma göre muterin izaleyi şüyu davasından daha önce kiracı olduğu tevsik edilmiş bir akde dayanmakta olduğundan, İİK’nun 135. maddesine istinaden tahliyesi mümkün olmamakla şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi isabetsiz...”<sup>61</sup>*

*“...Tereke dosyasında tereke idare memuru Avukat Muhlis tarafından 26.01.1981 gününde tanzim edilip mahkemeye sunulan tereke raporunda, davacının kiracı olduğu ve kira paralarının tahsil edildiği belirtilmiştir. Noterden çekilen ihtarnameler ve tereke dosyasındaki tereke idare memurunun tanzim ettiği rapor davacının kiracı olduğunu resmen tevsik etmektedir.”<sup>62</sup>*

*“... Kira sözleşmesi, her ne kadar ipotek aktinin yapılmasından sonra tapuya şerh verilmiş ise de, alacaklı ve ihale alıcısı İİK’nun 150/b maddesine göre icra müdürlüğünden kiralaların kendisine ödenmesi için taşınmazda oturana*

<sup>59</sup> Y. 12. HD 12.11.1981 T. E. 7124 K. 8308 (Uyar, Talih, Tahliye, s. 751)

<sup>60</sup> Y. 12. HD 12.03.1981 T. E. 991 K. 2448 (Uyar, Talih, Tahliye, s. 753)

<sup>61</sup> Y. 12. HD 09.06.1980 T. E. 3509 K. 4948 (Uyar, Talih, Tahliye, s. 754)

<sup>62</sup> Y. 12. HD 24.09.1991 T. E. 7282 K. 7923 (Pehlivanlı, a. g. e., s. 1030)

*muhtıra çıkarttırmış ve bu muhtıra gereğince kiraları da bir yıldan fazla bir süredir tahsil etmiş olmasına göre, müşterinin, kiracısı sıfatıyla gayrimenkuldeki tasarruf ve intifaina muvafakat etmekle, artık alıcı mecurun tahliyesi hususunda, İİK'nın 135. maddesi hükmünden faydalanamaz.”<sup>63</sup>*

Yargıtay, kiracının kiralık sıfatını ispat için ibraz ettiği veya beyan ettiği; vergi kayıtları, sigorta belgesi ve elektrik makbuzunun, açılma ruhsatı, vergi karnesi ve su depozitosu makbuzunun, ticari defter kayıtlarının, telefon abonman sözleşmelerinin, İİK m. 135/2’de öngörülen resmi belge niteliğine haiz olmadığını kabul etmektedir. Buna ilişkin kararlar olarak;

*“Müşterinin tevşik edilmiş bu akte müstenit olarak taşınmazı işgal ettiğini belgelendirememesine, elektrik ve su makbuzlarının maddede yazılan belgelerden bulunmamasına binaen...”<sup>64</sup>*

*“... İİK'nun 135. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre, üçüncü kişi gayrimenkulün haczinden önceki bir tarihte yapıldığı usulen tevşik edilmiş bir akde dayanarak o yerde bulunuyor ise, tahliye emri çıkarılması mümkün değildir. Ancak, kiracılık sıfatı adi nitelikte olmayan veya diğer tarafça kabul edilmiş bir sözleşme ile ispatlanmalıdır. Gayrimenkulde öteden beri oturulması ve kiracılık halinin küşat ruhsatı, vergi karnesi, elektrik makbuzu, su depozitosu ve benzeri belgelerle tevşike gayret edilmesi İİK'nun 135. maddesi açısından yeterli değildir, kiracılık sıfatının kabulüne elverişli sayılamaz. Olayda kiracının kiracısı olduğunu öne süren şikâyetçi üçüncü kişilerin hukuku bakımından lehlerinde etkisi olmayan adi nitelikteki kira sözleşmesine ve küşat ruhsatına dayanıldığına göre, bu belgelerin İİK'nun 135/2 maddesi hükmü uyarınca hacizden evvel (ki olayda satıştan evvel) kiracılık sıfatını isbata medar olamayacağı düşünülerek şikâyetin reddine karar verilmesi gerektiği...”<sup>65</sup>*

*“İİK'nun 135 .maddesine göre, hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı tevşik edilmiş bir aktin varlığı şart kılınmıştır. Adi nitelikteki bir sözleşme Usulün 299. madde hükmü gereği, üçüncü kişiler hakkında etkili olamaz ve geçerli sayılamaz. Kiracılık sıfatı bu durumda vergi karnesi, açılış ruhsatı, elektrik - havagazi depozitosu gibi belgelerle dahi ispat edilemez. O halde resmi şekilde düzenlenmiş bir kira akti mevcut değil ise ve karşı taraf kiracılık sıfatını kabul*

<sup>63</sup> Y. 12. HD 17.04.2003 T. E. 4637 K. 8642 (Eriş, Gönen, İcra ve İflas Kanunu, s. 709)

<sup>64</sup> Y. 12. HD 05.03.1985 T. E. 1984/12231 K. 1993 (Uyar, Talih, Tahliye, s. 738), Aynı doğrultuda: Y. 12. HD 28.06.2004 T. E. 13468 K. 16987 (Eriş, Gönen, a. g. e., s. 710)

<sup>65</sup> Y. 12. HD 15.09.1983 T. E. 6987 K. 6504 (YKD, 1983/12, s. 1778), Aynı konuda, Y. 12. HD 28.06.2004 T. E. 13468 K. 16987 (Eriş, Gönen, İcra ve İflas Kanunu, s. 710)

etmemiş ise, başka bir husus araştırılmadan tahliye kararı verilmesi zorunlu hale gelir.”<sup>66</sup>

“... Olayda kira sözleşmesi resmi şekilde düzenlenmiş veya onaylanmış değildir. Vergi kaydı, sigorta belgesi, elektrik makbuzu İİK'nun 135. maddesinin belirttiği anlamda boşaltmayı önleyecek ve kira akdinin kabulüne yeterli belgelerden sayılamaz.”<sup>67</sup>

“... Madde de tevsikten bahsedilmiş olmasına muterizin bu şartları havi bir akde dayanmamasına 13.04.1975 tarih ve 8 sayılı Birleştirme kararına rağmen telefon abonman mukavelesinin isbata medar sayılarak itirazın kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.”<sup>68</sup>

Ancak öğretilerde üçüncü kişi kiracının öteden beri taşınmazda bulunduğunu belgeleyen vergi kayıtları, ticari defter kayıtları, telefon abonman sözleşmeleri, elektrik ve su makbuzlarının resmi belge sayılması gerektiği de ifade edilmiştir.<sup>69</sup>

Taşınmazda bulunan üçüncü kişi, hacizden ya da ortaklığın giderilmesi davasından önce taşınmazda bulunduğunu ancak m. 135/2 hükmü gereğince resmi belge ile kanıtlayabileceğinden, üçüncü kişi bu konudaki iddiasını da gerek İcra Mahkemesinde gerekse Sulh Hukuk Mahkemesinde tanık dinleterek kanıtlayamayacaktır.<sup>70</sup>

İhale edilen taşınmaz intifa hakkı ile yükümlü olarak satılmış ise bu durumda yine icra dairesince intifa hakkı sahibine m. 135/2 gereğince tahliye emri çıkarılamayacaktır. Eğer tahliye emri tebliğ edilmiş ise intifa hakkı sahibinin, icra müdürünün bu konudaki işlemine karşı şikâyeti de süreye tabi olmayacaktır.<sup>71</sup>

<sup>66</sup> Y. 12. HD 25.06.1984 T. E. 5742 K. 8054; Aynı doğrultuda: Y. 12. HD 14.01.1985 T. E. 1984/10729 K. 43, Y. 12. HD 05.06.1984 T. E. 5048 K. 7184, Y. 12. HD 15.09.1983 T. E. 6987 K. 6504 (Uyar, Talih, Tahliye, s. 738-740)

<sup>67</sup> Y. 12. HD 02.12.1982 T. E. 8856 K. 9025 (Uyar, Talih, Tahliye, s. 738)

<sup>68</sup> Y. 12. HD 07.07.1977 T. E. 6667 K. 6913 (Uyar, Talih, Tahliye, s. 757)

<sup>69</sup> Uyar, Talih, İhale İle Satılan Taşınmazların Tahliyesi, s. 671 - İcra Hukukunda Tahliye, s. 714

<sup>70</sup> Uyar, Talih, a. g. m., s. 672; Erman, Hasan, a. g. m., s. 367; Y. 12. HD 04.03.1976 T. E. 1959 K. 2263 (Uyar, a. g. m., s. 678)

<sup>71</sup> Y. 12. HD.09.10.1979 T. E. 6407 K. 6366 “Taşınmaz intifa hakkı ile yükümlü olarak satışa çıkarılmış olmasına göre, satış memurunun, intifa hakkı sahibine, taşınmazı tahliye etmesi için 135. maddeye göre muamele yapmaması, yeni malikin bu husustaki isteğini reddetmesi gerekirdi. Satış memurluğunun bu muamelesini şikâyet, İİK'nun 16. maddesinin 2. fıkrasına göre, süreye bağlı değildir. (Uyar, Talih, İcra Hukukunda Şikâyet, s. 590)

İhale alıcısı taşınmazda bulunan üçüncü kişinin kiracılık sıfatını kabul eden davranış ve işlemlerde bulunmuş ise artık m. 135 gereğince üçüncü şahsın tahliyesi gerçekleştirilemez.<sup>72</sup>

İhale alıcısı kişinin, ihaleye konu taşınmazda bulunan üçüncü kişiye ayrı bir ihtarname çekerek, söz konusu taşınmazı icra satışından aldığı bahisle, bundan böyle kiralardan kendisine ödenmesini talep etmesi durumunda, taşınmazda oturan üçüncü kişinin kiracılık sıfatı kabul edilmiş ve tanınmış olacağından, ihale alıcısı bilahare icra dairesinden m. 135/2 hükmüne dayanarak, taşınmazda oturan üçüncü kişinin tahliyesini talep edemez.<sup>73</sup> Aynı şekilde kira parasının yeni malik tarafından tahsil edilmesi de yazılı sözleşme olmasa dahi kiracılık sıfatının tanındığı anlamına gelmekte olup m. 135'in uygulanma imkânı ortadan kalkmaktadır.<sup>74</sup> Yeni malik tarafından üçüncü kişiye kira artırımını

<sup>72</sup> Kuru / Arslan / Yılmaz, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, s. 371.

<sup>73</sup> Erman, Hasan, a. g. m., s. 366: "...Eğer yeni malik (alıcı), kiracının kiracılık sıfatını tanımışsa, örneğin kira parasının kendisine ödenmesini veya taşınmaza ihtiyacı bulunduğunu belirterek ihtiyaç nedeniyle tahliyesini kiracıya gönderdiği ihtarname ile talep etmişse, artık İİK. 135/2'deki haktan yararlanamaz. Çünkü bu durumlarda alıcı artık kiracının kiracılık sıfatını kabul etmiştir.", s. 366, dn. 7: "Alıcı yeniden inşa ve imar nedeniyle taşınmazın tahliyesini göndererek talep etmişse, bu durumda da kiracının kiracılık sıfatını kabul etmiş sayılmak gerekir."; Y. İİD 03.10.1969 T. E. 9437 K. 8966 "...Gayrimenkul kendisine ihale olunan müşteri ihtarname ile şağil kiracıya gayrimenkulü satın aldığını bildirerek ihtarnamenin tebliği tarihinden itibaren kira paralarının kendisine ödenmesini istemiştir. Şağilin kiracı sıfatıyla gayrimenkuldeki tasarruf ve istifadesine muvafakat eden alıcı mecurun tahliyesi hususunda İİK'nun 135. maddesi hükmünden faydalanamaz." (Özkan, Hasan, a. g. e., s. 791); Y. 12. HD 15.05.1980 T. E. 2741 K. 4334 - "Gayrimenkulden tahliye emri 28.11.1979 tarihini taşımaktadır. 13.12.1979 günlü ve noterlik kanalıyla alıcılar tarafından keşide edilmiş ihtarnamede <gayrimenkulün iş ve ikamet ihtiyacı nedeniyle satın alındığı bu durumun kiracı muhataba ihtar edildiği, kira aktı devam ettiği sürece kiralardan ismi belirtilen vekile ödenmesi talep edildiği> anlaşılmaktadır. Her ne kadar kira sözleşmesi noterden tasdikli değilse de anılan ihtarname ile satıştan önce muterizin kiracılık sıfatının kabul ve hatta akdin devamına müsaade edildiği ortaya çıkmaktadır." (Uyar, Talih, *Tahliye*, s. 755); Y. 12. HD 06.03.1989 T. E. 1988/7582 K. 1989/3121 "İhale 11.04.1983 tarihinde yapılmış, bu tarihten sonra mecuru satın alan banka keşide ettiği 04.12.1983 tarihli ihtarnamesinde müşterinin kiracılık sıfatı kabul edilmiş ve 1983 olan ihale tarihinden sonra kiralardan alındığı belirtilip 01.01.1987 olan kira hitamında aylık kiranın 100.000 lira olarak ödenmesi istenmiştir. İhale tarihinden beş sene sonra 10.03.1988 tarihinde İİK'nun 244. maddesi yoluyla uygulanması gerekli 135. maddesine göre tahliye emri gönderilmesi yukarıda açıklanan nedenlerle yerinde bulunmadığından..." (Yasa HD, 1989/4, s. 569)

<sup>74</sup> Y. 12. HD 21.06.1984 T. E. 5580 K. 7955 - "Davalı yeni malikin şikâyetçiden 400.000-TL kira parası aldığı ve şu suretle taraflar arasında kira sözleşmesinin oluştuğu, Y. Ö.'un 18.07.1983 tarihli oturumdaki imzalı beyanından anlaşılması karşısında, tah-



yönünde ihtarname gönderilmesi ve dava açılması üçüncü şahsın kiracılık sıfatının tanınması anlamına geleceğinden artık ihale alıcısının m. 135'e dayalı olarak tahliye talebinde bulunması mümkün olamayacaktır.<sup>75</sup> Yargıtay kararlarında ihale alıcısı tarafından çekilen ihtarda tahliye talebinde bulunmakla beraber, taşınmazda oturan üçüncü kişiye kiracı sıfatı verilmesinin de kiracılık sıfatının tanınması anlamına geleceğinden, ihale alıcısının m. 135 hükmünden yararlanamayacağını belirtmiştir. Mezkûr kararlarda şu ifadelere yer verilmiştir;

*"Kira sözleşmesinin yazılı olması zorunlu değildir. Taraflar arasında sözlü akde dayanılarak da, kira ilişkisi kurulmuş olabilir. İhale alıcısı S. Marketçilik AŞ'nin 05.04.2004 tarihinde mecurda oturan müştekiye noterden çekilen ihtarnamelerde, yer verilen 'Tedaş Giresun Müessese Müdürlüğü olarak kiracı sıfatıyla kullanmaktasınız' ve 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun ilgili hükümleri' 7/d 'gereğince kiracı olarak oturmakta olduğunuz söz konusu taşınmaz...' biçimindeki ifadelerden de anlaşılacağı üzere, müştekinin kiracılık sıfatı açıkça kabul edilmiş olduğundan, alacaklının İİK'nın 135. maddesinden yararlanma olanağı yoktur."*<sup>76</sup>

*"T. A. gayrimenkulü cebri ihale yolu ile 28.04.1977 tarihinde satın aldıktan sonra şikâyetçiye gönderdiği 24.05.1977 tarihli ihtarname ile bu gayrimenkulü satın aldığını ve kanuni süresi zarfında tahliye edilmesini, bu süre zarfındaki kiranın kendisine ödenmesini bildirmiştir. Bu durumda evvelki malik ile yapılmış kira sözleşmesinin geçerli olup olmadığının tartışılmasına mahal bulunmamaktadır. Zira yeni malik, evvelki kira aktinin varlığına dayanarak bu aktin süresi sonunda tahliyeyi sağlayacağını ve kira bedellerinin*

liyenin artık İİK'nun 135. maddesine göre mümkün olmadığı ve anlaşmazlığın 6570 sayılı kanun uyarınca çözümlenmesi gerektiği nazara alınmadan ret kararı verilmesi isabetsizdir." (Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, s. 742), Y. İİD 03.10.1969 T. E. 9347 K. 8966 - "Gayrimenkul kendisine ihale olunan müşteki Mustafa 10.08.1967 günlü ihtarname ile şağil kiracıya gayrimenkulü satın aldığını bildirerek, ihtarnamenin tebliği tarihinden itibaren kira paralarının kendisine ödenmesini istemiştir. Şağilin kiracı sıfatıyla gayrimenkuldeki tasarruf ve istifadesine muvafakat eden alıcı, mecurun tahliyesi hususunda İİK'nun 135. maddesi hükmünden faydalanamaz." (Uyar, Talih, *İhale*, s. 755)

<sup>75</sup> Y. 12. HD 22.01.1985 T. E. 1984/11280 K. .376 - "Taşınmaz ihaleden satın alan M. B. İ. nin 23.01.1984 tarihinde İstanbul 7. Noterliği vasıtası ile çektiği ihtarnameden tahliyesini istediği V. E. nin eski malikin kiracısı olduğunu kabul ettiği, mecra ihtiyacı olduğundan ve bu sebeple satın aldığından, tahliye edilmesini istediği, şu suretle kiracılık sıfatını kabul edip 135.maddedeki tevsikten de ileri kabulün mevcudiyeti nedeni ile itirazın kabulüne karar verilmek gerekirken ..." (Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, s. 739)

<sup>76</sup> Y. 12. HD 14.02.2005 T. E. 25773 K. 2605 (Eriş, Gönen, *İcra ve İflas Kanunu*, s. 711)

kendisine ödenmesini bildirmek sureti ile kira akdinin varlığını kabul etmiş durumdadır. Bu cihet gözetilmeksizin evvelki kira aktinin geçersiz olduğundan bahisle itirazın reddi isabetsizdir.<sup>77</sup>

Ortaklığın giderilmesi (izale-i şüyu) ilamına dayanılarak satışı gerçekleştirilen taşınmazın hissedarlarından bir veya birkaçı resmi bir belge niteliğindeki kira sözleşmesine dayanarak taşınmazı işgal etmeleri halinde ise bu belgenin tarihine bakılmaksızın, bu kişiler m. 135/2 hükmü gereğince tahliye edilemeyecek bu konuda Borçlar Kanunu hükümlerine dayanılarak ayrı bir dava açılması gerekecektir. Bu konuda daha sonraki Yargıtay kararlarına da dayanak teşkil eden 1955/5 esas 1955/8 karar sayılı ve 13.04.1955 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararını<sup>78</sup> aşağıya aynen almakta fayda görüyorum;

*“Gayrimenkule ait izale-i şüyu ilamı infaza konularak ihale muamelesi icra ve satış bedeli tediye olunup alıcısı namına tapuya tescil edildikten sonra mezkûr gayrimenkulün müşterisine teslimi icap edeceği tabiidir. Ancak gayrimenkulün hissedarlardan birisi veya birkaçı tarafından tevsih edilmiş bir icar akdine müsteniden işgal edildiği görüldüğü takdirde dahi tahliyesi lazım gelip gelmeyeceği hususunda İcra ve İflas Dairesi'nin takarrür etmiş içtihadı hilafına bu defa yeni bir içtihat tebellür etmiş olduğundan keyfiyetin tevhide içtihat yolu ile halli iktiza etmiş olmakla müzakere ve tetkikat icrasından sonra aşağıdaki karar verilmiştir.*

*İcra ve İflas Dairesi'nin evvelki kararlarına göre izale-i şüyu ilamına müsteniden satış yapıldıktan sonra gayrimenkulün hissedarlardan biri veya bir kaçı tarafından resmi kira akdine dayanılarak işgal edildiği takdirde İcra ve İflas Kanunu'nun 135. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca borçlu mevkiinde olan şağil hissedarın mezkûr gayrimenkulden çıkarılması lazım gelmekte idi. Çünkü izale-i şüyu ilamının infazını hissedarlardan herhangi birisi isterse icra tekniği bakımından diğer taraf borçlu mevkiinde bulunmaktadır. Sözü geçen fıkra ise gayrimenkülü işgal eden borçlunun kayıtsız ve şartsız tahliyesini emretmektedir. Ahiren İcra ve İflas Dairesi'nde gayrimenkülü işgal eden hissedar resmi bir mukavele ibraz ettiği takdirde 135. maddeye göre tahliye yapılmayarak alıcının umumi hükümler dairesinde mahkemeye müracaatı lazım geldiği şeklinde yeni bir ekseriyet tehassül etmiştir. Filhakika gayrimenkülü işgal eden hissedarın elinde diğer hissedarlarla akdetmiş olduğu resmi*

<sup>77</sup> Y. 12. HD 30.01.1979 T. E. 11046 K. 583 (Uyar, Talih, Tahliye, s. 755)

<sup>78</sup> YİBK 13.04.1955 T. E. 1955/5 K. 1955/8 (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, C. 4, s. 614 vd.)

bir mukavele mevcut ise bunu nazara almadan tahliye cihetine gidilebilir mi? Bu mukaveleyi imza eden diğer hissedar veya hissedarların gayrimenkuldeki hisseleri pek cüzi olabilir; Hatta gayrimenkulün tamamını değil yalnız kendi hisselerini icar etmiş bulunabilirler. Bu muamelede suiniyet iddiası da ileri sürülebilir. Yapılan akit Medeni Kanun'un 624. maddesine de uygun olmayabilir.

İzaha hacet yok ki vazifesi yalnız mevcut hakları sahibine vermekle, yani infaz işleriyle mükellef olan İcra Dairesi'nin veya satış memurunun; şağil hissedarın ibraz ettiği bu resmi vesikayı hükümsüz saymasına ve tahliye sırasında göz önünde tutmamasına yetkisi var mıdır. Ortada resmi surette yapılmış bir akit mevcuttur. Bu akdin sahih olup olmadığı, feshi lazım gelip gelmediği ve nihayet suiniyete müstenit bulunup bulunmadığı hususlarının tetkiki mahkemenin vazifesi cümlesindedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 571. maddesindeki atfa istinaden satış yapan memurun ve bu gibi işlerde tetkik mercii sıfatını haiz olan Sulh Hâkiminin merci sıfatıyla bu cihetleri tetkike salahiyeti bulunduğu aşikârdır. Bu ve buna benzer iddialar takip hukuku ile iştigal eden makamları ilgilendirmez. Çünkü bunlar, yapılan akdin hükümsüzlüğünü derpiş eden esasa müteallik ihtilaflardır.

Şu halde bahis mevzuu ilamların infazı sırasında gayrimenkulü işgal eden hissedar da olsa İcra ve İflas Kanunu'nun 135. maddesinin üçüncü şahıslar hakkındaki hükümler dairesinde ve hacizli gayrimenkullere kıyas suretiyle muamele yapmak icap etmektedir.

“Ancak izale-i şüyu ilamlarının infazında mezkûr 135. maddede zikrolunan haciz bahis mevzuu olamayacağından ibraz olunacak resmi vesika tarihinin evvel veya sonra olmasının hadiseye tesiri olmaması gerekmektedir.

Netice; İzale-i şüyu ilamına müsteniden alıcı üzerine ihalesi icra kılınan gayrimenkulü hissedarlardan bir veya bir kaçının tevsik edilmiş bir icar akdine dayanarak işgal ettikleri anlaşıldığı takdirde ibraz olunacak vesikanın tarihine bakılmaksızın İcra ve İflas Kanunu'nun 135. maddesinde zikri geçen üçüncü şahıslar hakkındaki hükmün tatbik edilmesi; yani alıcı icra vasıtasıyla bunları tahliye ettiremeyip Borçlar ve Milli Korunma Kanunları hükümleri dairesinde mahkemeye müracaat edilmesi lazım geleceğine” ve İcra ve İflas Dairesinin son içtihadının kanuna uygun bulunduğu ilk müzakerede mevcudun üçte iki ekseriyetle 13.04.1955 tarihinde karar verildi.”

Yargıtay sonraki kararlarında da yukarıda anılan içtihadı birleştirme kararı doğrultusunda görüş bildirmiştir.<sup>79</sup>

<sup>79</sup> Y. 12. HD 03.05.2001 T. E. 5958 K. 7601 “...Şikâyetçi İİK'nun 135. maddesine göre

Tahliye emrine karşı üçüncü kişinin şikâyet sebepleri ancak şahsi hak iddialarına dayalı olarak yapılabilecek ve geçerli olabilecektir. Üçüncü kişinin, o taşınmaz üzerindeki aynı hak iddialarına dayalı olarak tahliye emrine karşı şikâyet hakkı söz konusu olmayacaktır. Üçüncü kişinin aynı hak iddiasını m. 126/4 gereğince 15 günlük süre içerisinde müracaatla mükellefiyetler listesine yazdırması gerekli olduğundan, mükellefiyetler listesine kaydedtirilmemiş olan aynı hak iddiaları üçüncü kişiye karşı yani taşınmazın tahliyesini talep eden ihale alıcısına karşı ileri sürülemeyecektir.<sup>80</sup> Dolayısıyla mükellefiyetler listesinde yazılı olmayan bir aynı hakka dayalı olarak, taşınmazın tahliyesini isteyen icra dairesine itiraz ve beyanda bulunarak tahliye işleminin durdurulmasını talep eden ve taşınmazı işgal eden durumda bulunan üçüncü şahsın bu itiraz ve beyanlarının icra dairesi tarafından nazara alınmaması gerekmektedir. Verilen süre sonunda da taşınmazdan çıkmaması ve icra mahkemesinden bir durdurma kararı getirmediği müddetçe de tahliye işlemine devam edilerek üçüncü şahsın taşınmazdan tahliyesi zor kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi ve taşınmazın ihale alıcısına boş olarak teslim edilmesi gerekmektedir.

Öğretide, kiracıların hacizden önce yapılmış bir kira sözleşmesine dayanarak tahliyeyi önleyebilmeleri açısından kiracılık sıfatını artırmanın ilanı üzerine aynı hak sahiplerinin on beş gün içerisinde beyan zorunluluğunda olduğu gibi bunları ileri sürmeleri gerektiği, bu iddialarının da istihkak prosedürü içerisinde çözümlenmesi gerektiği de ileri sürülmüştür.<sup>81</sup> Mevcut yasal düzenleme içerisinde gerek m. 135

yapmış olduğu şikâyetine dayanak olarak ihale alıcısı Ziya'nın kendisiyle 01.05.1994 tarihinde yapmış olduğu adi kira sözleşmesini göstermiş olup, kiralayan sıfatında bulunan ihale alıcısı bu sözleşmeyi kabul etmiş, ancak hissedar çoğunluğunun olmaması nedeniyle şikâyetçinin bu belgeye dayanmasının yersiz olduğunu bildirmiştir. Ortaklığın giderilmesi ilamına dayanılarak alıcısı üzerine ihalesi yapılan taşınmazın hissedarlarından bir veya bir kaçının doğruladığı kira sözleşmesine dayanarak işgal edildiği anlaşıldığı takdirde, ibraz edilen bu belgenin tarihine bakılmaksızın İİK'nun 135. maddesinde bahsedilen 3. şahıslar hakkındaki hükmün tatbik edilmesi gerekir. Başka deyimle anılan durumun gerçekleşmesi halinde alıcı bu maddeye dayalı olarak icraen tahliye isteyemez. Ancak Borçlar Kanunu'nun hükümlerine göre mahkemedен tahliye talebinde bulunabilir..." (YKD, 2002/1, s. 70)

<sup>80</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, a. g. e., s. 371, Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 389, Berkin, Necmeddin M., a. g. e., s. 144 Postacıoğlu, İlhan E., *İcra Hukuku Esasları*, s. 518, Üstündağ, Saim *İcra Hukukunun Esasları*, s. 277, Muşul, Timuçin, *İcra Ve İflâs Hukuku*, s. 600, Aslan, Elif Kismet, a. g. e., s. 142, Pehlivanlı, M. Gündüz, a. g. e., s. 1023, Uyar, Talih, *İhale İle Satılan Taşınmazların Tahliyesi*, s. 674, Y. İİD 28.12.1964 T. E. 14743 K. 15379 (Uyar, a. g. m., s. 678)

<sup>81</sup> Berkin, Necmeddin M., a. g. e., s. 144 "... kira akdinin hacizden evvel yapıldığı id-

hükmünde ki bu madde de sadece üçüncü kişinin elinde resmi belge bulunmaması durumunda tahliye emri gönderilemeyeceği belirtilmiş olup ayrıca bu iddia ve belgelerini m. 126 da öngörülen süre içinde icra dairesine bildirmeleri gerektiği yönünde bir hüküm yer almadığı gibi gerek m. 126 hükmünde gerekse m. 128 hükmünde de bu yönde bir düzenleme yer almadığından bu görüşün sağlıklı bir hukuki temelini bulduğuşöylenemeyecektir. Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki, satışa çıkarılan bir taşınmaz da kiracı olarak üçüncü bir şahsın oturup oturmadığının, kiracı sıfatı ile oturduğunu iddia eden üçüncü şahsın bu iddiasını resmi bir belge ile ispatlayıp ispatlayamadığı hususunun başka bir deyişle taşınmazda bulunan üçüncü şahsın m. 135 kapsamında olup olmadığının ihale öncesi satışa iştirak edecek kişiler tarafından bilinmesi en doğal hakları olduğu gibi ayrıca da taşınmaz ile ilgili alıcıyı bağlayabilecek gerek aynı hakların gerekse şahsi hakların tümünün herkese açık bir şekilde duyurulması da icra dairesinin de görevi olmalıdır. İhaleye iştirak edecek kişiler taşınmazın tüm özelliklerini bilerek ihaleye iştirak edebilmelidirler. Bu açıdan yapılacak yasal bir düzenleme ile ihale alıcılarının şartnamede yazılı kendisini bağlayan aynı haklar gibi, tapuya şerh verilmemiş fakat kendisini bağlayacak kişisel haklar hakkında, ihale öncesi bilgi sahibi olmaları imkânı getirilmelidir.

Tahliye emrinin, taşınmazı işgal eden kişiye tebliğinden itibaren on beş günlük süre içerisinde taşınmazı boşaltmaması üzerine, verilen on beş günlük sürenin bitiminden itibaren üçüncü şahıs fuzuli işgal sebebiyle, ihale alıcısına ecrimisil ödemekle yükümlü olacaktır. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi verdiği bir kararında,<sup>82</sup>

diasını ise, ancak diğer aynı hak iddiaları meyanında şartnamenin ilanı üzerine 15 günlük müddet içinde bildirebilir ve alıcı tarafından kabul edilmedikçe sadece resmi senetle ispat edebilir; bu suretle, kiracının hacizden evvelki kira akdine dayanan iddiasının tahliye sırasında değil, daha evvel 15 günlük müddet içinde dermeyan edilmiş olarak istihkak prosedürü dahilinde halledilmiş olması gerekir.”

<sup>82</sup> Y. 3. HD 28.09.1999 T. E. 9762 K. 9915 “...Davalının dava konusu taşınmazlarda kiracı olduğu davacının bu taşınmazları 27.09.1993 günlü cebri icra yolu ile iktisap ettiği ve İcra ve İflas Kanunu’nun 135. maddesine göre göndermiş olduğu geçerli icra emrinin 08.07.1995 günü davalıya tebliğ edildiği hususları çekişme konusu değildir. İcra İflas Kanunu’nun 135. maddesi ile ‘gayrimenkul borçlu tarafından veya hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı resmi bir belge ile belgelenmiş bir akde dayanmayarak başkaları tarafından işgal edilmekte ise on beş gün içinde tahliyesi için borçluya veya işgal edene bir tahliye emri tebliğ edilir. Bu müddet içinde tahliye edilmezse zorla çıkartılıp gayrimenkul alıcıya teslim olunur’ hükmü getirilmiştir. O halde davalıya bu madde uyarınca gönderilen tahliye emri 08.07.1995 günü tebliğ

“...Dava dilekçesinde, davalının kiracısı bulunduğu 2 ve 4 nolu dairelerin 27.09.1993 tarihinde icraen davacı tarafından satın alındığı iddia edilerek, bu tarihten sonrası için ecrimisil talep edilmiş, mahkemece satın alma tarihi esas alınarak bilirkişi tarafından hesaplanan ecrimisil miktarı hüküm altına alınmıştır.

Davalının dava konusu taşınmazlarda kiracı olduğu davacının bu taşınmazları 27.09.1993 günü cebri icra yolu ile iktisap ettiği ve İcra İflas Kanununun 135. maddesine göre göndermiş olduğu geçerli icra emrinin 08.07.1995 günü davalıya tebliğ edildiği hususları çekişme konusu değildir.

İcra İflas Kanunu'nun 135. maddesi ile “gayrimenkul borçlu tarafından veya hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı resmi bir belge ile belgelenmiş bir akte dayanmayarak başkaları tarafından işgal edilmekte ise on beş gün içinde tahliyesi için borçluya veya işgal edene bir tahliye emri tebliğ edilir. Bu müddet içinde tahliye edilmezse zorla çıkartılıp gayrimenkul alıcıya teslim olunur” hükmü getirilmiştir.

“O halde davalıya bu madde uyarınca gönderilen tahliye emri 08.07.1995 günü tebliğ edildiğine göre, davacının davalıyı zorla çıkartmaya hak kazandığı tarih olan (tahliye emrinin tebliğ tarihinden on beş gün sonrası) 23.07.1995 tarihinden itibaren davalının işgalinin haksız olduğunun kabulü ile bu tarihten sonrası için hesaplanan ecrimisile hükmedilmesi gerekir.

Mahkemece taşınmazın icra yoluyla davacıya satış tarihinden itibaren ecrimisile hükmedilmiş olması doğru değildir.”

Kabul şekline göre de, ilk rapora davacı tarafın itirazı olmamasına rağmen daha yüksek olan ikinci rapora göre hüküm kurulmuş olması da usul ve yasaya aykırıdır.” Şeklinde görüş bildirmiş olup,

Yine Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi 27.09.2005 tarihli kararında;

“Davada, cebri icra yoluyla açık arttırmadan ihale suretiyle satın alınan taşınmazın (daire) haksız olarak işgali nedeniyle davalı (borçludan) ecrimisil istenilmiş; mahkemece, ihale suretiyle satın alma tarihinden itibaren 15 gün süreli ihtar tebliğ edilerek fuzuli şağilin tahliyesinin istenmediği icra ma-

---

edildiğine göre, davacının davalıyı zorla çıkartmaya hak kazandığı tarih olan (tahliye emrinin tebliğ tarihinden 15 gün sonrası) 23.07.1995 tarihinden itibaren davalının işgalinin haksız olduğunun kabulü ile bu tarihten sonrası için hesaplanan ecrimisile hükmedilmesi gerekir. Mahkemece taşınmazın icra yoluyla davacıya satış tarihinden itibaren ecrimisile hükmedilmiş olması doğru değildir.” (YKD, 2000/6, s. 862)

rifetiyle de bu yönde bir talep gerçekleşmediği, davacının gönderdiği ihtara dayanılarak da ecrimisil istenilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

İİK'nun 134. maddesinde, icra dairesi tarafından taşınmaz kendisine ihale edilen alıcının ihale anında o gayrimenkulün mülkiyetini iktisap edeceğini belirtmiş olup, yerleşik uygulaması da aynı yöndedir (24.06.1953 gün, 14/6 sayılı YİBK).

Böylece, ihale ile mülkiyeti kazanan alıcı, kural olarak taşınmazın nefi ve hasarını da üstlenmiş olur (BK m. 183). Bu durumda alıcı malik sıfatı ile taşınmazı işgal eden şahsın tahliyesini (İİK m. 135/2 kapsamında) isteyebileceği gibi, füzuli şağil aleyhine ecrimisil istemiyle dava da açabilir. Ancak açılacak bu davada ecrimisil, borçluya gönderilecek ihtarın tebliğinden 15 gün sonrası için istenebilecektir (Aynı mahiyette bkz., Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 28.9.99 gün, 9762 E. 9915 sayılı kararı).

Ancak, ihalenin feshi istenilmiş ise, bu konudaki dava sonuçlanıp ihale kesinleşinceye kadar, satılan taşınmaz icra dairesi tarafından muhafaza ve idare edilir (İİK m. 134/1).

Yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler ışığında somut olaya bakıldığında; davalının borcu nedeniyle dava konusu taşınmaz cebri icrada ihale yoluyla 26.09.2003 tarihinde davacıya satılmış ve bedeli 06.10.2003'te ödenmiştir. Ayrıca davacı 07.11.2003 tarihli; ecrimisil istemli ihtarnameyi 11.11.2003 tarihi itibarıyla davalıya tebliğ etmiştir. Bu arada ihalenin feshi istemiyle 03.10.2003 tarihinde dava açılmıştır.

Bu durumda ecrimisil istemiyle açılan iş bu davanın ihalenin feshi davasıyla HUMK m. 45 kapsamında bağlantılı olduğu, ihalenin feshi hakkında verilecek kararın bu dava sonucunu mutlak etkileyeceği dikkate alınarak, ihalenin feshi davasının bekletici sorun olarak kabulü yönünde işlem yapılması gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.

Ayrıca, icra dairesinin muhafaza ve idare yetkisinin bulunması, ihaleyle malik olan şahsın ecrimisil hakkının doğmasına engel olarak kabul edilemez. Aksi takdirde icra dairesinin ihmali ya da kusuru sonucu ihtar tebliğ edilmeyen hallerde kötü niyetli şağilin haksız zenginleşmesine yol açılmış olur. Davada, ihaleyle malik olan şahıs 11.11.2003 tarihinde ecrimisil istemli ihtar karşı tarafa tebliğ ettirdiğine göre bu tarihten 15 gün sonrasından başlamak üzere ecrimisil hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir."<sup>83</sup>

<sup>83</sup> Y. 3. HD 27.09.2005 T. E. 7582 K. 9111 (YKD, 2006/1, s. 24 vd.)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu<sup>84</sup> ve Yargıtay 3. Hukuk Dairesi<sup>85</sup> ise eski tarihli kararlarında ihale alıcısının ecrimisil talebine hak kazandığı tarih olarak satışın kesinleşme tarihinin esas alınması gerektiğini belirtmiş iken, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 29.03.2006 tarihli yeni kararı ile ecrimisile hak kazanım tarihinin 15 günlük sürenin hitamında başlayacağını belirtmiştir. Anılan kararı yeni tarihli olması ve Yargıtay'ın bu konudaki son görüşünü yansıtması itibariyle aşağıda tam metnini sunmakta yarar görüyorum;

*“Taraflar arasındaki ‘Ecrimisil’ davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Gaziosmanpaşa Asliye 2. Hukuk Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 01.07.2003 gün ve 2001/100 – 2003/613 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 16.02.2004 gün ve 2004/862–879 sayılı ilamı ile;*

*(... Temyiz istemin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği düşünüldü.*

*Dava dilekçesinde 36.483 dolar ecrimisilin faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü ile 2.125.000.000 TL. ecrimisilin davalıdan tahsiline karar verilmiş olup, hükmü taraf vekilleri temyiz etmektedir.*

*Davalının temyiz itirazlarının reddine,*

*Davacının temyiz itirazlarına gelince;*

*Dava dilekçesinde, davalının kiracı olduğu 9 nolu gayrimenkulü 16.04.1999 tarihinde icraen davacı tarafından satın alındığı iddia edilerek bu tarihten sonrası için ecrimisil talep edilmiş, mahkemece “davalının halen kiracı oldukları yolundaki itiraz ve şikayetleri hakkında verilen mahkeme kararı*

<sup>84</sup> YHGK. 16.10.1996 T. E. 1996/3–581 K. 1996/704 “... Davacı izaleyi şüyu satış memurluğunca yapılan ihale sonucu 11.10.1990 tarihinde dava konusu daireyi satın almış ve satış da 21.04.1992 tarihinde kesinleşmiştir. Davalının dairede satış tarihinden sonra oturması haksız işgal teşkil eder. Davacının satışın kesinleşmesinden sonra ecrimisil istemeye hakkı vardır.” (Karslı/Koç/ Kavasoglu, a. g. e., s. 197), YHGK 22.03.1978 T. E. 1976/6–3513 K. 253 “İhale 02.08.1968 gününde yapıldığına ve ihale tarihinden itibaren BK’nun 183. maddesi hükmünce nefi ve hasar alıcıya geçtiğine ve diğer taraftan ihaleye fesat karıştırıldığına ilişkin iddianın ileri sürülüş koşulları ve bu iddianın reddedilmiş bulunması karşısında kötü niyetinde gerçekleşmiş bulunmasına göre sözü edilen tarihten itibaren işgal tazminatı isteme hakkının doğduğunun kabulü gerekir.” (İKİD, s. 213, s. 6378–6370)

<sup>85</sup> Y. 3. HD 30.10.1995 T. E. 11687 K. 12353 “... Davalının dairede, satış tarihinden sonra oturması haksız işgal teşkil eder. Davacının satışın kesinleşmesinden sonra ecrimisil istemeye hakkı vardır.” (YKD, 1996/1, s. 20)



Yargıtay tarafından bozulmuş, bozmaya uyularak verilen karar üzerine G. Osmanpaşa Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2000/1175 E. 1398 K. Sayılı ilamı ile davalı S. Ö.'nün kiracılık ilişkisi kabul edilmeyip reddedilerek 25.08.2000 tarihinde kesinleşmiş ise de, ecrimisil başlangıcı olarak davalı S.Ö.'nün 27.07.2000 tarihli ve davacı Bankaya, hitaben yazdığı belge içerisinde ecrimisil ödemeyi kabul ettiğinden 27.07.2000 tarihi esas alınmak suretiyle ecrimisile hükmedilmiştir."

Davalının dava konusu taşınmazda kiracı olduğu davacının bu taşınmazı 16.04.1999 günü düzenlenen ihale ile iktisap ettiği ve İcra İflas Kanunu'nun 135. maddesine göre göndermiş olduğu tahliye emrinin 21.05.1999 günü davalıya tebliğ edildiği hususları çekişme konusu değildir.

İcra İflas Kanunu'nun 135. maddesi ile "gayrimenkul borçlu tarafından ve hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı resmi bir belge ile belgelenmiş bir akde dayanmayarak başkaları tarafından işgal edilmekte ise, on beş gün içinde tahliyesi için borçluya veya işgal edene bir tahliye emri tebliğ edilir. Bu müddet içinde tahliye edilmezse zorla çıkartılıp gayrimenkul alıcıya teslim olunur "hükmü getirilmiştir.

"O halde davalıya bu madde uyarınca gönderilen tahliye emri 21.05.1999 günü tebliğ edildiğine göre, davacının davalıyı zorla çıkartmaya hak kazandığı tarih olan (tahliye emrinin tebliğ tarihinden 15 gün sonrası) 07.06.1999 tarihinden itibaren davalının işgalinin haksız olduğunun kabulü ile bu tarihten sonrası için hesaplanan ecrimisile hükmedilmesi gerekir."

Mahkemece, kiracılığın tespitine yönelik şikayet ve mahkemece red kararı ile davalının ecrimisil ödemeyi kabul ettiği yönünde davacı bankaya sunduğu 27.07.2000 tarihli belge esas alınarak ecrimisile hükmedilmiş olması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle; taşınmazın ihale tarihinde mülkiyetinin alıcıya geçmesine (İİK m. 134/1), mülkiyetin alı-

cıya geçmesi için tapu siciline tescilin gerekli olmamasına (MK. m. 705), ihale ile mülkiyeti alıcıya geçen taşınmazın nefi ve hasarının (yararı ve zararı) alıcıya geçeceğine (BK m. 183), alıcıya ihale edilen taşınmaz bir üçüncü kişi tarafından işgal edilmekte ise, ihalenin kesinleşmesi ile alıcının icra dairesinden üçüncü kişinin taşınmazdan çıkarılmasını isteyebileceğine (İİK m. 135/2), bu durumda alıcının öncelikle İİK m. 135/2'deki unsurları içeren bir muhtırayı taşınmazı işgal eden üçüncü kişilere göndermesi ve 15 günlük süre tanınmasının gerekmesine, "üçüncü kişinin taşınmazın ihalesinden önceki bir tarihten beri kiracı olduğunu resmi bir belge ile belgelendirmemesi durumunda, 15 günlük sürenin bitiminden itibaren ecrimisil talep hakkının doğacağına açık bulunmasına" (Prof. Dr. Baki Kuru, İcra İflas Hukuku, İstanbul Kasım-2004, s. 578 vd.) göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

*Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. maddesi gereğince 'Bozulmasına', istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 29.03.2006 gününde, oybirliği ile karar verildi.*<sup>86</sup>

Kanımızca da, ihale alıcısının ecrimisil talebine hak kazandığı tarih, işgal eden kişiye tebliğ çıkarılan tahliye emrinin, muhataba tebliğ tarihinden itibaren on beş gün sonrasına tekabül eden tarih olmalıdır.

### **Tahliye Emrine Karşı Başvuru Yolları:**

a) Şikâyet:

aa) Şikâyet Mercii:

İcra müdürünün, satışı yapılan taşınmazda oturan üçüncü kişiye m. 135 gereğince tebliğ edeceği tahliye emrine karşı, üçüncü kişinin; taşınmazda haciz tarihinden önce resmi bir belgeye dayalı olarak kiracı sıfatı ile oturduğu ya da ihale alıcısı tarafından kiracılık sıfatının tanınması nedeniyle şikâyet hakkını kullanması mümkün olup ancak bu şikâyetini yapacağı merci tahliye emrini tebliğ eden icra dairesi olmayıp, icra mahkemesidir. Ortaklığın giderilmesine ilişkin satışlarda ise şikâyet mercii ilgili sulh hukuk mahkemesi olacaktır. Ancak Yar-

<sup>86</sup> Y. HGK 29.03.2006 T. E. 2006/3-76 K. 2006/109 (İBD, C. 80, s. 2006/5, s. 2180-2182)

gıtay eski tarihli kararlarında şikâyet mercii olarak icra dairesi<sup>87</sup> ya da ortaklığın giderilmesine ilişkin satışlarda ise satış memurluğu<sup>88</sup> olması gerektiğini belirtmiş iken sonraki kararlarında isabetli olarak şikâyet mercii olarak icra dairesi<sup>89</sup> ya da Sulh Hukuk Mahkemesine<sup>90</sup> başvurulması gerektiğini ifade etmiştir. Üçüncü kişinin şikâyetini icra mah-

<sup>87</sup> Y. 12. HD 09.07.1979 T. E. 5981 K. 6334 - "İİK'nun 135. maddesi gereğince kendilerine 56 örnek tahliye emri gönderilen borçluların itirazlarını süresinde icra dairesine bildirmeleri gerekir. Mercie yapılan itiraz geçersizdir. İtirazın bu sebeple reddi gerekirken işin esasının incelenmesi isabetsiz ve bozmayı gerektirir ise de verilen kararla itiraz reddedilerek takibin devamı sağlandığından bu hata bozma sebebi sayılmamıştır. "(Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, s. 735) Y. N., Yargıtay bu kararında yerel mahkeme hükmünü, itiraz mercii olarak icra dairesi olması gerektiği yönünden eleştirmiş, ancak 56 Örnek tahliye emri açısından ise bir eleştiri getirmemiştir.

<sup>88</sup> Y. 12. HD 04.12.1979 T. E. 8144 K. 9315 - "Kayalar Koll .Şti., tahliye emrine karşı 11.06.1979 tarihinde kiracılık sıfatına dayanarak tahliye muhturasının iptalini Sulh Hakimliğinden istemiştir. Bu itirazın satış memurluğuna yapılması gerekirken hâkimliğe bildirilmesi dolayısıyla yasal sonuç doğurmaz.", Y. 12. HD 09.07.1979 T. E. 5999 K. 6350 (Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, s. 735)

<sup>89</sup> Y. 12. HD 10.12.1987 T. E. 12914 K. 12837 - "İİK'nun 135. maddesine göre, kendisine tebligat yapılan üçüncü şahsın tetkik merciiine şikâyet etmesi gerekir. İcra dairesine yapılan itiraz geçersiz olup hiç bir hukuki sonuç doğurmaz. Üçüncü kişi hakkında 135. maddeye göre yapılan takip kesinleşmiştir..." (YKD, 1988/5, s. 664); Y. 12. HD 23.01.1986 T. E. 717 K. 680 - "... İİK'nun 135. maddesi uyarınca tahliye emri gönderilmiş olan borçlu, kiracılık sıfatına dayanan itirazını icra memurluğuna değil mercie bildirmesi gerekirdi. İcra memurluğuna bu konuda yapılan başvuru sonuç doğurmaz.", Y. 12. HD 23.12.1985 T. E. 5993 K. 11405, Y. 12. HD 13.06.1985 T. E. 485 K. 5951, Y. 12. HD 18.04.1985 T. E. 13877 K. 3730, (Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Şikâyet*, s. 384-385); Y. 12. HD 05.10.1987 T. E. 1986/13135 K. 9698 (Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Yetki-Görev ve Yargılama Usulü*, s. 236); Y. 12. HD 14.12.1987 T. E. 10805 K. 13012 - "...135. maddeye göre çıkarılan tahliye emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içinde mercie itiraz edilmemesine, icraya yapılan itirazın geçersiz olup müşteki lehine hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağına..." (Pehlivanlı, a. g. e., s. 1031)

<sup>90</sup> Y. 12. HD 02.11.1984 T. E. 7296 K. 11166 - "... Gayrimenkulün satılması suretiyle ortaklığın giderilmesine dair hüküm uyarınca bu gayrimenkülü satın alanlar tarafından işgal edilenlerin tahliye isteği üzerine, L. Kiraz'a İİK'nun 135. maddesi gereğince çıkarılan muhtıra 03.05.1984 günü tebliğ edilmiştir. Adı geçen kişi bu konuda bir itirazı varsa yasal süresi içinde Sulh Hukuk Mahkemesi'ne bildirmesi gerekli olduğu halde, satış memurluğuna müracaatla <bu muhtıranın geçersiz sayılmasını> istemiştir. Satış memurluğunun, merciiine yapılmamış bu şikâyeti nazara alması ve muhtıranın kesinleşmesi nedeniyle tahliye yoluna gitmesi zorunlu iken..." (Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Şikâyet*, s. 385).; Y. 12. HD 16.11.1987 T. E. 555 K. 11684 (Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Yetki-Görev ve Yargılama Usulü*, s. 235); Y. 12. HD 12.03.1987 T. E. 1986/7768 K. 3454 (Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Yetki-Görev ve Yargılama Usulü*, s. 323); Y. 12. HD 25.02.1986 T. E. 8456 K. 2120, Y. 12. HD 24.09.1985 T. E. 8569 K. 7361, Y. 12. HD 01.12.1983 T. E. 8412 K. 9751 (Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, s. 730-731)

kemesine yapması gerekir iken sulh hukuk mahkemesine, sulh hukuk mahkemesine yapması gerekirken icra mahkemesine yapması durumunda ise şikâyet yapılan merci bu durumda görevsizlik kararı verecektir.<sup>91</sup> Bu görevsizlik kararı üzerine on günlük yasal süre içerisinde (HUMK m. 193/3) görevli mahkemeye başvurulur ise yapılan şikâyet süresi içerisinde yapılmış bir şikâyet olarak kabul görecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da konu ile ilgili olarak verdiği bir kararında aynen;

*“Taraflar arasındaki tahliye emrinin kaldırılması davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İstanbul Birinci Sulh Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen kararın incelenmesi davacı tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi’nin 24.01.1985 gün ve 1984/10750 – 1985/517 sayılı ilamiyle; ( Üçüncü kişi tahliye emrine itirazla kaldırılmasına karar verilmesini istemiştir. Bu istek, icra takibi sonunda haczedilip satışı yapılan taşınmaz da kiracılık sıfatına dayanılarak İİK’nun 135. maddesi uyarınca öne sürülmüştür. Mahkemenin bu durumda bu şikâyetin incelenmesinin Sulh Hukuk Mahkemesi’nin görevi dışında tetkik mercinin görevi dahilinde olduğunu nazara alarak dilekçenin görev yönünden reddine dosyanın görevli mercie tevdiine karar vermesi gerekirken yazılı şekilde karar ittihazi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.*

*Dava, icra takibi sonunda haczedilip satışı yapılan taşınmazla ilgili olmayıp, Sulh Hukuk Mahkemesince satışına karar verilen taşınmazda kiracılık sıfatına dayanılarak İİK’nun 135. maddesi uyarınca tahliye emrine itirazla kaldırılmasına karar verilmesi mahiyetinde olduğuna göre görevli mahkeme Sulh Hukuk Mahkemesidir.”<sup>92</sup>*

#### bb) Şikâyet Süresi:

Üçüncü kişinin icra müdürünün tahliyeye ilişkin işlemine karşı m. 16 gereğince, tahliye emrinin kendisine tebliği tarihinden itibaren yedi

<sup>91</sup> Y. 12. HD 11.02.1985 T. E. 206 K. 1102 – “Satış ortaklığın giderilmesi ilamına dayalı olarak yapılmış olup satışı yapan <icra memuru sıfatıyla> değil <infaz memuru sıfatıyla> satışı yapmıştır. HUMK’nun 571. maddesi, ‘satış memurunun müzayedeyi icra kanununa tevfi kanununa yapacağını’ hüküm altına almıştır. İİK’nun 135. maddesine göre çıkartılan <tahliye emri>ne karşı yapılan itirazın tetkikinin ortaklığın giderilmesine karar veren Sulh Hukuk Mahkemesi olması nedeniyle, görevsizlik kararı vermek gerekirken işin esasının tetkikiyle esas hakkında karar verilmesi isabetsiz...” (Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, s. 731)

<sup>92</sup> YHGK 25.06.1986 T. E. 1985/12–329 K. 1986/693 (YKD, 1987/8, s. 1129)

günlük süre içerisinde, icra mahkemesine şikâyetle bulunması gerekecektir.<sup>93</sup>

cc) Şikâyet Hakkı Bulunanlar:

İİK m. 135 gereğince tebliğ edilecek tahliye emrine karşı sadece ihale konusu taşınmazı işgal eden üçüncü şahıs şikâyet yoluna başvurabilecektir. Taşınmazı üçüncü kişiye kiralamış olduğunu ileri süren eski malikin şikâyet için taraf sıfatı ve hukuki yararı bulunmamaktadır.<sup>94</sup> Zira Yargıtay' da verdiği bir kararında sadece üçüncü şahsın şikâyetle bulunma hakkı olduğunu kabul etmiş olup<sup>95</sup> kararda aynen şu ifadelere yer verilmiştir;

*"İİK'nun 135. maddesi gereğince, satışı yapılan yer üçüncü kişiler tarafından işgal edilmekte olup da hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı tevsih edilmiş bir akde müstenit olmayarak işgal edilmekte ise tahliyesi yoluna gidilir. Olayda satışı yapılan yeri işgal etmekte olan kişilerin bu madde hükmüne göre bir şikâyetleri mevcut olmadığından tahliyeleri yoluna gidilmesi hususundaki memurluk kararında yasaya aykırı bir yön yoktur. Şikâyetle bulunan kişi, taşınmazı işgal eden kişi olmayıp, hissedar bulunduğu taşınmazı işgal eden kişilere bu yeri kiraladığını, dolayısıyla kiracılarının tahliye edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Şu duruma göre talebi 135. maddeye göre yapılmış bir talep olmayıp, hissedarlığa dayanan hakkın kullanılmasıdır. Bu durumda, hissedarın hissesine vaki müdahalenin men'i ve yararlanamamaktan dolayı ecrimisil davası açmak hakkı bulunduğundan, şikâyetin reddine karar vermek gerekirken, olayda uygulanması mümkün olmayan 135. maddeye dayanarak*

<sup>93</sup> Y. 12. HD 14.12.1987 T. E. 10805 K. 13012 - "... 135. maddeye göre çıkarılan tahliye emrinin tebliğinden itibaren (7) gün içinde mercie itiraz edilmemesine, icraya yapılan itirazın geçersiz olup müşteki lehine hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağına..." (YKD, 1988/8, s. 1106); Y. 12. HD 19.12.1985 T. E. 5773 K. 11294 "... Borçluya İİK'nun 135. maddesine dayalı tahliye emrinin 02.06.1984 tarihinde tebliğ edildiği, yedi günlük itiraz süresi geçirilerek 28.06.1984 tarihinde itirazda bulunulduğu düşünülmeden..." ; Y. 12. HD 27.02.1986 T. E. 1714 K. 2273, Y. 12. HD 25.02.1986 T. E. 8456 K. 2120, Y. 12. HD 24.09.1985 T. E. 8569 K. 7361, Y. 12. HD 01.12.1983 T. E. 8412 K. 9751 (Uyar, Talih, İcra Hukukunda Tahliye, s. 729-731), Y. 12. HD 04.12.1979 T. E. 8144 K. 9315 (Uyar, Talih, İcra Hukukunda Tahliye, s. 735); Y. 12. HD 16.06.1998 T. E. 6801 K. 7282 "... İİK'nun 135. maddesine göre çıkarılan tahliye emri müştekiye 05.03.1998 tarihinde tebliğ edilmiştir. Memurun bu işlemine karşı şikâyet süreye tebidir. Müşteki A. K. (7) günlük süreyi geçirdikten sonra merci hakimliğine başvurduğu için sürenin geçirilmesi sebebiyle şikâyetin reddine karar verilmesi gerekirken..." (Karşlı/Koç/Kavasoglu, a. g. e., s. 197)

<sup>94</sup> Kuru, Baki, a. g. e., C. II, s. 1353

<sup>95</sup> Y. 12. HD 12.03.1981 T. E. 922 K. 2414 (Uyar, Talih, İcra Hukukunda Tahliye, s. 752)

*taşınmazı işgal eden ve tahliye hususunda herhangi bir şikâyetle bulunmamış olan kişiler hakkındaki tahliye işleminin durdurulmasına karar verilmesi isabetsiz, alıcının temyiz itirazları yerinde olduğundan merci kararının İİK360 ve HUMK 428.maddeleri uyarınca bozulmasına..."*

dd) Şikâyetin Tahliyenin İcrasına Etkisi:

Tahliye emrine karşı şikâyet yoluna başvurulması, tahliye emrinin icrasını durdurmaz. Ancak İcra Mahkemesi, şikâyetin sonuçlanmasına kadar tahliye işleminin geri bırakılmasına yani durdurulmasına karar verebilir (m. 22 ).<sup>96</sup>

ee) Yargılama Usulü:

İcra mahkemesi, tahliye emrine vaki şikâyetlerini duruşmalı olarak incelemek durumundadır.<sup>97</sup> Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir;

*"İİK'nun 135. maddesine uygun düşen başvurunun incelenmesi bakımından duruşma açılması tensip edilmeli, borçluya kiracı olduğunu tevsik eden delil ve belgelerini ibraz inkânı verilmeli, taraflar dinledikten sonra sonuca ulaşılmalıdır. Duruşma açılmadığı için, bu yerin satışının yapılmadığına dair beyan tetkiksiz bırakıldığı gibi şikâyetçiye 05.02.1981 tarihli ihtarnameyi de ibraz inkânı verilmemiştir. O halde evrak üzerinde ve noksan inceleme ile verilen karar bozulmalıdır."<sup>98</sup>*

*"İzale-i şuyu satış memurunun alıcıya ihale ettiği taşınmazın tahliyesi için kendisine tahliye emri tebliğ edilen Ş.G. ile bu kişinin kiralayan olduğunu iddia eden İ. G.'nin bu tahliye emrine yönelik şikâyetlerinin, alıcının vekili huzuru ile yapılacak mürafaada celbedilecek izale-i şuyu davası dosyası ve İİK'nun 135. maddesi çerçevesinde incelenerek sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken..."<sup>99</sup>*

*"Konu, İİK'nun 135. maddesine temas etmekte olup, tahliye emrine itiraz niteliğindedir. İşin özelliği itibariyle duruşma açılmalı, tarafların ibraz edecekleri delil ve belgeler incelenmeli, itiraz ve savunma alınmalı ve ona göre bir karar verilmelidir."<sup>100</sup>*

<sup>96</sup> Kuru, Baki, a. g. e., C. II, s. 1354; Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, s. 718; Y. 12. HD 02.02.1984 T. E. 1983/11925 K. 985 (Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, s. 744)

<sup>97</sup> Kuru, Baki, a. g. e., C. II, 1355

<sup>98</sup> Y. 12. HD 08.05.1986 T. E. 1985/11694 K. 5436 - (Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, s. 724)

<sup>99</sup> Y. 12. HD 21.10.1982 T. E. 6424 K. 7490 - (Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, s. 725)

<sup>100</sup> Y. 12. HD 19.12.1989 T. E. 6586 K. 15694 - (Uyar, Talih, *Yetki-Görev ve Yargılama Usulü*)

ff) İcra Mahkemesi Kararının Temyizi ve Yargılamanın İadesi:

İcra mahkemesinin, icra dairesinin, ihale edilen taşınmazda oturan üçüncü kişiye tebliğ ettiği tahliye emrine karşı, üçüncü kişinin şikâyeti üzerine verdiği kararlar İİK m. 363/3 kapsamına girdiğinden temyizi kabildir.<sup>101</sup> Ancak İcra mahkemesinin m. 135 kapsamında verdiği kararlara ilişkin olarak yargılamanın iadesi (yenilenmesi) yoluna başvuru mümkün değildir.<sup>102</sup>

Sulh Hukuk Mahkemesi'nin icra mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlarda temyiz süresinin ne olacağı konusunda Yargıtay kararları ile öğretide savunulan görüşler arasında farklılar söz konusudur. Yargıtay daha önce vermiş olduğu kararlarında<sup>103</sup> sulh mahkemesinin icra mahkemesi sıfatı ile verdiği kararlarda temyiz süresinin on gün olacağını ve sürenin de tebliğ ya da tefhim ile başlayacağını ifade etmiş iken daha sonraki kararlarında<sup>104</sup> temyiz süresinin sekiz gün olacağını ve tebliğ tarihinden itibaren başlayacağını kabul etmiştir.

lî, s. 541)

<sup>101</sup> Y. 12. HD 06.07.1987 T. E. 11292 K. 8334 " ...Tahliye emrine (muhtıra) karşı vaki şikâyet üzerine verilmiş merci kararı İİK'nun 363/3. maddesi hükmü kapsamına girmekte olup temyizi kabildir. Mercii, temyiz yolu açık bir kararı (kesin) şekilde nitelemesi, bu kanun yoluna gidilmesini engellemez..." (YKD, 1987/11, s. 1671)

<sup>102</sup> Y. 12. HD 26.09.1978 T. E. 6911 K. 7406 - "İİK'nun 135. maddesi gereğince, mercice verilen kararlar HUMK'nun 445. maddesinde yazılı kararlar türünden olmadığından, bu kararın iade-i muhakeme yoluyla kaldırılması istenemez." (Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Yetki-Görev ve Yargılama Usulü*, s. 890)

<sup>103</sup> Y. 12. HD 13.09.1983 T. E. 8350 K. 6424, Y. 12. HD 18.11.1982 T. E. 8367 K. 8503, Y. 12. HD 04.10.1982 T. E. 6310 K. 6777, Y. 12. HD 15.02.1982 T. E. 830 K. 996, Y. 12. HD 28.01.1982 T. E. 15 K. 440, Y. 12. HD 11.12.1981 T. E. 7176 K. 9623 (Uyar, Talih, *Yetki-Görev ve Yargılama Usulü*, s. 879-881)

<sup>104</sup> Y.4.HD. 24.12.1987 T. E. 1987/10424 K. 1987/9468 "... İcra ve İflas Kanunu'nun 363. maddesi, temyizi kabil kararlar konusunu düzenlerken, tetkik merciince verilen kararlardan söz etmiştir. Oysa bu işte karar sulh mahkemesince verilmiştir. Öte yandan, ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verilen taşınmazın satışının İcra ve İflas Kanunu'nda gösterilen usule göre yapılacağına dair Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 571. maddesindeki hükmün varlığı kararın tetkik merci sıfatı ile verildiğini göstermez. Böylece kararın sulh hukuk mahkemesinden verilmiş olması karşısında temyiz süresi HUMK'nun 437. maddesi uyarınca tefhimle değil, tebliğ ile işlemeye başlar. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun esas 1983/12-103, karar 1985/569 sayılı ve 07.06.1985 günlü kararında da bu hukuki esas içtihat edilmiştir." (YKD, 1988/7, s. 912); Y. 4. HD. 17.12.1987 T. E. 9022 K. 9320, Y. 4. HD. 28.04.1987 T. E. 3399 K. 3250, Y. 12. HD 22.04.1986 T. E. 1985/10905 K. 4747, Y. 12. HD 25.11.1985 T. E. 13444 K. 9944 (Uyar, Talih, *Yetki-Görev ve Yargılama Usulü*, s. 875-878)

Kanımızca sulh hukuk mahkemesi ortaklığın giderilmesine ilişkin davalarda “*icra mahkemesi sıfatı*” ile yargılamayı yaptığından ve sonuç olarak kararını da icra mahkemesi sıfatı ile verdiğiinden; kararın temyizi de, icra mahkemesinin kararları için geçerli olan teffim ya da tarafların gıyabında verilmiş ise tebliğ tarihinden itibaren (10) günlük süre içinde yapılabilirdir.<sup>105</sup> Aynı şekilde karar düzeltme yolu kapalı olan sulh hukuk mahkemesinin icra mahkemesi sıfatı ile verdiği kararlara karşı karar düzeltme yolu da açık olmalıdır.<sup>106</sup>

### b) Menfi Tespit Davası

İhalesi gerçekleştirilmiş taşınmazda bulunan üçüncü kişinin yukarıda da belirttiğimiz gerekçelere dayalı olarak yani taşınmazda haciz tarihinden önce yapılmış resmi bir belgeye dayalı olarak kiracı sıfatı ile oturduğunun ya da ihaleden sonra ihale alıcısı tarafından kendisinin kiracılık sıfatının tanındığının ve bu sebeple taşınmazı tahliye borcunun bulunmadığı yönünde genel mahkemelerde bir tespit davası da açabilecektir. Bu dava İİK'nun 72. maddesi anlamında bir menfi tespit davası olup, taşınmazda oturan üçüncü kişi bu davayı, İİK'nun 135. maddesine dayalı olarak başlayacak veya başlamış olan tahliye işlemini önlemek için açacaktır. Üçüncü kişinin böyle bir durumda menfi tespit davası açmakta hukuki yararının bulunduğu tartışmasızdır.<sup>107</sup> Özellikle de, üçüncü kişinin, icra memurunun tahliye emrine karşı m. 16 gereğince yedi günlük süre içerisinde yapması gerekli olan şikâyet süresini geçirmesi durumunda menfi tespit davasının önemi daha da artmaktadır.<sup>108</sup> Yargıtay'da<sup>109</sup> üçüncü kişinin taşınmazda tahliyesi sağlanmadan önce menfi tespit davası açabileceğini ve bunda hukuki yararı bulunduğunu kabul etmiştir. Kararda şu ifadeler yer verilmiştir;

*“Davacı (üçüncü kişi) kiracısı bulunduğu mağazanın icra yoluyla dava-  
liya (alıcıya) satıldığını ve davalının, İİK'nun 135. maddesine dayanarak bu*

<sup>105</sup> Aslan, Elif K., a. g. e., s. 147, Uyar, Talih, *İhale*, s. 728; Arslan, Ramazan, *İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, s. 199 dn. 5; Karşı Görüş: Gökçe, Ziya, a. g. m., s. 19.

<sup>106</sup> Aslan, Elif K., a. g. e., s. 147; Arslan, Ramazan, *İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, s. 199 dn. 7; Karşı Görüş: Gökçe, Ziya, a. g. m., s. 19.

<sup>107</sup> Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası*, s. 214; Aslan, Elif K., a. g. e., s. 148; Gökçe, Ziya, a. g. m., s. 22-23.

<sup>108</sup> Aslan, Elif K., a. g. e., s. 148; Gökçe, Ziya, a. g. m., s. 23.

<sup>109</sup> YHGK. 11.12.1963 T. E. 4/17 K. 95 (Kuru, Baki, *Menfi Tespit Davası*, s. 214-215..



mağazanın boşaltılmasını istediğini ve kendisine (çıkma emri) tebliğ ettirdiğini, satıştan önceki mal sahipleriyle yapılan kira sözleşmesinde ve kendisine karşı ihtiyaç sebebiyle açılmış olan davada, kiracılık sıfatının davalı tarafça kabul edilmiş olduğunu ileri sürerek dava konusu mağazaya olan müdahalenin ve icra yolu ile yapılan muarazanın önlenmesini istemiştir. İİK'nun 135. maddesi hükmünce kiracının bulunduğu yerden icra dairesince çıkarılmış ve bu işlemin icra hakimliği kararına dayanmış bulunması, çıkarılan kimsenin genel hükümler uyarınca kiracılık durumunun tespitini istemesine engel olmaz; zira BK'nun 254. maddesi, kiralanan yeri icra satışı sonunda devralmış olan kimseyi, kira akdiyle belli bir süre bağlı tutmaktadır. Bu dava, henüz davacı kirası altındaki yerden çıkartılmadan önce açılmış olduğundan, davacının davada hukuki yararı vardır. Bu davada yapılacak iş, davalı yeni malikin (alıcının) icraya başvurmasından önceki bir tarihte, eski maliklerle kiracı (bu davada davacı) arasında yapılmış bir kira akdinin bulunup bulunmadığının; daha açık bir sözle, davacının bu mağazayı kiracı olarak işgal edip etmediğinin araştırılmasıdır. Davacı ibraz edilmiş ve eski maliklerle kendisi arasında yapılmış kira sözleşmesiyle ve kiracı olarak dava konusu mağazada oturmakta iken, davalı (alıcı) İzzet'in İstanbul 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde davacıya (üçüncü kişi, kiracıya) karşı açmış olduğu kiracı çıkartma davasında, kendi ihtiyacını öne sürerek 6570 sayılı kanununun 7. maddesine dayanmış bulunması, davacının burayı kiracı olarak işgal ettiğinin davalı tarafından tanınmış olduğunu göstermektedir. Yani BK'nun 254. maddesine uygun olarak davacının kiracılık durumunu, davalı İzzet tanımış bulunmaktadır. Bu durum karşısında, davacının kirası altındaki yerden (İİK m. 135'e göre) çıkartılması istemi haklı olamaz..."

Taşınmazda bulunan üçüncü kişi menfi tespit davasını tahliye talebinden önce açarsa, mahkeme, icra dairesinin m. 135'e dayalı olarak gerçekleştireceği tahliye işleminin durdurulması için ihtiyati tedbir kararı verebilecek (m. 72/2), ancak, menfi tespit davası ihale alıcısının tahliye talebinden sonra açılmış ise bu durumda mahkeme tahliye işleminin durdurulması için ihtiyati tedbir kararı veremeyecektir (m. 72/3, c. 1). Tahliye talebinden sonra dava açılması durumunda mahkeme sadece "taşınmazın ihale alıcısına teslim edilmesinin durdurulması" için ihtiyati tedbir kararı verebilecektir (m. 72/3, c. 2 kıyasen).<sup>110</sup>

Kiracı açacağı menfi tespit davasını, haciz tarihinden önce ihale edilen taşınmazda kiracı olarak oturması sebebine dayalı olarak açmış

<sup>110</sup> Kuru, Baki, a. g. e., s. 216; Aslan, Elif K., a. g. e., s. 148.

ise bu durumda taşınmazın eski maliki ile aralarında bir kira sözleşmesi bulunduğunu ancak resmi belgeye dayalı bir kira sözleşmesi ya da HUMK'nun 299/2. maddesine göre kesinleşmiş bir kira sözleşmesi ile ispatlayabilecektir. Eğer kiracı, davasını, haciz tarihinden önce eski malik ile arasında resmi bir belgeye dayalı kira sözleşmesine dayanarak değil de, ihale alıcısı tarafından kiracılık sıfatının kabul edilmesine dayanarak açmış ise bu durumda, taşınmazda oturan üçüncü kişi bu iddiasını Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre caiz olan her türlü delil ile ispatlayabilecektir (HUMK m. 288, 289, 292,293, 337 ).<sup>111</sup>

### KAYNAKÇA

Açar, Osman / Erciyeş, Rıdvan Bülent, *İçtihatlı ve Yürürlükteki Hükümleriyle Yeni İcra ve İflâs Kanunu*, Ankara 1955.

Akyazan, Sıtkı, *Cebri İcrada İhale Ve İhalenin Feshi*, İstanbul 1959.

Aslan, Elif Kısmet, *İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu İle Paraya Çevrilmesi*, İzmir 2004.

Belgesay, Mustafa Reşit, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, 4. Tabı, C. 1, İstanbul 1955.

Berkin, Necmeddin M., *İcra Hukuku Dersleri*, 2. Bası, İstanbul 1969.

Çatalkaya, Cevdet / Bandakçioğlu, İhsan, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi (Son Değişikliğe Göre Hazırlanmış Ve Eleştirilmiş İlmî Ve Kazai İçtihatlı)*, Ankara 1967.

Eranıl, Mehmet Akif, *İçtihatlı, Gerekçeli ve Notlu İcra ve İflas Kanunu*, Ankara 1970.

Eriş, Gönen, *Gerekçeli- Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu*, Ankara 2005.

Erman, Hasan, *Borçlar Kanunu ve 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun Hükümleri Karşısında İcra İflâs Kanunu 135/2'nin Değerlendirilmesi (İÜHFİM, S. 1984/1-4, s. 363 vd.)*

<sup>111</sup> Kuru, Baki, a. g. e., s. 216; Aslan, Elif K., a. g. e., s. 149.

- Gökçe, Ziya, Ortaklığın Giderilmesi Davası Sonucu İhale Olunan Taşınmazın Alıcıya Teslimi (*Manisa Barosu Dergisi*, Ocak 1995, S. 52, s. 4 vd.)
- Gürdoğan, Burhan, *Türk İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, Ankara 1967.
- Karslı, Abdürrahim/Koç, Evren/Kavasoğlu, Abdurrahman, *İcra Ve İflâs Kanunu, Tebligat Kanunu Ve İlgili Mevzuat*, 3. Baskı, İstanbul 2005.
- Nedimoğlu, Kevni, *Notlu ve İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu*, Ankara 1958.
- Nedimoğlu, Kevni/ Arvas, Necmeddin, *Bütün İçtihatlarıyla İcra ve İflâs Kanunu*, Ankara 1954.
- Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku - İptal Davaları ve Konkordato Dahil*, Ankara 1983.
- Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku*, C.II, İstanbul 1990.
- Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası*, 2003.
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2004.
- Muşul, Timuçin, *İcra ve İflas Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul 2005.
- Özkan, Hasan, *İcra ve İflas Davaları Tatbikatı*, Ankara 1999.
- Pehlivanlı, M. Gündüz, *Açıklamalı İcra Ve İflâs Kanunu*, C. 1, Ankara 1998.
- Postacioğlu, İlhan E., *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul 1982.
- Tuncay, Salih / Demirhan, H. Orhan, *Yeni Ve Değişik Hükümleriyle İcra ve İflâs Kanunu*, Ankara 1965, s. 173 vd.)
- Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Tahliye*, 2. Baskı, Manisa 1987.
- Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Şikâyet*, 2. Baskı, Manisa 1991.
- Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Yetki Görev ve Yargılama Usulü*, 2. Baskı, Manisa 1991.

Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, 2. Baskı, Manisa 1992.

Uyar, Talih, İhale İle Satılan Taşınmazların Tahliyesi (*İBD*, 1986/10-11-12, s. 667 vd.)

Üstündağ, Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2004.

Yelekçi, Memduh / Yelekçi, İlhami / Özenç, Avni, *Son Değişikliklere Göre Tatbikatta Notlu-İzahlı-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu İlgili Kanunlar ve Yönetmeliği*, Ankara 1970.

# YARGITAY KARARLARI

## Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 05.07.2006

E. 2006/15-456

K. 2006/497

\* Taahhüdün ihlali nedeniyle  
alacak

\* Kefalet

(2547 sayılı YÖK m.35, 50/d)

Taraflar arasındaki “*alacak*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Hatay Asliye 1. Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 31.05.2004 gün ve 2001/372- 2004/295 sayılı kararın incelenmesi Davacı vekili ve Davalı İ. C. vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 12.04.2005 gün ve 2004/5495-2201 sayılı ilamı ile; (...Dava taahhüdün ihlali nedeniyle oluşan alacağın tahsiline ilişkin olup, davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı ile davalı İ. tarafından temyiz edilmiştir.

26.3.1999 ve 23.6.2000 tarihli taahhütnamelerle davalı İ. başarısızlık nedeniyle ilişki kesildiği takdirde kendisine yapılan her türlü ödemeyi taahhüdün ihlali tarihinden itibaren ödemeyi kabul etmiş, B. D. ve K. T. 8.000.000.000 TL için, M. C. ise 718.547.845 TL için davalı İ.’ye; kefil olmuşlardır. Bu taahhütnamelerin hata, hile, ikrah yoluyla imza ettirildiği iddia ve ispat edilmiş değildir. Davalıların taahhütnameler hükümlerince sorumlulukları bulunduğundan (19.4.1997 gün ve 1996/15-961 E. 1997/309 sayılı kararı) yargılama aşamasında alman denetime elverişli 12.8.2002 tarihli bilirkişi raporu dikkate alınarak ve taleple bağlı kalınarak hüküm kurulmalıdır. Mahkemece taahhütnamelerin geçersizliğinden söz edilerek davanın reddi usul ve yasaya aykırı olduğundan karar bozulmalıdır....) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

## HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, taahhüdün ihlali nedeniyle oluşan alacağın tahsiline ilişkindir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; dava dayanağı taahhütnameler nedeniyle davalıların sorumluluklarını ortadan kaldıracak bir geçersizlik nedeninin var olup olmadığı; dolayısıyla davalıların dava dayanağı taahhütnamelerden sorumlu olup olmadıkları noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle somut olay özelliklerinin ve dava öncesi olguların ortaya konulmasında yarar vardır;

1999 yılı Ocak ayı içerisinde Yüksek Öğretim Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca gelişmekte olan üniversitelere öğretim üyesi yetiştirmek amacı ile yine 2547 sayılı kanunun 50/d maddesine uygun olarak araştırma görevlisi alımına yönelik merkezi bir sınav yapılmış ve sözlü olarak yapılan bu sınavda başarılı bulunan adaylar gelişmekte olan üniversitelere araştırma görevlisi sıfatıyla atanmak üzere gönderilmişlerdir. Davalı İ. C. bu şekilde 26.02.1999 tarihinde Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Kimya Bölümü'ne açıktan araştırma görevlisi olarak atanmıştır.

Mustafa Kemal Üniversitesi'nde (kısaca MKÜ olarak anılacaktır)'de lisansüstü eğitim için yeterli olanaklar bulunmadığından bu yolla atanan tüm araştırma görevlileri Yüksek Öğretim Kurumu tarafından lisansüstü eğitim olanaklarının daha iyi olduğu üniversitelerde yüksek lisans ve doktora çalışması yapmak amacıyla kadroları ile birlikte görevlendirilmiş; Davalı İ. C. 'nin de lisansüstü eğitimini Samsun 19 Mayıs Üniversitesi'nde ilgili bölümde tamamlaması öngörülmüştür.

Yüksek Öğretim Kurulu tarafından bu lisansüstü eğitime alt yapı teşkil edecek yabancı dil bilgisi için de o dönemdeki KPDS sınavlarından (Kasım 1999 veya Mayıs 2000) 60 puan (60/100) alma koşulu getirilmiştir.

Bu durum YÖK'ün 16.12.1999 tarihli ve 30825 sayılı yazısı ile MKÜ Rektörlüğü'ne bildirilmiş ve yazıda aynen;

*“KPDS’na girmemiş ya da KPDS sonucu 60 puanın altında olanlara Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yabancı Diller Yüksek Okulu’nda İngilizce dil kursu verildiği, bu araştırma görevlilerinin lisansüstü eğitim programlarına başlayabilmeleri için 7 Kasım 1999 tarihinde yapılacak olan KPDS den en az 60 puan almaları , KPDS dan 60’ın altında puan alanların kadroları ile ilişkileri kesilerek taahhütname ve kefalet senedine göre işlem yapılması , KPDS’ndan 60 ve üzerinde puan alanların ise lisansüstü eğitimlerine 1999-2000 bahar döneminde başlamak üzere kadrolarının anılan kanununun 35. maddesi uyarınca geçici olarak tahsis edilebilmesi için KPDS sonuç belgesi ile birlikte Üniversitelerindeki diğer belgelerin birer örneğinin Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı’na gönderilmesi gerektiğinin 06.10.1999 tarih ve 24298 sayılı yazı ile bildirildiği; ek listede isimleri belirtilen araştırma görevlilerinin ODTÜ Yabancı Dil Yüksel Okulundan almış oldukları dil kursu ile ilgili ödenmesi gereken dil ücretinin karşılıklarında belirtildiği , Yürütme Kurulunca KPDS’den 60 puanın altında alanlara 2000 Mayıs döneminde yapılacak olan KPDS’na girme hakkı verildiği , bu sınavda 60 ve üzerinde puan alamayanların ilişkilerinin kesilerek taahhütname ve kefalet senedine göre işlem yapılması,”*

hususlu belirtilmiştir.

Dosyaya içeriği açıklanan bu yazının örneği ibraz edilmişse de ekinde olduğu belirtilen isim ve kurs ücreti ödemelerini gösterir liste davacı yanca yazıya eklenmemiştir. Dolayısıyla anılan liste dosyada bulunmamaktadır.

MKÜ Fen-Ede. Fak. Dekanlığı davalı İ. C. Mayıs 2000 dönemi KPDS sınavında 60/100 puan alamadığından az önce tarih ve sayısı verilen Yüksek Öğrenim Kurulu kararı gereğince İ. C.’in 15.06.2000 tarihinde Fakülte ile ilişkisini kesmiş ve bu durumu 28.06.2000 tarihli ve 1065 sayılı yazı ile MKÜ Rektörlüğü’ne bildirmiştir.

Rektörlükçe Hukuk Müşavirliği’ne yazılan 04.09.2000 tarihli yazı ile de adı geçenin ilişiği kesilinceye kadar yapılan ödeme listesi ile ilişiğinin kesildiğine dair yazı gönderilmiştir.

Davalı İ. C., ilişkisinin kesildiği tarihten önce ve sonra olmak üzere İskenderun 2. Noterliğinde iki adet kefalet senedine kefilleri ile birlikte imza atmıştır.

Bu kefaletnamelerden birincisi 8.000.000.000 TL tutarında olup, 26.03.1999 tarihinde; ikincisi 718.547.845 TL tutarında olup, 23.06.2000 tarihinde düzenlenmiştir.

Davacı kurum eldeki davada; ilişiği kesilen Davalı İ. C. ile diğer davalılardan bu iki adet *“taahhütname ve kefalet senedi”* hükümlerine göre İ. C.’ye yapılan ödemelerin (2 kat) faiziyle iadesini ve tahsilini, maaş ödemelerini gösterir listeyi de ekleyerek talep ve dava etmiştir.

Mahkeme davanın reddine karar vermiş; Özel Daire bu kararı davanın kabulü gerektiğine işaretle bozmuştur.

Mahkemece önceki kararda direnilmiş; hükmü davacı vekili temyize getirmiştir.

Dava, taahhüdün ihlali hukuksal nedenine dayanılarak açılmış; *“davalı araştırma görevlisi İ.’a ödenen 4.426.732.000 TL’nin ödeme tarihinden itibaren tahakkuk ettirilecek kanuni faiz, kanuni ödemelerle birlikte ve iki katı olarak davalılardan kefaletleri nispetinde ortaklaşa ve zincirleme olarak tahsili”* istenmiştir.

Yukarıdaki açıklamalarda da belirtildiği üzere davalılardan İ. C. araştırma görevlisi olarak davacı üniversite bünyesinde 26.02.1999 tarihinden ilişiğinin kesildiği 15.06.2000 tarihine kadar çalışmış ve bu çalışmalarının karşılığında dava dilekçesi ekindeki *“maaş ödeme listesi”*nde yer alan tutarlar *“maaş”* olarak kendisine ödenmiştir.

Davalı İ. C. asıl borçlu diğer davalılar B. D. ve K. T. ise müşterek borçlu-müteselsil kefil sıfatıyla Noter huzurunda 26.03.1999 tarihli *“Düzenleme Taahhütname ve Kefaletname”* belgesini imzalayarak davacı tarafa vermişlerdir.

Bu belgenin 1. maddesinde *“İ. C. ‘nin dil eğitimi için Orta Doğu Teknik Üniversitesine lisansüstü eğitim için ise 19 Mayıs Üniversitesi’ne gönderileceği, taahhütnamenin bu kapsamda düzenlendiği”* açıkça belirtilmiş; 5. maddesinde ise *“1. maddede yazılı sebeple her türlü ödemeler ve bu hususlara ilave olarak ...her ne sebeple ve şartla olursa olsun sarf edilecek meblağın davacı Rektörlüğe ödeneceği”* hususu düzenleme altına alınmıştır.

Davalı İ. C. Yükseköğretim Kurulu’nun aradığı KPDS sınavından 60/100 seviyesindeki dil puanı alma koşulunu yerine getiremediğinden lisansüstü eğitime başlatılmayarak 15.06.2000 tarihinde ilişiği kesilmiş; ancak ilişiği kesilmesine karşın bu kez diğer davalılar M. C. ve K. T.’nin müşterek borçlu-müteselsil kefil sıfatıyla kendisinin de asıl borçlu sıfatıyla imzalarını taşıyan 23.06.2000 tarihli Düzenleme (res’en) Taahhütname ve Kefaletname’yi noterde düzenleyerek davacı tarafa vermiştir.



İlkin önemle vurgulamakta yarar vardır ki, davalı İ. C. ve kefilleri tarafından 26.03.1999 tarihinde verilen taahhüt ve kefaletname yönünden davalıların sorumluluklarını ortadan kaldıracak nitelikte bir geçersizlik nedeninin varlığı ortaya konmuş ve ispatlanmış değildir.

Ne var ki, Davalı İ. C.'nin üniversite ile ilişkisinin kesildiği 15.06.2000 tarihinden sonra davalıdan alınan 23.06.2000 tarihli "*taahhüt ve kefaletname*" için aynı saptamayı yapmaya olanak yoktur. Zira 23.06.2000 tarihli bu belgenin düzenlendiği sırada davalı İ.'in üniversite ile hukuki bağı bulunmadığından bu belgenin düzenlenmesinin hukuki dayanağı da kalmamıştır. Bu nedenle, dava o yanca 23.06.2000 tarihli taahhütname ve kefalet senedine dayanılarak davalı yandan alacak talep edilmesi olanaklı değildir.

Durum böyle olunca, davacı yanca taahhüdün ihlali hukuksal nedenine dayanılarak talep olunan alacak kaleminin 26.03.1999 tarihli taahhütname çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

26.03.1999 tarihli taahhütnamenin altında imzası bulunan davalıların sorumluluklarını ortadan kaldıracak bir geçersizlik nedeni bulunmadığından mahkemenin "*geçersizlik*" saptaması yerinde olmamakla birlikte; bu belgeye dayalı alacağın varlığı yönünden mahkemece yapılan araştırma ve inceleme de hükme varmaya yeterli bulunmamıştır.

Zira dava dilekçesi ekinde yer alan ve içeriği yukarıda açıkça ifade olunan Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının 16.12.1999 tarihli ve 30825 sayılı yazısı içeriğinde KPDS da başarısız olarak ilişkisi kesilenlerin aldıkları dil kursu ile ilgili ödenmesi gereken dil ücretlerinden söz edilmekte ve yazı ekinde isim listeleri karşılığı bu miktarların gösterildiği belirtilmektedir. Davalı İ.'in yazıda geçen "*dil kursuna gittiği*" ve "*bu kurs ile ilgili ödenmesi gereken dil ücreti*" yönünden bu belge veya başka herhangi bir belge dosyada olmadığı gibi dava dilekçesine ödeme belgesi olarak sadece bu davalıya yapılan "*maaş ödemeleri listesi*" eklenmiştir.

Davalı İ. C.'nin ilişkisi kesilene kadar yurt içinde davacı rektörlük bünyesinde gerçekleşen çalışmalarının karşılığı olarak yapılan bu maaş ödemelerinin, şayet dil kursu verilmişse bu kurs dönemiyle çakışmamış olması koşuluyla "*taahhütname ve kefaletname*" kapsamında iade edilecek kalemler arasında yer almadığı belirgindir. Bu nedenledir ki, davacı yanca taahhüdün ihlal edildiği gerekçesiyle davalılardan İ.'a

maaş adı altında yapılan ödemelerin tümünün alacak kalemi olarak istenmesi de olanaklı değildir.

Diğer taraftan; davalı İ. C.'nin KPDS sınavından 60 puan alamaması, lisansüstü eğitime başlamak için ön koşul olan bu eksiği gidere-memesi nedeniyle ilişığının kesilmiş olması karşısında, taahhütname gereği istenebilecek kalem, dil kursu verilmesine dayalı ve bu dönemle çakışan harcamalardır.

Bu bağlamda, davalı İ. C.'ye Orta Doğu Teknik Üniversitesi'nde dil kursu verildiği; bu kurs nedeniyle herhangi bir ödeme yapıldığının kanıtlanması halinde, aynı dönemle çakışan maaş ödemelerinin ve dil kursu nedeniyle yapılan diğer harcamaların, davacı yanca talep edile-bileceğinde kuşku bulunmamaktadır.

Durum böyle olmasına karşın mahkemece, davacı yanca dayanı-lan belge kapsamında geçtiği ve özellikle bu belgeye dayanıldığı halde eki belge araştırılmamış; davalı İ. C.'nin Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yabancı Dil Yüksek Okulu'nda dil kursu alıp almadığı ve bu kurs nedeniyle dil ücreti ödenip ödenmediği hususu üzerinde durulmamış-tır. Davacı dayanağı belgeler de tam olarak getirtilip incelenmemiştir.

Mahkemece yapılacak iş; Yükseköğretim Kurulu'nun 16.12.1999 tarihli yazısında geçen ve ekli olduğu bildirilen davalı likayla il-gili dil kursu ve karşılığında ödenmesi gereken dil ücretine ilişkin belgenin merciinden getirtilmesi; davalı İ. C.'ye Orta Doğu Teknik Üniversitesi'nde dil kursu verilip verilmediğinin, verilmişse hangi ta-rihler arasında verildiği ve bu kurs nedeniyle yapılmış harcamaların neler olduğu, maaş ödenen dönemle dil kursunun çakışması halinde çakışan dönemde yapılan maaş ödemelerinin ne kadar olduğunun saptanması ve açıklanan ilkeler gözetilerek uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi olmalıdır.

Açıklanan nedenlerle; mahkemenin taahhütnamelerin her ikisinin de geçersizliğine dayanan gerekçesi 26.03.1999 tarihli taahhütname yö-nünden yerinde olmadığı gibi, açıklanan eksikler giderilmeden hükme varılması da usul ve yasaya aykırı bulunmuş; direnme kararının bu değişik gerekçeyle bozulması gerekmiştir.

\* \* \*

**Yargıtay Hukuk Genel Kurulu****T. 22.11.2006****E. 2006/20-711****K. 2006/739****\* Yargılamanın yenilenmesi****\* Kesin hüküm itirazı**(1086 sayılı HUMK m. 237,  
445/10, 447/son, 450/son)

Taraflar arasındaki “*yargılamanın yenilenmesi*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kemer/ Antalya Kadastro Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 18.2.1992 gün ve 1991/3076 1992/1287 sayılı kararın incelenmesi taraf vekillerince istenilmesi üzerine, Yargıtay 20. Hukuk Dairesi’nin 21.5.1996 gün ve 1996/4190 E. 6869 K. sayılı ilamı ile (...Davacı Hazine, Antalya Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 1951/876, 970/198, Antalya Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 967/353 Esas sayılı dosyalarında orman olduğu belirlenen ve böylece, orman sayılan yerlerden olduğu, Hukuk Yargılama Usulü Yasası’nın 237. maddesi uyarınca kesin hüküm oluşturan kararlara karşın, Antalya Kadastro Mahkemesi’nin 977/36 Esas sayılı dosyasında 20.9.1989 gün ve 1989/181 sayılı karar ile çekişmeli parsellerin orman sayılan yerlerden olmadığı belirtilmek suretiyle sonuca gidildiğini ileri sürerek, bu son kararın 398 parsel dışında kalan kesiminin aynı yasanın 445/10. maddesi uyarınca yargılamanın iadesi yoluyla ortadan kaldırılmasını istemiş, mahkemece, 977/36 esas sayılı dosyadaki davanın görüldüğü aşamada kadastro mahkemesinin önceki davalardan haberdar bulunduğu, bu durumda kurulan hükmün yargılamanın iadesi yoluyla ortadan kaldıramayacağı gerekçesiyle istemin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı Hazine vekili tarafından temyiz edilmiştir.

977/36 esas sayılı dosyada kurulan hüküm bakımından kesin hüküm oluşturduğu ileri sürülen kararlara konu olan davalardan birincisi, 951/876 esas sayılı dosyadaki davadır. Bu dosyada, K. A., M. A. ve A. A. isimindeki davacılar, M. A. aleyhinde Kemer Köyü, köy içi mevkiindeki 457, 458, 459,460,172 ve 174 tahrir numaralı vergi kaydı kapsamındaki taşınmazlara, davalının el atmasının önlenmesine ve taşınmazın adlarına tapuya tescilini istemişler; mahkemece diğer taşınmazlar hakkındaki davanın kabulüne, iki adet bahçenin fundalık ve orman olması sebebiyle bunlara yönelik davanın reddine karar verilmiştir. 970/198 esas sayılı dosyada ise, bu sefer önceki davanın davacılarından K. A., diğer davacı arkadaşları ve davalı gerçek kişi ile bunlar yanında Hazine ve Kemer Köyünü hasım göstermek suretiyle, murisi D. A.’dan gelme olduğunu ileri sürdüğü taşınmazların tapuya

tescili isteminde bulunmuş; mahkemece, önceki dava ile ve yerinde yapılan inceleme ile 1940 yılından bu yana orman olduğu belirlenen ve sınırları hüküm fıkrasında yazılmış bulunan taşınmazlar hakkındaki tescil isteminin reddine karar vermiştir. Antalya Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 967/353 Esas sayılı dosyasında da M. A.'nın Hazine ve Kemer Köyü aleyhinde açtığı tescil davası sonunda 457 tahrir numaralı vergi kaydı kapsamında bulunduğu belirtilen yer hakkındaki dava kabul edilmiştir.

Bunlara karşılık yargılamanın iadesi suretiyle ortadan kaldırılması istenilen kararla ilgili 977/36 esas sayılı dosyadaki davada, aralarında yukarıdaki gerçek kişilerin de bulunduğu N. Ş. ve arkadaşları tarafından Hazineye'de husumet yöneltilmek suretiyle Antalya Asliye 3. Hukuk Mahkemesi'nde açılan tescil davası, yörede kadastronun başlaması sebebiyle kadastro mahkemesine devredilmiş; mahkemece, 382 384, 383, 385, 386, 389, 391 ve 397 parsel numaraları ile tespitleri yapılan taşınmazların gerçek kişiler, 398 parsel sayılı taşınmazın da çalılık niteliği ile Hazine adına tesciline karar verilmiş; hüküm, Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nce onanmak ve karar düzeltme istemi reddedilmek suretiyle kesinleşmiştir.

Bu dava aşamasında, evvelce görülen ve sonuçlandırılan dosyalar, getirtilip incelenmiş ise de, mahkeme anılan davaların eldeki dava ile bir ilişkisi bulunup bulunmadığı, davaya etkisi olup olmadığı üzerinde durulmamış, kararlar tartışılmamış; mevcudiyetlerine rağmen benimsedikleri yolunda bir gerekçeye yer verilmemiş, böylece, birbirleriyle çelişik kararların varlığı durumu ortaya çıkmıştır. Davanın amacı son kararın iptali suretiyle çelişkinin giderilmesini sağlamaya yöneliktir.

Mahkemece, yargılamanın iadesi istemi reddedilirken, H. U. M. Y.'nin 445/10. maddesinin uygulanabilmesi için, dava aşamasında önceki davadan haberdar olmaması gerektiği koşulundan hareketle sonuca gidilmiş; mücerret, önceki kararların bilindiği gerekçesine yer verilmiştir. Olaya uygulanması gereken H. U. M. Y.'nin 237 ve 445/10. maddeleri birlikte incelendiğinde anılan yasal kuralların böyle bir yoruma olanak vermediği görülür. Gerçekten de usulün 237. maddesi "*kaziye-i muhkeme, ancak, mevzuunu teşkil eden husus hakkında muteberdir. Kaziye-i muhkeme, mevcuttur denilebilmek için iki tarafın ve müddeabının ve istinat olunan sebebin müttehil olması lazımdır.*" Cümlesi ile kesin hüküm tanımlamış; anılan yasanın 445/10.maddesi ise "*iki tarafı ve sebebi müt-*

*tehit bir dava hakkında sadır olan bir ilama mugayir yeni bir ilam suduruna sebep olabilecek bir madde yokken, yine o mahkeme veya diğer bir mahkeme tarafından evvelki ilamın hükmü hilafında bir hüküm ve karar verilmiş olup da her iki ilamın katiyet kesbetmesi” halini yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında saymış; diğer yargılamanın iadesi sebeplerini bazı koşul ve sürelerle bağlı tuttuğu halde, bu sebeple ilgili olarak usul ve esasa yönelik hiçbir koşul öngörmemiştir. Usulün 447/son maddesinde öngörülen sürenin ise, dava taşınmaza ilişkin olup, bu tür kararlar zamanlaşımına tabi bulunmadığından, olaya uygulama olanağı kuşkusuzdur. Bunun yanında anılan yasanın 450/son maddesinde, 10. bendde yazılı sebebin gerçekleşmesi halinde mahkemenin başkaca bir tetkikat icra olunmaksızın iadeten tetkiki talep olunan hükmün iptaline karar verileceği emredilmiştir.*

Bütün bu yasal kuralların hiç biri, mükerrer hüküm kurulurken mahkemenin önceki karardan haberdar olup olmadığı hususunun araştırılması, böyle bir durum söz konusu ise, sonraki hükme değer verileceği veya bu halde sonraki hükmün iptal edilemeyeceği biçiminde yorumlanmasına elverişli değildir. Yasa koyucu kesin hükmün varlığı halinde, sonraki mütenakız hükmün mutlak surette iptal edileceği kuralını çok açık bir şekilde vazetmiş; o kadar ki, çelişkinin saptanması ile de yetinilmesini öngörerek, herhangi bir biçimde yapılacak başka bir tetkikatı dahi yasaklamıştır. Mahkemece yapılacak iş, olayda taraf, konu ve hukuki sebep bakımından birlik olup olmadığını tespitten ibaret olup, bunun varlığının saptanması durumunda talebi kabul etmekten ibarettir. Mahkemece bu koşulların gerçekleştiği saptanmış ve kabul edilmiş bulunduğuna göre, talebin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle reddinde isabet görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

## HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, yargılamanın yenilenmesi hukuksal sebebine dayanmaktadır.

Davacı Hazine vekili, kesinleşen Antalya Kadastro Mahkemesi'nin 20.9.1989 gün, 1977/36 E., 1989/181 sayılı kararıyla, kişiler adlarına tesciline karar verilen parsellerin esasen orman olduğunu, anılan yerlerle ilgili daha önce görülüp kesinleşen davalar bulunduğunu ileri sürerek, yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuştur.

Davanın reddine ilişkin olarak verilen karar, Özel dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece direnme hükmü kurulmuştur.

Tarafları, dava sebebi ve konusu (müddeabihi) aynı olan bir dava hakkında verilen hükme aykırı yeni bir hüküm verilmesine sebep olabilecek bir madde (kanuni dayanak) yokken, aynı mahkeme veya başka bir mahkeme tarafından önceki (birinci) hükme aykırı ikinci bir hüküm verilmiş bulunması, yargılamanın yenilenmesi sebebidir. (HUMK m. 445/10)

Bir dava hakkında birbirine aykırı iki hüküm bulunması sebebine dayanarak yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilmesi için, her iki hükmün de kesinleşmiş olması gerekir. Eğer, ikinci hüküm henüz kesinleşmemişse, yargılamanın yenilenmesi yoluna değil, ikinci hükme karşı temyiz yoluna başvurulur, (m. 428/3)

Tarafları, dava sebebi ve müddeabihi aynı olan bir dava hakkında birbirine aykırı kesinleşmiş iki hüküm bulunması halinde, birinci hüküm lehine olan taraf kesin hükümden (m. 237) istifade etmektedir. Bu nedenle, yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine, ikinci hükmün iptaline karar verilir (m. 450, II). Bundan dolayı, sadece ikinci hükmün iptali için yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir; yoksa birinci hükmün iptali için yargılamanın yenilenmesi istenemez.

Fakat ikinci hükmün yargılamanın yenilenmesi yolu ile iptal edilebilmesi için, ikinci hükmü veren mahkemenin, ikinci hükmü verirken, birinci hükümden haberdar bulunmamış olması gerekir. (Prof. Dr. Baki Kuru; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı baskı, cilt V, 2001. S. 5222-5229)

Eğer, ikinci davanın görülmesi sırasında kesin hüküm itirazında bulunulmuş, yani gerek mahalli mahkeme (bidayet mahkemesi) gerekse Temyiz Mahkemesi birinci ilama muttali olmuşlar ve bu ilamı ikinci davaya müessir addetmeyerek kesin hüküm itirazını reddetmişlerse, artık HUMK m. 445/10'a istinaden iadei muhakeme talebinde bulunulmaz. (Prof. Dr. Baki Kuru, *Makaleler* 2006, s. 388,389)

Türk Doktrini (Umar s. 286 ve orada anılan yazarlar, Postacıoğlu s. 639, Arslan s. 121, Kuru C. IV. s. 3634, s. 3568) ikinci hükmün verildiği davada, mahkemenin kesinleşen hükümden haberdar olması gerektiğini mesela bu hususun ileri sürülmesine rağmen bunun reddedilerek kesinleşmesi durumunda, artık yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacağını, bu durumda artık ikinci hükme üstünlük tanınması gerekeceğini kabul etmektedir. (Prof. Dr. H. Yavuz Alangoza, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul 2003, s.580)

Somut olayda, davacı hazine vekili, Antalya Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 951/876 E. 952/411 K. Antalya Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 967/353 E. 1967/701 K., Antalya 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1970/198 E., 1972/1269 sayılı kararlarının; kadastro mahkemesinde görülüp, kesinleşen 1977/36 E., 1989/181 K., sayılı dosyasında dava konusu olan yerlere ilişkin olduklarını ve kesin hüküm teşkil ettiklerini ileri sürerek yargılamanın yenilenmesi yoluyla ikinci hüküm olan kadastro mahkemesi kararının ortadan kaldırılmasını istemiştir.

Yargılamanın yenilenmesine konu edilen dava ilk olarak 11.7.1974 tarihinde, Antalya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne, tescil isteği ile açılmış, 1974/1945 Esas numarası almış, yargılama devam ederken, taşınmazların bulunduğu yere kadastro girmiş, Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görevi sona erdiğinden dosya Kadastro Mahkemesi'ne aktarılmıştır.

Dosya Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülürken, kesin hüküm teşkil ettiği iddia edilen dosyaların, 31.10.1974 tarihli oturumda getirtilmesine karar verilmiş; 10.2.1975 tarihli oturumda bu dosyaların geldiği belirtilmiştir.

Ne var ki Kadastro Mahkemesi'nin 1977/36 E. 1989/181 sayılı kararında bu dosyalardan hiç söz edilmemiş, değerlendirme yapılmamış; hüküm Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nce onanmak suretiyle kesinleşmiştir.

Bilindiği üzere kesin hüküm, kamu düzenine ilişkin bulunduğundan mahkemece, yargılamanın yenilenmesi sebebinin mevcut olup olmadığı resen araştırılmalıdır.

Bu araştırma sonunda mahkeme, ileri sürülen yargılamanın yenilenmesi sebebinin doğru olmadığı sonucuna varırsa yargılamanın yenilenmesi talebini reddeder.

Somut olayda kesin hüküm olduğu ileri sürülen dosyalar, dava konusu yerler kadastro görmeden önce karara bağlanıp, kesinleştiklerinden; öncelikle aynı yerlere ilişkin olup olmadıkları yönünden araştırma, soruşturma ve uygulama yapılmalı, ondan sonra yargılamanın yenilenmesi talebi hakkında bir sonuca varılmalıdır.

Mahkemece, yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda yapılacak araştırma sonucunda yargılamanın yenilenmesi talebi yerinde görülmezse reddedilmeli; aksi halde HUMK'nun 445/10 maddesi hükmü ile birlikte, anılan kanunun 450/son maddesi hükmü de dikkate alınarak bir karar verilmesi yoluna gidilmelidir.

Yukarıda izah edilen ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenlerle direnme kararı bozulmalıdır.

\* \* \*

### Yargıtay 9. Ceza Dairesi

T. 14.3.2006

E. 2006/245

K. 2006/1565

\* Çocuk ağır ceza

mahkemelerinin yargı çevresi

(5271 sayılı CMK m. 250; 5395

sayılı Çocuk Koruma

K. m. 26/2, 27)

Dosya incelenerek gereği düşünüldü:

5271 sayılı CMK'nun 250. maddesi kapsamında olan suçlar yönünden yargılamanın bu kanunla görevlendirilen Ağır Ceza Mahkemeleri'nde yapılacağı, sanığın 18 yaşından küçük olması halinde bu davalara 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 26/2. maddesi uyarınca Çocuk Ağır Ceza Mahkemeleri'nde bakılacağına kuşku yoktur, ancak; anılan yasanın 27. maddesinde Çocuk Ağır Ceza Mahkemeleri'nin yargı çevresinin buldukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırları olduğu açıkça belirtilmiştir.

Sanığın üzerine atılı suçların 5271 sayılı CMK'nun 250. maddesi kapsamında kalmasına rağmen suç yeri Şırnak ili olup, bu itibarla Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi'nin yargı çevresi dışında bu-



lunduğu, suç yerinde Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi de bulunmadığından, davaya bakmanın Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca kurulan ve yargı çevresi Şırnak ilini de kapsayan Diyarbakır 6 Nolu Ağır Ceza Mahkemesi'ne ait olduğu gözetilerek, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken duruşmaya devamlı yazılı şekilde hüküm tesisi,

Kanuna aykırı ve sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan, sair yönleri incelenmeksizin hükmün bu sebepten dolayı *Bozulmasına*, 14.3.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

\* \* \*

**Yargıtay 9. Ceza Dairesi**

**T. 1.2.2006**

**E. 2005/7429**

**K. :2006/347**

**\* Gözetim ve tutukluluk sürelerinin kesin olarak tespiti**  
**\* Maddi tazminata esas teşkil edebilecek gelir kaybına ilişkin belge ibrazı**

Dosya incelenerek gereği düşünöldü:

1-Davacının gözetimde ve tutuklulukta geçen sürelerinin kesin olarak tespitinden sonra taleple ilgili bir karar verilmesi gerekirken, bu hususa ilişkin gerekli araştırma yeterince yapılmadan hüküm tesisi,

2-Kabul ve uygulamaya göre de;

Davacının tutuklandığı sırada öğrenci olduğu, bir işte çalışmadığı, maddi tazminata esas teşkil edebilecek gelir kaybına ilişkin belge de ibraz etmediği dikkate alınmadan maddi tazminata hükmedilmesi,

3-Ceza Genel Kurulu'nun Dairemizce de benimsenen 20.4.2004 gün ve 47/101 sayılı kararında da belirtildiği gibi dilekçe yazım ücretinin davacı asil yerine vekili yararına hükmedilmesi,

Kanuna aykırı, davalı vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan, hükmün bu sebeplerden dolayı *Bozulmasına*, 1.2.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

## Yargıtay 9. Ceza Dairesi

T. 2.2.2006

E. 2005/7533

K. : 2006/437

\* 4959 sayılı kanunun  
uygulanma şartlarının  
gözetilmemesi

(\$959 s. K.; 5237 s. TCK m. 7;  
5252 s. K. m. 9)

Usulüne uygun tebligata rağmen hükümlü vekilinin duruşmaya gelmediği ve geçerli bir mazeret de bildirmediği anlaşıldığından, duruşmasız olarak yapılan inceleme sonunda gereği düşünüldü;

4959 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önce yakalanan hükümlünün örgüt içindeki konum ve faaliyetleriyle uyumlu şekilde bilgi vermek suretiyle örgütün dağılmasına veya meydana çıkarılmasına yardım ettiğine ya da bilgi ve belge vererek yahut *bizzat* çaba göstererek örgütün amaçladığı suçun işlenmesine engel olduğuna dair yeterli delil bulunmadığı, bu nedenle de yasada aranan koşulların oluşmadığı gözetilmeden hükümlü hakkında anılan yasa hükümlerinin uygulanması, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

Hükümden sonra 12 Ekim 2004 tarihli *Resmi Gazete'* de yayımlanarak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun tümüyle değiştirilmiş bulunması ve 13 Kasım 2004 tarihli *Resmi Gazete'* de yayımlanarak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı TCK'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanununun 12. maddesi ile 765 sayılı TCK'nun yürürlükten kaldırılmış olması nedeniyle;

5237 sayılı TCK'nun 7. maddesi ve 5252 sayılı Türk Ceza Yasası'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Yasa'nın 9. maddesi hükümleri uyarınca; 4959, sayılı yasanın uygulanma şartlarının bulunmadığı da gözetilerek tayin olunan cezanın süresi bakımından kazanılmış Hakkı korunmak suretiyle hükümlünün hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması,

Bozmayı gerektirmiş, hükümlü vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı *Bozulmasına* 2.2.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

\* \* \*

## Yargıtay 9. Ceza Dairesi

T. 31.1.2006

E. 2005/6936

K. 2006/396

\* Suç vafında yanılığ

\* Kamu davasının zamanaşımı  
nedeniyle ortadan kaldırılması  
(CMUK m. 317)

Dosya incelenerek gereği düşünöldü:

1- A. K.'ye hakaret nedeniyle açılan davada, katılanın suçtan doğrudan zarar görmesi söz konusu olmadığı gibi bu suç yönünden davaya katılma talebinde de bulunmadığından katılan vekilinin bu suçta yönelen temyiz talebinin CMUK'nun 317. maddesi gereğince *Reddine*,

2- Mala zarar verme suçuna yönelik temyize gelince;

a) Katılanın sanığa ait çiçek serasına zarar vermesi sebebiyle, sanığın da katılanın meyveli ağaçlarını kestiğinin iddia olunması karşısında, buna göre gerekli kovuşturmanın yapılarak delillerin toplanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ve kovuşturma ile ve suç vafında yanılığa düşölecek eylemin kendiliğinden hak alma suçunu oluşturduğunu kabulü ile kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilmesi,

b) Kabule göre de;

Zaman aşımını kesen sanığın sorgusunun yapıldığı tarih ile karar tarihi arasında zamanaşımı süresinin dolmadığının gözetilmemesi,

Kanuna aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görölmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı *Bozulmasına* 31.1.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

\* \* \*

**Yargıtay 9. Ceza Dairesi**

T. 19.9.2006

E. 2006/2339

K. : 2006/4455

**\* Üst sınırı 5 yıl olan suçlarda, sanığın istemi aranmaksızın müdafii görevlendirilmesi (5271 sayılı CMK m. 150/3)**

Dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Sanığa, atılı suçta üst sınırın 5 yıl olarak öngörüldüğü, bu nedenle 5271 sayılı CMK'nun 150/3 .maddesi uyarınca istemi aranmaksızın müdafii görevlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, yargılamaya devamla hüküm kurulması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması,

Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görül-müş olduğundan, sair yönleri incelenmeksizin hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA 19.9.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

\* \* \*

**Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**

T. 13.11.2006

E. 2006/6001

K. 2006/10580

**\* Bankaların, alacaklarının tahsilinde, diğer bankaların ve üçüncü kişilerine muvazaadan ari hakları aleyhine sonuç doğurmama koşulu.**

**\* İlk hacze iştirak hakkı**

**\* Garamaten taksim**

(4389 sayılı Bankalar Kanunu'na 5020 sayılı kanun ile eklenmiş ek m. 5; 6183 sayılı kanun m. 21/1; 5411 sayılı Bankacılık K. m. Geçici m. 13)

Uyuşmazlık, davacı banka alacağının, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na 5020 sayılı kanun ile eklenen Ek 5. madde kapsamında, ilk hacze iştirak hakkı bulunan bir alacak niteliğinde bulunup, bulunmadığı, bu konuda varılacak sonuca göre de, 6183 sayılı kanunun 21/1. maddesi hükmü çerçevesinde garameten taksimin söz konusu olup, olmayacağı noktasında toplanmaktadır.

5020 sayılı kanun ile 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na eklenen ek 5 madde "kamu bankalarında (tasfiye halindeki Emlak Bankası AŞ dahil) ve sermayesinin yarısından fazlası kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan ya da hisselerinin çoğunluğu üzerinde bu kurum ve kuruluşların idare ve temsil yetkisi bulunan ve özel kanunla kurulmuş bankalarda bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce bankacılık teamüllerine göre teminatlı ve/veya yetersiz teminatlı kredi kullanıp da vadesi geçtiği halde henüz ödenmemiş, süresi uzatılmamış veya yeniden yapılandırılmamış kredi kullananlar yada yeniden yapılandırma şartlarını ihlal edenler ile münferit veya karşılıklı verilen banka teminat mektupları, kabul kredileri ve avaller, taşınır ve taşınmaz rehni, ipotek, üst haklar, intifa hakkı ve oturma hakkı gibi her türlü sınırlı aynı hak tesisine ilişkin sözleşmeden doğan hakların da diğer bankaların ve üçüncü kişilerin muvazaadan âri hakları aleyhine olmamak üzere Fon ve Hazine alacaklarına ilişkin tedbir, takip ve tahsil hükümleri bankalarınca uygulanır." hükmünü içermektedir.

1.11.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 13. maddesinde de benzer bir düzenleme öngörülmüştür.

Görüldüğü gibi, yukarıda değinilen yasa hükümleri anılan bankaların alacaklarının tahsilinde Fon ve Hazine alacaklarına ilişkin takip ve tahsil hükümlerinin uygulanmasını, başka bir deyişle 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü hakkında kanun hükümlerinin tabiiyetini "diğer bankaların ve üçüncü kişilerin muvazaadan âri hakları aleyhine sonuç doğurmaması" koşuluna bağlanmıştır.

Yargıtay HGK 18.10.2006 gün ve 2006/649 E, 2006/661 K. sayılı kararında da "Kanun, davacı banka alacaklarının tahsilini teminen konulan hacizlerin ilk hacze iştirakinde, 'diğer bankaların ve üçüncü kişilerin muvazaadan âri hakları aleyhine olmamak' koşulunu açıkça öngörmüş bulunmaktadır." "4389 sayılı kanuna 5020 kanunla eklenen Ek 5. madde hükmündeki açık düzenleme karşısında, diğer alacaklarının muvazaadan âri haklarının etkilendiği durumlarda, maddede belirtilen bankalar yönünden fon alacaklarının tahsili ile ilgili hükümlerin uygulanmasına ve bu bankaların hacizlerinin 6183 sayılı kanununun 21. maddesi uyarınca ilk hacze iştiraklerine olanak bulunmamaktadır." denilmiştir.

Somut olayda davacı bankanın, davalıların alacaklarının muvazaalı olduğunu iddia etmediği gözetilerek mahkemece yazılı şekilde karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Yerel mahkeme kararının açıklanan gerekçe ile onanması gerekirken Dairemizin 16.3.2006 tarih 1199-2676 sayılı ilamı ile bozulduğu anlaşıldığından davalı İş Bankası vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmektedir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle Dairemizin 16.3.2006 tarih 1199-2676 sayılı Bozma kararının kaldırılarak Yerel mahkeme kararının *Onanmasına*, peşin harcın istek halinde iadesine 13.11.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

\* \* \*

### Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 09.10.2006

E. 2006/2357

K. : 2006/9483

\* Garanti mektubu

Davacı vekili, davalının dava dışı A. Ticaret Ltd. Şti.'nin müvekkili şirketle yapacağı malzeme alımından dolayı borçlarını zamanında ifa edememesi nedeniyle müvekkilimi uğrayacağı zararın 3.000.000.000. TL'ye kadar olan kısmını ödemeyi garanti mahiyetindeki belgeyi A. A. adını yazarak imzaladığım, adı geçen şirketin müvekkiline 23.10.1991 tarihli 2.700.000.000.TL bedelli çek verdiğini, çekin karşılıksız çıktığını, yapılan icra takibinde bir sonuç alınmadığını, bunun üzerine davalı aleyhine icra takibi başlatıldığını, davalının takip itiraz ettiğini belirterek davalının garanti veren sıfatıyla 3.000.000.000.TL ödemeye mahkum edilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, garanti mektubu başlıklı belgenin A. A. adına düzenlendiğini, imzanın müvekkiline ait olmadığını bildirerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere ve raporlara göre, garanti mektubu başlıklı belgedeki imzanın davalının eli ürünü olduğu, garanti mektubunun geçerlilik kazanabilmesi için davacının dava dışı şirketten alacaklı olması gerektiği ancak davacının dava dışı şirketten alacaklı olduğum kanıtlayamadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacının talebi, davalı tarafından imzalandığı saptanan garanti mektubuna dayanmaktadır Buna göre dava dışı A. Ltd.Şti'nin davacı

ile yapacağı malzeme alımından veya ödemeleri zamanında yapamamasından dolayı davacıya karşı doğacak borcun 3.000.000.000.TL' sine kadar olan kısmın davalı tarafça ödeneceğinin garanti edildiği anlaşılmaktadır. Dava dışı A. Ltd.Şi tarafından keşide edilen 23.10.1998 tarihli 2.700.000.000.TL bedelli çekin davacı elinde bulunduğu ve süresinde ibraz edilerek arkasına karşılıksız şerhinin yazdırıldığı dosyadaki bilgi ve belgelerde anlaşılmaktadır. Söz konusu çekin ödendiği ya da bedelsiz kaldığı yolunda bir savunmaya da rastlanılmamıştır. Hal böyle olunca yukarıda belirtilen garanti mektubu uyarınca davalının dava dışı A. Ltd. Şti. tarafından keşide edilip davacıya verilen ve karşılıksız çıktığı anlaşılan bu çekte yazı borç miktarı yönünden davacıya karşı garanti eden sıfatı ile sorumlu olduğu gözetilmeden yanılığın gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmüştür.

**SONUÇ:** Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davacı yararını *Bozulmasına*, peşin harcın istek halinde iadesine, 9.10,2006 günümüyle oybirliğiyle karar verildi.

\* \* \*

### **Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**

**T. 02.10.2006**

**E. 2006/2902**

**K. 2006/9114**

**\* Yargı çevresi**

**\* İstinabe yoluyla keşif**

**(1086 sayılı HUMK m. 428/4)**

Davacı vekili, müvekkilinin davalıdan aldığı saç levhaların ayıplı olmasından dolayı katıldığı ihalenin iptal edildiğini ileri sürerek 6.158.196.800.-TL maddi 5.000.000.000.-TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren isleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kısmen kabulüne, 4.260.896.800.-TL'nin dava tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, manevi tazminat talebinin reddine karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Hükme esas alınan bilirkişi raporu, mahkemece görevlendirilen bilirkişilerin mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan Gölcük'teki

mallan gidip yerinde incelemesi sonucunda düzenlenmiştir. Dava konusu mallar mahkemenin yargı çevresi dışında bulunduğundan mahkemeye getirilmesi mümkün değilse, istinabe yoluyla yerinde keşif yapılması, keşif sırasında keşfi yapacak hakimın dava konusu mallan görüp gözlemlerini keşif zaptına geçirmesi ve bilirkişiden yapmasını istediği hususları açıkça bildirmesi, buna göre bir rapor alınıp taraflara tebliğ edildikten sonra varsa itirazlarının değerlendirilmesi ve tüm deliller toplandıktan sonra uygun sonuç dairesinde bu karar verilmesi usul hükümleri ve Yargıtay'ın yeri eşiş içtihatları gereğidir.

Mahkemece bu hususlar gözetilmeden görevlendirilen bilirkişilerin yargı çevresi dışındaki mahale gönderilerek inceleme yaptırılıp rapor alınmak suretiyle alınan raporun hükme esas tutulması HUMK'nun 428/4 maddesi uyarınca bozmayı gerektirmiştir.

\* \* \*

#### **Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**

**T. 06.10.2006**

**E. 2006/5631**

**K. 2006/9277**

**\* Yetki sözleşmesi**

**\* Yetki itirazı**

(818 sayılı BK m. 73/1; 1086 sayılı HUMK m. 9/1, 10, 22)

Davacı vekili, davalının sahibi olduğu otellerin daimi ve müstakil irtifak hakkını satmak için kapalı zarfla teklif verme ve açık artırma usulü ile ihale açtığını müvekkili şirketin ihaleye katılarak satılan otellerden Side Palace Hotel için teklif verdiğini, şartname gereğince geçici teminat olarak 600.000. USD bedelli banka teminat mektubu verdiğini, ihalenin müvekkili şirket üzerinde kaldığını ancak otele ait demirbaşların ihale sonrası davalının başka otellerine gönderildiğini ve ihaleye fesat karıştırıldığını belirterek, ihalenin feshi ile teminat mektubunun iadesini talep ve dava etmiş yargılama aşamasında davasını ıslah ederek 791.820.00 YTL. teminat mektubu bedelinin nakte çevrilmesi nedeniyle faizi ile birlikte tahsilini istemiştir.

Davalı vekili, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın halinde İstanbul Mahkemelerinin yetkili olduğunu belirterek yetki itirazında bulunmuş, esas yönünden de davanın reddini istemiştir



Mahkemece taraflar arasında imzalanan ve mutlak butlanla batıl olduğu iddia edilen sözleşmenin 16. maddesinde İstanbul Mahkemelerinin yetkili kılındığı HUMK'nun 9/1 ve 22. maddeleri gereğince de yetkili mahkemenin İstanbul Asliye Ticaret Mahkemesi olduğu davada BK'nun 73/1.ve HUMK'nun 10. maddelerinin uygulanamayacağı gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle sözleşme hükümleri gözetilerek yetkili mahkemenin tayininde bir usulsüzlük bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün *Onanmasına*, 6.10.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

\* \* \*

#### **Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**

**T. 25.09.2006**

**E. 2006/2375**

**K. 2006/8789**

**\* Araçların noter harici satımı**

**\* Alınanları iade yükümü**

**\* İadelere uygulanacak faiz**

(2918 sayılı K. m.20/d)

Davacı vekili, müvekkilinin davalıdan 18 AF 676 plakalı otobüsü 3.250.000.000TL. bedelle satın aldığını, davalının aracın devri konusundaki edimim yerine getirmemesi sonucu aracın trafikten men edildiğini, araç bedelinin iadesi ve zararın tazmini için ihtar çekildiğini belirterek feshedilen sözleşme nedeniyle araç bedeli 3.250.000.000.TL'nin 2.000.000.000.TL'si 27.9.2003'te, L250.000.000.TL'si için 27.10.2003'te ihtarın tebliğ edildiği, 18.3.2004 tarihine kadar ticari faiz uygulanmasına, bu tarihten sonrası için temerrüt faizi uygulanarak ayrıca aracın müvekkilince kullanılmaması nedeniyle uğranılan 3.350.000.000.TL'nin de 18.3.2004'ten itibaren temerrüt faizi uygulanmak suretiyle davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, davanın kabulüne, fesih olan sözleşme nedeniyle 3.250.000.000.TL'nin davalı-

dan tahsiline , dava konusu alacağın 2.000.000.000.TL'si için 27.9.2003 'ten 1.250.000.000TL'si için 27.10.2003'ten 18.3.2004 tarihine kadar ticari faiz, toplam alacağa 18.3.2004'ten itibaren temerrüt faizi uygulanmasına, davacının aracı kullanamamasından dolayı 3.350.000.000.TL. tazminatın davalıdan alınmasına, bu tutara 18.3.2004'ten itibaren temerrüt faizi uygulanmasına karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Trafik siciline tescil edilmiş araçların 2918 sayılı yasanın 20/d maddesi uyarınca noter dışındaki satışları geçersiz olduğundan herkes aldığı iade etmekle yükümlüdür. Bir taraf parayı diğeri de aracı kullandığı için araca trafik görevlilerince el konulduğu tarihe kadar faiz istenemez. Ancak, el koyma tarihinden sonrası için faiz talep edilebilir. Öte yandan harici satış sözleşmesi geçersiz olduğundan davacının tazminat talebinin de dayanağı bulunmamaktadır. Mahkemece bu yönler gözetilmeksizin yanılığılı gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.

**SONUÇ:** Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına *Bozulmasına*, peşin harcın istek halinde iadesine, 25.9.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

\* \* \*

### **Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**

**T. 25.12.2006**

**E. 2006/6422**

**K. 2006/12365**

**\* Ayıplı mal**

**\* Malın yenisi ile değiştirilmesi**

**ya da rayiç bedelinin tahsili**

(818 sayılı BK m. 202, 203)

Davacı yetkilisi, davalı Hyundai Assan AŞ'nin ürettiği, diğer davalının sattığı Hyundai Elantra 1,6 GLS, 2004 Model aracı 03.10.2003 tarihinde, 23.968.750.000 TL bedelle satın aldıklarını, araç trafiğe çıktıktan sonra boya üzerinde lekeler oluştuğunu ve boyanın akmaya başladığını belirterek, aracın yenisi ile değiştirilmesini, olmadığı takdirde mal bedelinin rayiç değeri üzerinden tarafına ödenmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Hyundai Assan Otomotiv San. ve Tic. AŞ vekili, davacının süresinde ayıp ihbarında bulunmadığını, davanın zamanaşımına

uğradığını, aracın ayıpsız olarak davacıya teslim edildiğini, boyanın kimyasal yapısının dış etkenlerle bozulabileceğini, aksi görüsün kabulü halinde kullanım bedelinin satış değerinden dürülmesi gerektiğini bildirerek davanın reddini istemiştir.

Davalı Karalar Mot. Araç San. Tic. Ltd. Şti. vekili, talebin hakkaniyete uygun olmadığını bildirerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, zamaşımı definin yerinde olmadığı, ayıbın gizli olmasına rağmen aracın değiştirilmesini gerektirecek bir durumun bulunmadığı, davacı vekilinin hasar tazmini taleplerinin olmadığını açıkça belirttiği gerekçesiyle, aracın değiştirilmesi ile ilgili talebin reddine, semenin tenzili hususundaki dava hakkı saklı kalmak üzere, bedelin tahsiline ilişkin talebin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince teniyiz edilmiştir.

Dava, satılanın ayıbı nedeniyle yenisi ile değiştirilmesi ya da rayiç bedelinin tahsili istemi ile açılmıştır. Davacı vekili yargılama aşamasında alınan beyanında da aynı istemi tekrarlamıştır.

Davaya konu aracın gizli ayıplı olduğu bilirkişi raporu ile sabit olduğu gibi, ayıp ihbarının süresi içinde yapıldığı ve davanın da süresinde açıldığı mahkemenin kabulündedir.

BK'nun 202. maddesi hükmüne göre "*Satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman alıcı mukayyerdir. Dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyanla satımın fesh edilmesini, dilerse satılanı alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dava eder.*" Aynı yasanın 203. maddesinde ise, "*Satılan, miktarı muayyen misli şeylerden ise alıcı dilerse fesih veya semenin tenzilinden hiç birini talep etmeyip satılanın ayıptan ari misliyle değiştirilmesini dava edebilir.*"

Bu durumda mahkemece, satılan aracın gizli ayıplı olduğu, ayıbın nitelik ve boyutu, davanın süresinde açıldığı ve davacının öncelikle satılanın ayıptan ari yenisi ile değiştirilmesini talep ettiği gözetilerek, BK'nun 203. maddesi gereğince aracın ayıptan ari misli ile değiştirilmesine karar verilmesi gerekirken, olaya uygun düşmeyen gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.

**SONUÇ:** Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına *Bozulmasına*, peşin harcın istek halinde iadesine 25.12.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TÜRK  
BARO  
DERGİSİ

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-1088

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

DOSYA

## YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

YIL 1304-1088

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

# DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay 5. Daire  
T. 04.05.2007  
E. 2006/8525  
K. 2007/2123

\* Hakim ve savcıların görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında kovuşturma ve sovuşturma yapılabilmesi  
\* Hak arama hürriyeti  
(2802 sayılı Hakimler ve Savcılar K. m. 82, 87, 89; AY m. 36, 125; 2577 sayılı İYUK m. 2, 10, 49/1-b, 3622 sayılı K. ile değişik m. 49/3)

**Karşı Taraf** .....: Adalet Bakanlığı -ANKARA

**İsteğin Özeti:** Ankara 8. İdare Mahkemesi 15.8.2006 günlü; E: 2006/1796, K: 2006/1474 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizden incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

**Cevabın Özeti:** Temyiz isteminden reddi gerektiği yolundadır.

**Danıştay Tetkik Hakiminin Düşüncesi:** Davacının, İzmir Bölge İdare Mahkemesi Başkanı hakkında vaki yakınması üzerine adı geçen yargı mensubu hakkında işlem yapılmasına gerek görülmediği yolundaki Adalet Bakanlığı işlemine karşı açılan davayı reddeden idare Mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

Mahkeme kararı, davaya konu bakanlık kararının ilgili hakkında disiplin ve ceza soruşturması açılmamasına ilişkin olup, idari işlem niteliği taşımadığı bu nedenle iptal davasına konu edilemeyeceği gerekçesine dayalıdır.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 82 ve 87. maddelerinde yer alan hükümler uyarınca hakim ve savcılarının görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında kovuşturma ve soruşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığı'nın iznine tabi kılınmıştır.

İncelenen olayda, davacının şikayeti üzerine davalı idare tarafından kurulan dava konusu işlemin, davalı idarenin kamu gücünü kullanarak, kamu hukuku alanında yaptığı, tek yanlı, kesin, doğrudan uygulanabilir bir işlem olduğu açıktır. İdarenin takdir yetkisine dayanarak kurduğu ve hukuksal sonuç doğuran bu işlemin ceza yargılamasına ilişkin bir işlem olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir.

Nitekim, şikayet üzerine davalı idare tarafından ilgili hakim ve savcılar hakkında kurulan "*işlem yapılmasına gerek görülmediği*" yolundaki işlemler, salt kovuşturma yapılmasına izin verilmemesine ilişkin olmayıp, olayın niteliğine göre bazen ilgililer hakkında disiplin soruşturması açılmasına izin verilmemesine ilişkin olmaktadır. Bununla birlikte ceza yargılaması yönünden yargı yerlerinin görevlerine başlayabilmeleri için, öncelikle bu konuda öngörülmüş bulunan adli prosedüre geçilmesi gerekir. Bu aşamaya gelmesini engelleyen bir başka anlatımla yargısal prosedürün başlamasına engel olan idari işlemlerin, adli prosedür işlemleri olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığı gibi bu işlemlere karşı yargı yolunu kapayan bir yasal düzenleme de bulunmadığından Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan "*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu*" hükmü uyarınca iptal davasına konu olabileceği sonucu doğmaktadır.

Bahsedilen nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

**Danıştay Savcısının Düşüncesi:** Anayasa'nın 125. maddesi ile idarenin hür türlü eylem ve işlemleri yargı denetimine tabi tutulmuştur.

Öte yandan, 2577 sayılı yasanın 2. maddesinde, idarenin işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olduğu belirtildikten sonra idarenin yargı denetimi dışında tutulmuş işlemlerinin neler olduğu aynı maddenin 2. fıkrasında sayılarak yargı denetiminin sınırı gösterilmiştir.

Maddede idari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlandırılmıştır.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın 82. maddesinde de, hakim ve savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları,

sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlı olduğuna işaret edilmiştir.

Adalet Bakanlığı'nca verilen izin üzerine ilgilisi hakkında soruşturma yapılabilen izin verilmemesi durumunda ise soruşturma yapılamamakta ve kamu davası açılmamaktadır. Bu konuda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu kuşku yoktur.

Söz konusu idare izninin veya izin verilmemesinin hukuka uygun olup olmadığının yargı denetimi dışında tutulması mümkün değildir. Yapılacak yargı denetiminin ise yerindelik denetimi olmadığı açık olup 2802 sayılı yasanın 82. maddesi uyarınca oluşturulan işlemlerin, idarenin takdir hakkını kullandığı kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlemlerden olduğunun kabulü gerekir.

Bu sebeple, dava konusu edilen soruşturma izni verilmemesine ilişkin işlem, idarenin takdir yetkisi içinde hukuksal sonuç doğuran idari yargı denetimine tabi, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari bir işlem niteliğinde olduğundan işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken aksi gerekçeyle verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteğinin kabulü ile Ankara 8. İdare Mahkemesi kararının bozulması ve dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan mahkemeye gönderilmesi gerektiği düşünülmektedir.

#### TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü;

Dava; davacının İzmir Bölge idaresi mahkemesi Başkanı Hüseyin Çelikkol hakkında yaptığı şikayet sonucu adı geçen yargı mensubu hakkında "işlem yapılmasına gerek görülmediği" yolunda Adalet Bakanlığı'nca kurulan 5.6.2006 günlü, 23786 sayılı davalı idare işleminin iptali isteğiyle açılmıştır.

Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 15.8.2006 günlü, E.2006/1796, K:2006/1474 sayılı kararıyla; dava konusu işlemin adı geçen hakkında disiplin ve ceza soruşturması açılmamasına ilişkin bir karar olup, bu kararın idari işlem niteliğini taşıması nedeniyle iptal davasına konu edilmeyeceği gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir.

Davacı, dava konusu işleme karşı açtığı davayı, incelenemeyeceği gerekçesiyle reddeden Mahkeme kararının hukuka aykırı olduğunu öne sürmekte ve sözü edilen İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 82. maddesinin 1. fıkrasında; hakim ve savcılarının görevden doğan ve görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılmasının Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlı olduğu, 87. maddesinde; hakim ve savcılar hakkında tamamlanan soruşturma evrakının Bakanlık Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderileceği, bu Genel Müdürlük tarafından yapılacak inceleme sonucunda düzenlenecek düşünce yazısı üzerine kovuşturma yapılmasına veya disiplin cezası uygulamasına gerek olup olmadığının Bakanlıkça takdir edilerek evrakın ilgili mercilere gönderileceği veya işleminden kaldırılacağı hükme bağlanmış, Kanununun 89. maddesinde; "hakim ve savcılar hakkında görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde evrak Adalet Bakanlığı'nca ilgilinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet Savcılığına; Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda görevli hakim ve savcılar hakkındaki evrak ise Ankara Cumhuriyet Savcılığına gönderilir.

Cumhuriyet savcısı beş gün içinde iddianamesini düzenleyerek evrakı, soruşturmanın açılmasına veya son soruşturmanın açılmasında yer olmadığına karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine verir..." hükmüne yer vermiştir.

Belirtilen yasal düzenleme ile hakim ve savcılarının görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı haklarında kovuşturma ve soruşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlı kılınmıştır. Anılan bakanlıkça bu iznin verilmemesi halinde, hakim ve savcılar hakkında herhangi bir soruşturma veya kovuşturma yapılamamaktadır.

Adalet Bakanlığı'nca izin verilmesi durumunda ilgili hakim ve savcılar hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmekte ve bakanlıkça kovuşturma açılması gerekli görülürse 2802 sayılı kanununun 89. maddesi uyarınca ilgililer hakkında doğrudan ceza davası açılmaktadır. İzin verilmemesi durumunda ise ilgililer hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamamakta, yetkili kurul veya merciler tarafından disiplin cezası



verilmesi ya da ceza yargılamasını ilgilendiren bir konuda kovuşturma ve kamu davası açılması yolu tamamen kapatılmaktadır.

Hakimler ve savcılar hakkındaki ihbar ve şikayetler yalnızca ceza yargılamasını gerektiren bir suç atılımına yönelik olmayıp disiplin ihlali veya idari bir önemle sonuçlanabilecek hallerde de ilişkin olabileceğinden ve bu farkı sonuçlar ancak yapılacak bir inceleme ve soruşturma sonucunda ortaya çıkabileceğinden hakim ve savcılar hakkında verilecek inceleme veya soruşturma izninin yalnızca ceza yargılanmasına ilişkin olduğunun kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Anayasa'nın "*Hak Arama Hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı kimliğiyle sav ve savunma hakkında sahip olduğu belirtilmiş 125. maddesinde; idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen sav ve savunma hakkı birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrılması olanaksız niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelini oluşturur. Önemi nedeniyle hak arama özgürlüğü yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil, aynı zamanda bireyin adaleti bulma hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Çağdaş bir hukuk düzeninde bu hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır.

Anayasa'nın yukarıda yer verilen hükümleri, hukuk devletinin vazgeçilmez ilkelerinden olan ve uluslar arası hukuk kuralları ile ülkemizin taraf olduğu uluslar arası sözleşmelerde güvence ve altına alınan "*hak arama özgürlüğü*" "*adil yargılama hakkı*" ve "*mahkemeye başvuru hakkı*" ilkeleri ile doğrudan ilgili olup; Anayasa'da bu hükümlere yer verilerek anılan temel haklara anayasal bir değer yüklenmiştir.

Buna göre tarafsızlığı ve bağımsızlığından kuşku duyulmayacak şekilde oluşturulmuş bir mahkemeye başvuru olanağının tanınmadığı bir idari rejimin adil yargılama ilkesine uygun olmayacağı kuşkusuzdur.

Diğer taraftan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde, idari işlemlere karşı yetki, şekil, neden, konu ve amaç yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için

menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları idari dava türleri arasında sayılmıştır.

İdari işlem, idari makamların kamu gücü ve kudreti ile hareket ederek, kamu hukuku alanında yaptığı tek yanlı ve kesin doğrudan uygulanabilir işlemdir. İdari işlemin en belirgin özelliği, ilginin isteğine bağlı olmaksızın, idarenin tek yanlı iradesi ile ilginin hukuksal durumuna etki yapabilmesidir.

İdarenin, kişilerle olan ilişkilerinde sahip olduğu kamu gücü ve kudretini yanına alarak hareket etme üstünlük ve ayrıcalığı karşısında, kişilerin sahip olduğu tek güvence “*etkin bir yargısal denetimin varlığı*”dır.

Davacının şikayeti üzerine ilgili yargı mensubu hakkında yapılan inceleme sonucunda işlem yapılmasına gerek görülmediğine ilişkin olarak kurulan işlemin; davalı idarece kamu gücü kullanılarak takdir yetkisi içinde kurulması ve hukuksal sonuç doğurması nedeniyle tüm unsurları ile idari işlem olduğuna incelenebileceği başka bir idari birim veya yargı mercii kalmadığına ve bu nitelikte bir işleme yargı yolunu kapayan bir yasa hükmü bulunmadığına göre, Anayasa’nın 36. maddesinde öngörülen “*hak arama özgürlüğü*” ve 125. maddesinde öngörülen “*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu*” ilkeleri uyarınca davaya konu edilebileceği tabiidir.

Takdir yetkisi kullanılarak kurulan bakanlık işleminin, yargı yolu kapatılmamış tüm idari işlemler gibi açılan bir dava sonucunda amaç yönü ile hukuka uygunluğunun denetlenebilmesinin Anayasa ve 2577 sayılı yasa gereği olduğu, sözü edilen denetimin ise ancak idari yargı yerlerince yapılacağı açıktır.

Bu bakımdan davacının şikayeti üzerine ilgili yargı mensubu hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin idari işleme karşı açılan davada, işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, sözü edilen işlemin idari davaya konu olamayacağı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 8. İdare Mahkemesi’nin 15.08.2006 günlü, E. 2006/1796, K. 2006/1474 sayılı kararının 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu’nun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına aynı maddenin 3622 sayılı

kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususular gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 4.5.2007 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

### (X) KARŞI OY:

Ceza soruşturmasının başlangıcını oluşturan “soruşturma izni” Türk Ceza Kanunu’na göre suç teşkil eden bir eylemin işlendiğine ilişkin iddianın soruşturulması ya da soruşturulmaması sonucunu doğuran bir işlemdir. Bir suç isnadının söz konusu olduğu durumda iddiaların soruşturmaya konu edilmesi ya da edilmemesi, ceza yargılamasına yönelik bir takdirin kullanılmasıdır. Yetkili makam takdirini kullanırken isnadın niteliği, faaliyetin yürütülmesinden kaynaklanan eylemin suç teşkil edip edilmediğini, kanıtların mevcudiyetini ve hukuken geçerliliği göz önünde bulundurur. Bu noktada yetkili makamın konuya ilişkin takdirinin idari görev kapsamında değerlendirmesi mümkün görülemez.

“Soruşturma izni verilmemesine ilişkin işlemin iptal davasına konu edilmesi gerektiği” yolundaki görüşün altında, konusu suç teşkil eden bir eylemin cezasız kalacağı endişesi yatmaktadır. Oysa suç teşkil eden eylemin dava zaman aşımı süresi içinde yeni delillerle soruşturmaya konu edilmesine yasal engel bulunmadığı gibi; soruşturma izni vermemen amir hakkında suç duyurusunda bulunulması ve hatta tazminat davası açılması da mümkündür.

Soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vermek usul kanunlarında yer alan hususlardandır. Adli düzenin sağlanmasına yönelik işlem özelliği taşıyan ve ceza yargılamasının bir parçası olarak nitelendirilen bu işlemlere karşı idari yargıda dava açılması mümkün değildir.

Öte yandan, soruşturma izni verilmemesine ilişkin yargısal denetime konu edilmesi, idari yargılama süreci içinde bazı problemlere de neden olabilir. Mahkemece verilen iptal kararının temyizen incelenmesi aşamasında bozulması ya da sonraki yargı sürecinde farklı bir sonuca ulaşılması halinde, mahkeme kararı üzerine başlatılan soruşturmanın veya soruşturma sonucu açılan kamu davasının sona erdirilmesi olanaksızdır. Bir başka ifade ile ceza yargılamasının görev alanına giren

sürecin idari yargı kararı ile durulması ve geri çekilmesi söz konusu olamaz.

Ceza yargılaması sadece mağdurun değil muhbirin suç duyurusu üzerine de başlatabilmektedir. Özellikle muhbirler yönünden ortada menfaat ihlali söz konusu olmadığından soruşturma izni verilmemesi halinde muhbirler tarafından İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca iptal davası açma olanağı da bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, suç isnat edilen kişi hakkında dava zamanasını süresi içinde her zaman ceza davası açılması mümkün iken soruşturma izni verilmemesine ilişkin işlemin idari yargı denetimine tabi tutulması halinde bu işleme karşı 60 gün içinde dava açılması mümkün olacaktır.

Bu noktada, 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Yasası'nın 10. maddesi çerçevesinde yetkili amire soruşturma izni verilmesi konusunda her zaman başvuruda bulunulabileceği ileri sürülebilirse de ceza yargılama sisteminde belirli suçlara karşı belirli süre içinde dava açılabileceği dikkate alındığında anılan 10. madde kapsamında yeni elde edilen kanıtlarla her zaman dava açılmayacağına da kabulü gerekir.

Sonuç itibariyle, soruşturma izni verilmemesi tamamen ceza yargılamasına ilişkin bir konudur. Kanun koyucunun özel usul kuralları ile düzenlendiği bu alanda idari yargılama usulü kuralları uygulanarak, soruşturma süreci başlatılamaz.

Açıklanan nedenlerle “yargı kararının hazırlığı niteliğindeki işlem” özelliği taşıyan bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın esasına girilerek iptal davası biçiminde görülüp çözümlenmesinin mümkün olmadığı mahkemece verilen kararın onanması gerektiği görüşü ile karara karşıyız.

Üye  
Esen EROL

Üye  
Sadri BOZKURT

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

## DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 02.02.2007  
E. 2006/449  
K. 2007/39

\* Avukatın, tazminat davasında, faiz talebinde bulunmaması,  
\* Avukatın, bono karşılığı tazminat bedelinden feragat etmek suretiyle tahsil ettiği parayı müvekkile vermemesi,  
\* Özen ve doğruluk yükümlülüğü  
(Av. K. m. 2, 34; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetçi A. S. ve N. S. 31.03.2004 tarihli dilekçe ile Avukat Y. A.'nın vekilleri sıfatıyla, davalılar K. İ. B. ve Halk Sigorta AŞ aleyhine Çay Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açtığı 1998/... Esas sayılı dava ile birleşen 1999/... Esas sayılı tazminat davasında, faiz talebinde bulunmayarak zarar görmelerine neden olduğu, söz konusu davanın sonuçlanmasından sonra davalı borçlulardan K. İ. B. ile bilgisi dışında anlaşılıp, 10.04.2002 günlü ibraname uyarınca 17.000,00 USD bedelli bono karşılığında tazminat bedelinden feragat ederek, Çay İcra Müdürlüğü'nün 2003/... sayılı dosyası üzerinden başlatılan icra takibinde borçlu K. İ. B.'ye icra emri gönderilmesi hususunda gerekli işlemleri yapmadığı, 10.04.2002 tarihli ibranamede belirtilen bono karşılığı 17.000,00 USD'yi borçludan tahsil ettiği halde, kendilerine vermediği iddiasıyla Cumhuriyet Başsavcılığı'na şikayette bulunmuştur.

Bakanlık Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nce, ileri sürülen hususların açığa kavuşturulması açısından durum soruşturmayı gerekti-

rir nitelikte görülerek ceza soruşturması başlatılmış ve durum Baro Başkanlığı'na disiplin yönünden gereği yapılmak üzere bildirilmiştir.

Baro Yönetim Kurulu şikayetli avukatın savunmasını istemiştir. Şikayetli, şikayetçinin imzasını taşıyan ibra belgeleri sunmuştur. Baro Yönetim Kurulu 14.01.2005 tarihli kararıyla, ibranamedeki imzaların aidiyetinin yargı kararıyla anlaşılabilceği gerekçesiyle şikayetli avukat hakkında disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiştir.

Baro Başkanlığı'nın Baro Disiplin Kurulu'na gönderdiği yazıdan şikayetli avukatın 06.01.2004 tarihinde kaydının silindiği, şikayetlinin halen noter olarak görev yaptığı anlaşılmıştır.

Şikayetli Y.A. 02.03.2005 tarihli savunmasında; Çay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2004/... Hz. sayılı dosyasına yapmış olduğu savunmasındaki belgeleri ve savunmalarını 212 .... numaralı telefona faks-ladığını, yaklaşık bir yıl öncesinde serbest avukatlık mesleğini bıraktığını, yapılan tahkikat sonucunda savunmasıyla beraber verdiği üç adet belgedeki imzaların (ve ismini yazdığı el yazısının) müştekiye ait olduğunun Adli Tıp Kurumu'nun 09.12.2004 tarih ve 1940 numaralı raporuyla anlaşıldığını, Savcılıkça, verilen soruşturma izninin kaldırılması için yazı yazıldığını, hakkında takipsizlik kararı verileceğini, tüm bunların ışığında Bakanlıkça Savcılığın yazısı üzerine soruşturma izninin kaldırılıp akabinde Savcılıkça takipsizlik kararı verilmesinden sonra Baronun yaptığı soruşturmanın mesnetsiz kalacağını, tüm bu nedenlerle diğer hususlarda beyanda bulunmak ve savunma yapma hakkı saklı kalmak üzere açılmış yada açılacak disiplin kovuşturma ve soruşturmasının düşmesine, kaldırılmasına veya reddine karar verilmesini, bu olmadığında yukarıda bahsettiği hususlar gözetilerek bu hususların bekletici mesele yapılmasını talep etmiştir.

Bakanlık Ceza İşleri Genel Müdürlüğü; ibraname üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonunda düzenlenen 09.12.2004 tarihli raporu dikkate alarak diğer iddiaları kovuşturmaya değer bulmamış, ancak davada faiz istenmediğiyle ilgili iddianın kovuşturmayı gerektirir nitelik ve ağırlıkta olduğu, soruşturma dosyası kapsamında ve kısmen Çay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bildiriminden anlaşıldığı, bu konudaki soruşturma bakımından savunmanın mevcut delillerle birlikte merciinde değerlendirilip takdir olunmak üzere şikayetli hakkında kovuşturma izni verilmesinin uygun olacağı kanaat ve sonucuna vararak Afyonkarahisar Barosu'nda eski kayıtlı Av. Y. A. hakkında; son

soruşturmanın açılması için dosyayı o yer Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermiştir.

Şikayetli hakkında son soruşturmanın açılması için dosya Akşehir Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmiş, Mahkeme 30.05.2005 tarih, 2005/... Esas, 2005/... Karar sayılı kararında; isnat edilen suç tarihinde Afyonkarahisar Barosu'na bağlı avukat olarak görev yapmakta olan ve halen E.... Noteri olan sanığın müştekilere vekaleten Çay Asliye Hukuk Mahkemesi'ne açmış olduğu 1998/.... Esas sayılı tazminat davasında müvekkilleri yararına faiz isteminde bulunmamak suretiyle müvekkillerini maddi zarara uğrattığı ve böylece görevini kötüye kullandığı ileri sürülerek sanık hakkında 1136 sayılı kanunun 36. maddesi uyarınca son soruşturmanın açılmasına karar verilmesinin talep edildiği, sanığın savunmasında suçlamayı reddettiği ve avukatlık görevinin gereklerini yerine getirdiği ileri sürdüğünü, Çay Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1998/... Esas sayılı dava dosyası hakkındaki inceleme tutanağına göre, müştekiller A. S. ve küçük çocukların vekaleten sanık tarafından davalılar K. İ. B. ve Halk Sigorta aleyhine açılan tazminat davasının duruşması sonunda A.'nin eşi ve küçük çocukları babası M. S.'nin trafik kazasında yaşamını yitirmiş olması nedeniyle 23.519.639.927,00 TL maddi tazminatın dava tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte davalılardan alınarak davacıya ödenmesine karar verildiği ve temyiz edilmeyen 28.02.2002 tarih, .... Karar sayılı hükmün 25.04.2003 tarihinde kesinleştiğinin sabit olduğunu, görevi kötüye kullanmak suçundan son soruşturma açılabilmesi için sanığın müvekkillerini zarara uğratmak kastı ile hareket ettiğini kabul etmeyi gerektirir ciddi kuşku ve kanıtların bulunmasının zorunlu olduğu, bu yolda kanıt bulunmadığı gibi, vekalet ilişkisinin gereği gibi yürütülmemesi nedeniyle madden zarara uğradığı inancında olan vekil edenin hukuk mahkemelerine müracaat ile vekalet sözleşmesine istinaden tazminat davası açmasına engel bir yasa hükmü bulunmadığını, toplanan deliller ve dosya kapsamı itibarıyla sanık hakkında son soruşturma açılmasını gerektirir yeterli kuvvet ve derecede delil bulunmadığından istemin reddine karar verilmesi gerektiği sonuç ve ortak kanısı üzerine atılı görevi kötüye kullanmak suçundan son soruşturma açılmasına yer olmadığına karar verilmiş ve karar itiraz edilmeksizin 26.09.2005 tarihinde kesinleşmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, dosya içerisinde bulunan Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi'nin 09.12.2004 tarih ve 85556 sayılı raporunu

ve Akşehir Ağır Ceza Mahkemesi'nin 30.05.2005 tarih, 2005/... Esas, 2005/... Karar sayılı kararını dikkate alarak ve şikayet konusu davada faiz talebinde bulunmadığı yönündeki iddiaları kanıtlayan ve cezalandırılmayı sağlayacak bilgi ve kanıt olmadığı, şikayetçilerin hukuk mahkemelerine müracaat ederek zarara uğradığı miktarı tazminat davası sonucunda da elde edebilecekleri gerekçesiyle şikayetli avukat hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Karar taraflara ve Cumhuriyet Başsavcılığı'na tebliğ edilmiş, karara şikayetçi itiraz etmiştir. Şikayetçiler itirazında eski iddialarını yinelemiş ve 17.000,00 USD almadıklarını, şikayetli hakkında Çay Asliye Hukuk Mahkemesi'nde alacak davası açtıklarını, şikayetlinin en azından faiz talebinde bulunmamakla kendilerini zarara uğrattığının sabit olduğunu mağduriyetlerinin giderilmediğini belirterek itirazlarının kabulünü istemiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun; şikayetli avukatın üzerine aldığı işi özen ve doğruluk yükümlülüğüne uygun şekilde yerine getirip getirmediğine ilişkindir.

Şikayetli hakkında yapılan ceza soruşturması sırasında, Mahkemece görevi kötüye kullanmak suçu nedeniyle son soruşturmanın açılmasına yer olmadığı kararında; *"vekalet ilişkisinin gereği gibi yürütülmemesi nedeniyle madden zarara uğradığı inancında olan vekil edenin hukuk mahkemelerine müracaat ile vekalet sözleşmesine istinaden tazminat davası açmasına engel bir yasa hükmü bulunmadığı"* gerekçesine dayanılmış, Baro Disiplin Kurulu da aynı gerekçeyi kararında kullanmıştır.

Oysa Avukatlık Yasası'nın 2. maddesinde, avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olarak tanımlanmış, ikinci fıkrada ise avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder denilmiştir.

Bu nedenle, dava ve haklarının takibi için bir avukatla anlaşılan kişinin hukuksal korumadan tam olarak yararlandığını bilmesi ve avukatı



tarafından haklarının elde edileceğine inanması ve avukatına güvenmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, olası hak kayıpları karşısında, nasıl olsa hukuk davası açılarak hakkın elde edebileceği yönündeki görüş ceza hukuku bakımından geçerli kabul edilse de, avukatlığın amacıyla bağdaştırılabilecek bir görüş olarak ileri sürülemez ve bu yaklaşım kamunun mesleğe olan güvenini sarsar.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi gereğince 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.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerinde de; avukatın, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürüteceği ve mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorunda olduğu belirtilmiştir.

Bütün bu ilkeler dikkate alındığında, şikayetçilerin itirazları haklı ve yerindedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle şikayetlinin eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabet görülmemiş ve şikayetli hakkındaki disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararın kaldırılarak yeniden araştırmayı gerektiren bir husus bulunmaması sebebiyle şikayetlinin kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak; açıklanan nedenlerle, şikayetçilerin itirazlarının kabulüyle, Afyonkarahisar Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli hakkındaki disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına, yeniden araştırmayı gerektiren bir husus bulunmadığından şikayetli Av. Y. A.'nın kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliğiyle karar verildi.

\* \* \*

T. 02.02.2007  
E. 2006/447  
K. 2007/38

\* **Tahsil edilen paranın, bir başka işteki vekalet ücreti alacağından bahisle mahsubununun mesleğe olan güveni sarsacağı,**  
\* **Hapis hakkının kullanılması**  
(Av. K. m. 34, 154, 158, 166/1; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4, 41, 43)

Şikayetli avukat hakkında, Gaziantep .... Özel Okulları'na okul taksiti karşılığı ödenmek üzere 20.05.2004 ve 20.06.2004 tarihlerinde aldığı toplam 1.000.000.000,00 TL'yi ödemediği ve bu sebeple Avukatlık Yasası'nın 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3, 4, 41 ve 43. maddelerine aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, daha önce kesinleşmiş meslekten çıkarma cezası bulunması sebebiyle, disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli avukat hakkında Tekirdağ Barosu Disiplin Kurulu'nca 16.11.2005 gün ve 2005/... Esas, 2005/... Karar sayılı kararı ile meslekten çıkarma cezası tayin edilmiş, itiraz üzerine Kurulumuzun 03.03.2006 gün ve 2005/... Esas, 2006/... Karar sayılı kararı ile kararın onanmasına karar verilmiş, ancak Adalet Bakanlığı'nun geri göndermesi üzerine 05.05.2006 gün ve 2006/... Esas, 2006/... Karar sayılı karar ile Avukatlık Yasası'nın 140/2. maddesi uyarınca bozma kararı verilmiştir.

Baro Disiplin Kurulu 20.09.2006 gün ve 2006/... Esas, 2006/... Karar sayılı kararı ile "Şikayetli Avukat A.Ö., Baromuza kayıtlı avukat iken Tekirdağ Barosu Disiplin Kurulu'nun 13.07.2005 tarih ve 2005/... Esas ve 2005/... Karar sayılı kararı ile meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmış ve karar her türlü derecattan geçerek onanmış ve karar kesinleşmiş olup kesinleşme sonrasında Tekirdağ Barosu Yönetim Kurulu'nun 02.06.2006 tarih ve 2006/... Karar sayılı kararı ile baro levhasından kaydının silinmesine karar verilerek şikayetli kaydı Baromuz levhasından silinmiştir. Buna bağlı olarak Türkiye Barolar Birliği'nin 01.08.2006 tarih, 2006/... duyuru numaralı yazısı ile ruhsatnamesinin iptaline dair karar Türkiye genelinde tüm barolara duyurulmuştur. Bu durumda avukatlık mesleğinden çıkarılmış ve avukat unvanını kaybetmiş olan şikayetli A. Ö. hakkında Avukatlık Yasası'na, disiplin

*hükümlerine ve meslek kurallarına dayanarak disiplin kovuşturması yapılması ve ceza tayini mümkün bulunmamaktadır.” gerekçesi ile disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.*

Tekirdağ Cumhuriyet Başsavcılığı, “Şikayetçi M. P.’nin başvurusu ile ilgili disiplin soruşturmasına esas teşkil eden fül tarihinde adı geçen avukatın fülen avukatlık görevini sürdürdüğü anlaşıldığından, dolayısıyla adı geçen avukatın bir başka disiplin kurulu kararı ile meslekten çıkartılma cezasına çarptırılmasının, disiplin suçunu oluşturan diğer fiillerin cezasız kalmasını gerektirmeyeceğinden, anılan kararın itirazen tetkik olunarak bozulmasına karar verilmesi 1136 sayılı Avukatlık Yasası’nın 157/1. maddesi gereğince kamu adına istenilir.” gerekçesi ile karara itiraz etmiştir.

Kurulumuzun 05.05.2006 gün ve 2006/ ... Esas, 2006/ ... Karar sayılı bozma kararının gerekçesi olan Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün 14.06.2006 gün ve ... sayılı suç duyurusu hakkında Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün B.3.0.CİG 0.00.00.02-110-27-.... sayı ve 27.09.2006 günlü oluru ile;

“Avukat A. Ö.’nün icra dosyasına yatırılmak üzere aldığı parayı vekalet ilişkisinden değil, arkadaşlık ilişkisinden dolayı aldığı, vekil sıfatıyla yaptığı bir işlem bulunmadığı, adı geçen avukata isnat edilen eylemin avukatlık görevinden kaynaklanmadığı gibi, bu görevin ifası sırasında da gerçekleşmediği, bu sebeple (1) sayılı inceleme maddesindeki iddiadan dolayı soruşturmanın 1136 sayılı Avukatlık Kanunu gereğince Adalet Bakanlığı’nun iznine tabi olmadığı, genel hükümler uyarınca işlem yapılmasının uygun olacağı, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesi uyarınca işlem yapılmasına yer olmadığına” karar verildiği görülmüştür.

Bu durumda Baro Yönetim Kurulu’nun disipline sevk kararı çerçevesinde Avukatlık Yasası’nın 140/2. maddesi uyarınca beklemeye gerek de bulunmamaktadır.

Baro Disiplin Kurulu şikayetli avukat hakkında kesinleşmiş meslekten çıkarma cezası bulunması nedeniyle disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiş ise de;

Avukatlık Yasası’nın 138/2. maddesindeki, “Avukatın, avukatlıktan ayrılması avukatlığı sırasında ki eylem ve davranışlarından dolayı disiplin kovuşturması yapılmasına engel değildir.” amir hükmü karşısında, isabetli bir hukuksal değerlendirme olmamıştır.

Bu nedenle, Tekirdağ Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulü ile Avukatlık Yasası'nın 159/6. maddesi uyarınca yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından, işin esası hakkında karar vermek gerekmiştir.

Şikayetli 1.000.000.000,00 TL'nin okul idaresince alınmadığını, birçok görüşme sonucu Gaziantep 3. İcra Müdürlüğü'nün 2003/... Esas sayılı dosyası ile istenen 6.000.000.000,00 TL olan alacağı 3.000.000.000,00 TL'na sulh ettiğini, bu miktar ödenerek takibin kapatıldığını, Gaziantep 2. İcra Müdürlüğü'nün 2004/... ve 2004/... Esas sayılı icra takiplerindeki ücreti vekalet alacağına mahsuben aldığı paradan 750.000.000.000,00 TL'nin tenkis ile bakiye 250.000.000.000,00 TL'yi ödediğini, Avukatlık Yasası'nın 166/1. maddesi uyarınca hapis hakkını kullanmış olması sebebiyle herhangi bir kusuru olmadığını savunmuş, cezanın kaldırılmasını talep etmiş ise de;

Savunma, Avukatlık Yasası'nın 166/1. maddesi uyarınca hapis hakkının kullanımı için yazılı bir bildirim yapıldığı belgelendirilmediğinden geçerli görülmemiştir; 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 bulunmamaktadır.

Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve meslek itibarını zedeleyecek her türlü davranıştan kaçınmak suretiyle yapmak zorundadır. Okula ödenmek üzere tahsil edilen paranın, bir başka işteki ücreti vekalet alacağından bahisle mahsubu mesleğe güveni sarsar.

Bu durum karşısında eylemin Avukatlık Yasası'nın 34, 166/1. maddeleri ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3, 4, 41 ve 43. maddelerine aykırı bulunduğu tartışmasızdır.

Şikayetli avukatın disiplin sicilinde mevcut ve tekerrüre esas disiplin cezaları ve Avukatlık Yasası'nın 158. maddesindeki ilkeler de göz önünde bulundurulduğunda, meslekten çıkarma cezası verilmesi gerekmiştir.

Ayrıca, Kurulumuzca meslekten çıkarma cezası verilmiş olduğundan, Avukatlık Yasası'nın 154. maddesi uyarınca işten yasaklama kararı verilmesi de gerekmiştir.

Sonuç olarak, Tekirdağ Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulü ile yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından, Tekirdağ Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına, şikayetli Av. A. Ö.'nün meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ve Avukatlık Yasası'nın 154. maddesi uyarınca işten yasaklanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 23.02.2007  
E. 2007/31  
K. 2007/66

\* Tedbiren işten yasaklanma  
\* Dolandırıcılık eyleminin meslekten çıkarma cezasını gerektirmesi,  
\* Disiplin kovuşturmasının ceza davasının sonuna kadar bekletilmesi zorunluluğu.  
(Av. K. m. 5/a, 140/2, 153/1-2)

Şikayetli avukat hakkında G. K.'nin Adalet Bakanlığı'na başvurusu üzerine, Adalet Bakanlığı'nın 03.05.2004 tarihli oluru ile şikayetli avukatın İ.B. vekili olarak Ankara 31. İcra Müdürlüğü'nün 2003/... sayılı dosyasında yaptığı takip nedeni ile borçluya ait 05 DR 583 plakalı otoyolu haczettiği, şirket yetkilisine yediemin olarak bıraktığı halde şikayetçiye araç üzerinde kısıtlama ve haciz olmadığını beyan ederek satın almasını sağladığı ve şikayetçiden 8.660,00 YTL tahsil ettiği iddiası ile soruşturma izni verilmiş, yapılan soruşturma sonucunda Ankara 6. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2004/... Esas sayılı davası açılmıştır.

İddianame metninden, şikayetli avukat hakkında iddia edilen eylemin dolandırıcılık olarak nitelendirildiği ve TCK'nun 503 ve 520. maddelerinde iki kere cezalandırılmasının istendiği iddianamenin kabulüne karar verilerek kamu davasının açıldığı görülmektedir.

Adalet Bakanlığı'nın soruşturma iznine ilişkin oluru üzerine Samsun Barosu Yönetim Kurulu'nun başlattığı disiplin soruşturması incelemesinde iddianamede eylem tarihi olarak belirtilen 09.10.2002 ve 02.07.2003 tarihlerinin şikayetli avukatın Samsun Barosu Disiplin Kurulu'nca verilen 2000/... Esas, 2001/... Karar sayılı 01.02.2001 ta-

rihli bir yıl süreli ve 2000/... Esas, 2002/... Karar sayılı 06/02/2002 tarihli üç yıl süreli kesinleşmiş meslekten men cezalarının infazı süresi içinde kaldığı görülerek Samsun Barosu Yönetim Kurulu'nun 2004/... Esas, 2005/... Karar sayılı kararı ile şikayetli avukatın hem Avukatlık Yasası'nın 63/1. maddesi ve hem de dolandırıcılık fiilinden Avukatlık Yasası'nın 5/a maddesi gerekçe gösterilerek disiplin kovuşturması açılmasına karar verilmiştir.

Samsun Barosu Disiplin Kurulu önce ceza davasının sonucunun beklenmesine karar vermiştir.

Şikayetli avukat 22.06.2006 tarihli duruşmada hazır bulunarak hakkındaki iddiaları kabul etmediğini bildiren sözlü savunmasını yapmış, delillerini bildirmek üzere süre istemiş ve istediği süre verilmiştir. Bu arada Samsun Barosu Yönetim Kurulu'nun 2006/... Karar, 22.06.2006 tarihli kararı ile şikayetli hakkında Disiplin Kurulu'nun 2005/..., 2005/..., 2005/..., 2005/... ve 2005/... Esas sayılı dosyaları ile meslekten çıkarma istemli disiplin kovuşturmalarının devam ettiği gerekçesi ile Avukatlık Yasası'nın 153. maddesi uyarınca şikayetli avukatın tedbiren işten yasaklanması talebinde bulunduğu, Disiplin Kurulu'nun Avukatlık Yasası'nın 153/2. maddesi uyarınca şikayetli avukatın ifadesinin alınmasına karar verdiği yapılan tebligat üzerine şikayetli avukatın 11.08.2006 tarihli duruşmaya katılarak yazılı savunmasını ve delillerini sunmak üzere süre istediği, isteğinin kabul edilerek duruşmanın 07.09.2006 tarihine bırakıldığı, bu tarihte şikayetli avukatın vekilinin mesleki mazeret bildirerek, beyan ve delil için süre istediği, isteğinin kabul edilerek duruşmanın 09.11.2006 tarihine bırakıldığı masraf verilmediği için yeni duruşma gününün kalemden öğrenmesine karar verildiği görülmektedir.

Baro Disiplin Kurulu, ara kararı ile şikâyetli avukat hakkında 2005/..., 2005/... ve 2006/... sayılı dosyalarında meslekten çıkarma cezasını gerektiren eylemden dolayı kovuşturma açılıp devam ettiği gerekçesi ile Avukatlık Yasası'nın 153/3. maddesi gereğince tedbiren işten yasaklanmasına karar vermiş, incelemesine devam ederek daha önce Avukatlık Yasası'nın 140/2. maddesi gereğince ceza davasının sonucunun beklenmesi kararlaştırılmış ise de şikayetli avukatın işten yasaklanma cezasının üst sınırı olan üç yıl süre ile işten yasaklanma cezası aldığı, ceza davasının konusunu oluşturan eyleminin bu cezanın

uygulanması sırasında işlendiğinin belgelerden anlaşıldığı, bu durumda şikayetli avukatın yasaklı dönemde mesleğini icra ettiği, şikayetli avukatın bu eylemi nedeniyle takdir edilecek cezasının meslekten çıkarma cezasından başka bir ceza olamayacağı, ceza davasında şikayetli avukatın üzerine atılı eylemin gerçekleşmesi halinde takdir olunacak disiplin cezasının beklenmesine gerek kalmadığı, şikayetli avukatın işten yasaklı olduğu süre içinde mesleğine devam etmesi eylemine karşı gelen disiplin cezasının daha önce aldığı cezalar dikkate alındığında meslekten men cezasından başka bir ceza olamayacağı gerekçeleri ile ceza davasının sonucunun beklenmesine ilişkin ara kararından vazgeçilmesine karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu şikayetli avukatın ceza davasının beklenmesine ilişkin ara kararından vazgeçilmesine dair gerekçelerine ilaveten, Avukatlık Yasası'nın 140/2. maddesinin konulma amacının disiplin kovuşturmasının sadece ceza davasının konusunu oluşturan eylemden ibaret olması bu fiilden mahkumiyet halinde maddi olayın disiplin kovuşturmasını da bağlayıcı sonuç doğurması için olduğunu, bazı durumlarda eylemin en hafif şekli ile dahi duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkması halinde ceza davasının sonucunun beklenmesine gerek kalmayacağı inancının olduğu, ceza davalarının yasadaki değişiklikler nedeniyle de çok uzayabileceği düşünülerek yasanın sözlü anlatımına değil kanun koyucunun gerçek maksadına göre hareket ederek şikayetli avukatın eyleminin sabit olduğu ve son aldığı cezanın da üç yıl süreli meslekten çıkarma cezası olduğu göz önünde bulundurularak şikayetli avukatın Avukatlık Yasası'nın 135/5. ve 45/3. maddeleri uyarınca meslekten çıkarılmasına, avukatlık ruhsatnamesinin geri alınarak adının baro levhasından silinmesine, avukatlık unvanının kaldırılmasına karar vermiştir.

Şikayetli vekili itirazında, Disiplin Kurulu'nca tayin edilen günde mesleki mazereti sebebi ile hazır bulunamadığını, bundan sonra da kendisine bir tebligat yapılmadığını usul yönünden bu hususun yasa-ya aykırı olduğunu, ceza davasının sonucunun beklenmesi gerektiğini, tedbir mahiyetinde avukatlık ruhsatnamesinin geri alınarak baro levhasından silinmesine ve avukatlık sıfatının sona erdirilmesine karar verilemeyeceğini ileri sürmektedir.

Öncelikle şikayetli avukatın tedbiren işten yasaklanmasına ilişkin ara kararına itirazının incelenmesinde;

Avukatlık Yasası'nın 153/1. maddesi; *"Hakkında meslekten çıkarma cezasını gerektirebilecek mahiyette bir işten dolayı kovuşturma yapılmakta olan avukat disiplin kurulu kararı ile işten yasaklanabilir."*, ikinci fıkrası, *"Kararın verilmesinden önce ilgilinin dinlenmiş veya dinlenmek üzere çağırılmış olup da belirtilen günde gelmemiş olması şarttır."* hükümlerini taşımaktadır. Baro Disiplin Kurulu'nun tedbiren işten yasaklama istemi ile ilgili olarak düzenlenen duruşmaya şikayetli avukat katılmış ve süre istemiştir. İstemi kabul edilmiş sonraki duruşmaya vekili mazeret bildirmiş ve süre istemiş, ancak tebligat için masraf vermemiştir. Sonraki duruşmaya da katılmamıştır. İstemın tedbir niteliğinde olması ve yasanın gerektirdiği toleransın da gösterilmiş bulunduğu kanaati ile savunmanın kısıtlandığı şeklindeki itiraza itibar edilmemiştir. Şikayetli avukat hakkındaki ceza kovuşturması TCK'nun 503 ve 522. maddelerine dayanan dolandırıcılık iddiasını içermektedir. Avukatlık Yasası'nın 5/a maddesine göre yüz kızartıcı suç niteliğindeki bu eylemler avukatlık niteliklerinin kaybedilmesi ve *"meslekten çıkarma cezasını gerektirebilecek"* hususlardır. Bu sebeple Baro Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukatın tedbiren işten yasaklanmasına ilişkin ara kararında hukuksal isabetsizlik görülmemiştir. Şikayetli vekilinin itirazında ileri sürdüğü tedbiren işten yasaklamada baro levhasında silinmesine, avukatlık sıfatının sona erdirilmesine karar verilemeyeceğine ilişkin itirazları bu hususların tedbiren işten yasaklama kararında değil, meslekten çıkarma kararında yer alması sebebiyle sonuca etkili görülmemiştir.

Şikayetli avukatın meslekten çıkarma cezasına ilişkin itirazı yönünden yapılan incelemede;

Şikayetli avukat hakkında disiplin kovuşturması açılmasına ilişkin Baro Yönetim Kurulu kararında, hem Avukatlık Yasası'nın 63/1. maddesi ve hem de dolandırıcılık fiilinden dolayı Avukatlık Yasası'nın 5/a maddesi gerekçe gösterilerek disiplin kovuşturması açılmasına karar verilmiştir. Baro Disiplin Kurulu da bu sebeple şikayetli avukat hakkında açılan ceza davasının sonucunun beklenmesine karar vermiştir. Disiplin kovuşturması iki iddia yönünden yürütülmekte iken, bunlardan birinin zaten sabit olduğu ve artık diğerine ilişkin ceza davasının beklenmesine gerek kalmayacağı şeklindeki Disiplin Kurulu gerekçesi iki iddia ile ilgili olarak yürütülmekte olan kovuşturmanın birbirinden ayrılarak ayrı ayrı iki disiplin kovuşturması haline getirilmeden geçerli kabul edilemez.



Baro Disiplin Kurulu'nun Avukatlık Yasası'nın 140/2. maddesinde yazılı, "şu kadar ki disiplin işlem ve kararına konu teşkil edecek bir eylemde bulunmuş olan avukat hakkında aynı eylemden dolayı ceza mahkemesinde dava açılmış ise, avukat hakkındaki disiplin kovuşturması ceza davasının sonuna kadar bekletilir" kuralına aykırı olarak ve "açılmış ceza davasının beklenilmesine gerek olmadığı" şeklinde yasanın emredici kuralına uygun olmayarak verdiği kararda hukuki isabet görülmemiştir. Disiplin Kurulu'nun kararında bu yönde ileri sürülen tüm gerekçelerin, Avukatlık Yasası'nın 153. maddesine göre şartları oluştuğunda tedbiren işten yasaklanma yoluyla giderilmesinin kanun koyucu tarafından düşünüldüğü de açıktır.

Bu sebeplerle Baro Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukatın tedbiren işten yasaklanmasına ilişkin ara kararında hukuksal isabetsizlik bulunmamış, "meslekten çıkarma cezası verilmesine" ilişkin değerlendirmesinin, Avukatlık Yasası'nın 140/2. maddesine aykırı olması sebebiyle isabetli görülmemiş ve tedbiren işten yasaklanmasına ilişkin ara kararının onanmasına, meslekten çıkarma cezasının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak şikayetli avukat vekilinin Samsun Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukatın tedbiren işten yasaklamasına ilişkin ara kararına itirazının reddi ile, kararın onanmasına, şikayetli avukatın "meslekten çıkarma cezasına" ilişkin kararına itirazının kabulü ile şikayetli avukat hakkındaki ceza davasının sonucunun beklenmesi ve ceza mahkemesi kararının kesinleşmesinden sonra oluşacak duruma göre karar verilmesi için Samsun Barosu Disiplin Kurulu kararının bozulmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 12.01.2007  
E. 2006/431  
K. 2007/17

**\* Avukatın, zorunlu olmadıkça, müvekkili adına basına açıklamada bulunamaması kuralının ihlali.**

(Av. K. m. 34; TBB Meslek Kuralları m. 40; TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği m. 8/b)

Şikayetli Av. M. V. ile avukat arkadaşları S. T., M. K., hükümlü Abdullah Öcalan vekilleri sıfatıyla 12.03.2003 günü cezaevinde yaptıkları görüşme sonunda, müvekkilleri tarafından kendilerine aktarılan bir kısım görüşleri 13.03.2003 tarihinde bürolarında yaptıkları basın toplantısı ile hukuki yardım amacını da aşacak şekilde medya mensuplarına açıkladıkları, bu suretle Yeniden Özgür Gündem Gazetesi'nin 14.03.2003 günlü nüshasında "Öcalan'dan Barış Çağrısı" başlıklı yazı ile Özgür Politika Dergisi'nin internet üzerinden yayın yapan web sitesinde 15.03.2003 günü "Doğrudan Vazgeçmem" başlıklı yazı ve Yeniden Özgür Gündem Gazetesi'nin 16.03.2003 günlü nüshasında "Hükümete Mektup" başlıklı haber yazılarının yayınlanmasına neden olduklarından dolayı haklarında Bakanlıkça soruşturma izni verilmiş ve disiplin yönünden gereği yapılmak üzere durum Baro Başkanlığı'na bildirilmiştir.

Baro Yönetim Kurulu 30.03.2004 tarihli kararıyla, şikayetlilerin vekili oldukları hükümlünün yargılandığı davanın özelliği nedeniyle vekalet akdinden doğan sorumluluk sınırının ve hukuki yardım amacının aşılmadığı, haksız rekabet yaratılmadığı gerekçesiyle şikayetliler hakkında disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

Karara Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz etmiş, itiraz üzerine Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, şikayetli avukatlardan S. T. ve M. K.'nin dosya içindeki gazete kupüründe isimlerinin geçmemesi nedeniyle bu avukatlar yönünden şikayetin reddine, Avukat M. V. yönünden itirazın kabulü ile Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 40. maddesi gereğince disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiştir. Bu karar Adalet Bakanlığı tarafından onaylanmıştır.

Baro Yönetim Kurulu 25.08.2004 tarihli kararıyla soruşturma başlatmış ve konuyu soruşturmak üzere soruşturmacı atamıştır. Şikayetli

avukattan savunması istenilmiş, ancak şikayetli savunma sunmamıştır.

Baro Yönetim Kurulu 27.04.2005 tarihli kararıyla; soruşturmacı raporu doğrultusunda, şikayetlinin vekili bulunduğu davayı kamuoyunun yakından izlediği, savunma faaliyetinin duruşma salonu ve dava dosyasıyla sınırlandırılmayacağı, davanın özelliği nedeniyle vekalet akdinden doğan sorumluluk sınırının ve hukuki yardım amacının aşılmadığı, haksız rekabet yaratılmadığı ve açılan kamu davasının hükümlülükle sonuçlanması halinde mahkumiyet kararına dayanılarak dosyanın yeniden ele alınabileceğini ileri sürerek şikayetli Avukat M. V. hakkında disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

Bu karara da Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan itiraz üzerine Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu 30.07.2005 tarihli kararıyla, Diyarbakır Barosu Yönetim Kurulu tarafından alınan kararın yok hükmünde olduğunu, daha önce verilen 17.04.2004 tarih ve 2004/ ... Esas, 2004/ ... Karar sayılı karara uymanın zorunlu olduğunu, şikayetli avukat hakkında Avukatlık Yasası'nın 34. ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 40. maddeleri gereğince disiplin kovuşturması açılması gerektiğini belirterek dosyayı Baro Başkanlığı'na göndermiştir.

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun bu kararı üzerine Diyarbakır Barosu Yönetim Kurulu 14.09.2005 tarih ve 2005/ ... Esas sayılı kararı ile şikayetli Avukat M. V. hakkında disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu yaptığı kovuşturmada, Yeniden Özgür Gündem Gazetesi'nin 14.03.2003 günlü nüshasında yayınlanan "*Öcalan'dan Barış Çağrısı*" başlıklı yazıda şikayetli Av. M. V.'nin isminin geçmediği, özel olarak herhangi bir açıklamasının bulunmadığı, Yeniden Özgür Gündem Gazetesi'nin 14.03.2003 günlü nüshasında "*Öcalan'dan Barış Çağrısı*" başlıklı yazı ve Yeniden Özgür Gündem Gazetesi'nin 16.03.2003 günlü nüshasında yayınlanan "*Hükümete Mektup*" başlıklı haber yazıda şikayetli Av. M. V.'nin ismi geçmediği saptamasına yer vererek, disiplin suçuna konu eylemin yapıldığına ilişkin dosyada somut ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gerekçesiyle şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Cumhuriyet Başsavcılığı'na yapılan tebliğ üzerine Savcılık karara itiraz etmiştir. Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında; devam eden ceza kovuşturmasının sonucunun beklenmediği, şikayetlinin avukatlık görevinin sınırlarını ve hukuki yardımın amacını aşar şekilde hareket ettiği, soruşturmanın eksik yapıldığı, şikayetli avukatın ceza gerektirir davranışlarının olup olmadığının araştırılmadığını belirterek Diyarbakır Barosu Disiplin Kurulu tarafından verilen kararın kaldırılmasını talep etmiştir.

Disiplin kovuşturmasının konusu, şikayetli avukatın Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 40. maddesinde öngörülen, "*müvekkili adına basına açıklamada bulunmama*" kuralını ihlal edip etmediğine ve bu eylemi nedeniyle kendisine disiplin cezası verilir verilemeyeceğine ilişkindir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 40. maddesinde, "*Avukat kesin olarak zorunlu bulunmadıkça müvekkili adına basına açıklama bulunamaz*" kuralına yer verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden, şikayetlinin adının ve fotoğrafının gazetelerde yer aldığı ve iddia edilen basın açıklamasının şikayetli avukat tarafından yapıldığı anlaşılmaktadır. Şikayetlinin yaptığı basın açıklaması ve basına verdiği demeç savunma göreviyle ilgili bir içerik taşımamakta olup, daha çok müvekkilinin görüş ve düşüncelerinin kamuoyuna aktarılmasına yardım biçiminde gerçekleşmiştir. Böyle bir davranış avukatların görevleri arasında değildir. Kaldı ki, şikayetli avukat tarafından yapılan basın açıklaması ve verilen demeç müvekkil adına zorunlu olarak yapılan bir açıklama olarak da değerlendirilemez.

Şikayetli avukatın bu eylemi, Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 8/b maddesinde yazılı; "*(Avukat) ... dava ile özdeşleşip tarafların sözcüsü gibi hareket edemez, davanın hukuki boyutları içinde kalmak kaydıyla ve zorunlu haller dışında yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçlarına demeç veremez, açıklama yapamazlar.*" ilkesine de aykırıdır.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesinde avukatların, 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 ve Türkiye Barolar Birliği'nce

belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlü oldukları belirtilmiştir.

Şikayetli basın açıklaması yapmış olmakla, Avukatlık Yasası'nın 34. ve TBB Meslek Kuralları 40. maddelerinde tanımını bulan ilkeye açıkça aykırı davranmıştır. Dosyada bu durumun aksini gösteren bilgi, belge ve savunmaya rastlanılmamıştır. Bu bakımdan Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı yerinde görülmüştür.

Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı'nın diğer itiraz nedenlerinden ceza kovuşturmasının sonucunun beklenmesi itirazı, ceza kovuşturması ile ilgili bilgi ve belgelere dosyada rastlanmaması ve esasen disiplin kovuşturmasına konu eylemin ceza hukukuyla ilgisi bulunmaması nedeniyle yerinde görülmemiştir.

Bu nedenlerle, Diyarbakır Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılarak, yeniden araştırılacak bir husus bulunmadığından şikayetlinin kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulüyle, Diyarbakır Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukat hakkında verdiği disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin 08.09.2006 tarih ve 2005/... Esas, 2006/... Karar sayılı kararının kaldırılmasına, araştırılacak başkaca bir husus bulunmadığından şikayetli Av. M. V'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına katılanların oyçokluğuyla karar verildi.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, Resmi Gazete 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 17 Nisan 2007/26496

- 5621 Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5622 Tasfiye İşleri Döner Sermaye İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün Gümrük Müsteşarlığı'na Bağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5623 Serbest Bölgeler Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

### RG 21 Nisan 2007/26500

- 5620 Kamuda Geçici İş Pozisyonlarında Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Geçici İşçi Çalıştırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

### RG 26 Nisan 2007/26504

- 5625 Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
- 5626 Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

### RG 01 Mayıs 2007/26509

- 5629 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Bahreyn Krallığı Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- 5630 Türkiye Cumhuriyeti'nin Avrupa Birliği Kriz Yönetimi Harekatlarına Katılımı İçin Avrupa Birliği ile Türkiye Cumhuriyeti Arasında Çerçeve Teşkil Eden Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5631 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Katar Devleti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5632 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Güney Afrika Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ticaret ve Ekonomik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5633 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Macaristan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ekonomik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

### RG 02 Mayıs 2007/26510

- 5624 Kan ve Kan Ürünleri Kanunu
- 5627 Enerji Verimliliği Kanunu
- 5634 Hemşirelik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5635 Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5637 Uygulama İmkânı Kalmamış Bazı Kanunların Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun

### RG 04 Mayıs 2007/26512

- 5628 Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5636 Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

### RG 08 Mayıs 2007/26516

- 5639 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Fas Krallığı Hükümeti Arasında Karayolları Ulaşımı Altyapısı Teknik ve Bilimsel İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5640 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kongo Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Askeri Alanda Eğitim, Teknik ve Bilimsel

- İşbirliği Çerçeve Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5641 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kenya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ticaret ve Ekonomik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5642 Türkiye Cumhuriyeti ile Oman Sultanlığı Arasında Ticari Mübadele ve Ekonomik, Teknik, Bilimsel ve Kültürel İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5643 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Madagaskar Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ticaret, Ekonomik ve Teknik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5644 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Moritanya İslam Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ticaret, Ekonomik ve Teknik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5645 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile İsrail Devleti Hükümeti Arasında Sınai Araştırma-Geliştirme Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5646 WIPO İcralar ve Fonogramlar Andlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun
- 5647 WIPO Telif Hakları Andlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun

**RG 10 Mayıs 2007/26518**

- 5649 İstiklal Marşı'nın Kabul Edildiği Günü ve Mehmet Akif Ersoy'u Anma Günü Hakkında Kanun
- 5650 Türk Medenî Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

**RG 18 Mayıs 2007/26526**

- 5638 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Ekonomik İşbirliği Teşkilatı (EİT) Ticaret ve Kalkınma Bankası Arasında Merkez Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5648 Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun
- 5653 Yunus Emre Vakfı Kanunu



## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- 5656 Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun
- 5658 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Karadeniz Ekonomik İşbirliği Örgütü Arasında Merkez Anlaşmasına Yeni Hükümler Derceden Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5659 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun\*

### RG 20 Mayıs 2007/26527

- 5655 Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5657 Karadeniz Ekonomik İşbirliği Örgütü İş Konseyi Uluslararası Sekretaryasının Türkiye'de Yararlanacağı Ayrıcalıklar, Bağlılıklar ve Kolaylıklara Dair Kanun

### RG 23 Mayıs 2007/26530

- 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun\*\*
- 5652 Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilerek Kabulüne İlişkin Kanun

### RG 25 Mayıs 2007/26532

- 5661 Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası Anonim Şirketi ve Tarım Kredi Kooperatifleri Tarafından Kullanılan Toplu Köy İkrazatı/Grup Kredilerinden Doğan Kefaletin Sona Erdirilmesi Hakkında Kanun

### RG 29 Mayıs 2007/26536

- 5662 Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'nda ve Yükseköğretim Kurumları Öğretim Elemanlarının Kadroları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye Ekli Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

---

\* Bkz. Ekler

\*\*

**RG 30 Mayıs 2007/26537**

- 5663 Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
- 5664 Konut Edindirme Yardımı Hak Sahiplerine Ödeme Yapılmasına Dair Kanun
- 5666 Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5667 Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketi'nce Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanun

**RG 31 Mayıs 2007/26538**

- 5668 Türk Silahlı Kuvvetleri Besleme Kanunu

**RG 01 Haziran 2007/26539**

- 5670 Güneydoğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi Teşkilatının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5672 Sendikalar Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

**RG 02 Haziran 2007/26540**

- 5673 Köy Kanunu'nda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

**RG 08 Haziran 2007/26546**

- 5687 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Ukrayna Hükümeti Arasında Uzayın Araştırma ve Kullanımı Konularında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun

**RG 06 Haziran 2007/26544**

- 5676 Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

**RG 07 Haziran 2007/26545**

- 5671 Merkezi Finans ve İhale Biriminin İstihdam ve Bütçe Esasları Hakkında Kanun

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- 5674 Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun
- 5675 Büyükşehir Belediyesi Kanunu, İl Özel İdaresi Kanunu ve Belediye Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5679 Belediye Gelirleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
- 5680 Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

### **RG 09 Haziran 2007/26547**

- 5683 Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

### **RG 12 Haziran 2007/26550**

- 5669 Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

### **RG 13 Haziran 2007/26551**

- 5686 Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu

### **RG 14 Haziran 2007/26552**

- 5681 Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun\*\*\*
- 5684 Sigortacılık Kanunu

## TÜZÜKLER

### **RG 02 Haziran 2007/26540**

- 2007/12105 Seferberlik ve Savaş Hali Tüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük

### **RG 14 Haziran 2007/26552**

- Bazı Tüzüklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzükler

---

\*\*\* Bkz. Ekler

**RG 15 Haziran 2007/26553**

2007/12153 Endüstriyel Mamulatin Maliyet ve Toptan Satış Fiyatlarını Kontrol ve Tesbiti Hakkında Nizamnamenin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

2007/12158 Askeri Hastahanelere Alınacak Ahali ve Fukara Hakkındaki Nizamnamenin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

2007/12213 Gemi Adamlarının Yeterliği ve Sayısı Hakkında Tüzüğün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

**YÖNETMELİKLER**

**RG 16 Nisan 2007/26495**

- İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 17 Nisan 2007/26496**

- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Teşkilatı Kuruluş ve Görev Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Ön Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 18 Nisan 2007/26497**

- Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği
- Karayolları Trafik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uçak Pilotu Lisans Yönetmeliğinde (SHY-1) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Köy Bazlı Katılımcı Yatırım Programı Çerçevesinde Makine ve Ekipman Alımlarının Desteklenmesi Yönetmeliği

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Köy Bazlı Katılımcı Yatırım Programı Çerçevesinde Tarıma Dayalı Yatırımların Desteklenmesi Yönetmeliği

### RG 19 Nisan 2007/26498

- Çankaya Üniversitesi Ana Yönetmeliği

### RG 20 Nisan 2007/26499

- Gülhane Askerî Tıp Akademisi ve Bağlı Eğitim Hastahaneleri Döner Sermaye İşletmeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Evrensel Hizmet Gelirlerinin Tahsili ve Giderlerin Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 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
- Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 21 Nisan 2007/26500

2007/11932 Madencilik Faaliyetleri İzin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Gaziantep Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziantep Üniversitesi Öğrenci Kayıt Kabul İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 22 Nisan 2007/26501

- Gemiadamı Yetiştirme Kursları Yönetmeliği
- Denizcilik Müsteşarlığı Denizcilik Uzman Yardımcılığı Giriş Sınavı ve Denizcilik Uzmanlığı Yeterlik Sınavı ile Denizcilik Uzmanlarının Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

**RG 25 Nisan 2007/26503**

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Merkez ve Taşra Teşkilatı Ulusal ve Uluslar Arası Sportif Faaliyetlerine İlişkin Mal ve Hizmet Alımları İhale Yönetmeliği
- Petrol Piyasasında Uygulanacak Teknik Kriterler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 26 Nisan 2007/26504**

- Subay ve Astsubay Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketici ve Rekabet Uzmanlığı Sınav ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 27 Nisan 2007/26505**

- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Proje Teşvik ve Destekleme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Su Ürünleri Toptan ve Perakende Satış Yerleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 28 Nisan 2007/26506**

- Hâkim ve Savcılara Bilgisayar Verilmesi Hakkında Yönetmelik
- Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince 19/12/2006 Tarihinden Önce Görevlendirilen Müdafî ve Vekillerin Almayı Hak Ettikleri Ücretler ile Görevin İfasından Doğan Zorunlu Giderlerin Ödenmesine İlişkin Yönetmelik
- Köylere Hizmet Götürme Birliği İhale Yönetmeliği
- Yan Dal Uzmanlık Eğitimi Giriş Sınavı Yönetmeliği
- Yükseköğretim Kurumlarının Yurtdışındaki Kapsama Dahil Yükseköğretim Kurumlarıyla Ortak Eğitim ve Öğretim Programları Tesisi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

## **yasalar, tüzükler, yönetmelikler**

### **RG 29 Nisan 2007/26507**

- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim Uzman Yardımcılığı ve Uzmanlığı Sınav, Görev, Yetki, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Üreme Sağlığı, Teşhis, Tedavi, Eğitim, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

### **RG 30 Nisan 2007/26508**

- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Teşkilatlanma ve Destekleme Genel Müdürlüğü Kontrolörleri Atama, Görev ve Yetki Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İki veya Üç Tekerlekli Motorlu Araçların Frenleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (93/14/AT)
- İki veya Üç Tekerlekli Motorlu Araçlar İçin Zorunlu İşaretlemeler ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (93/34/AT)
- İki veya Üç Tekerlekli Motorlu Araçların Azami Tasarım Hızı, Azami Torku ve Azami Net Motor Gücü ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (95/1/AT)
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Arşiv Hizmetleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

### **RG 01 Mayıs 2007/26509**

- Döner Sermayeli İşletmeler Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği
- Tarımsal Üretici Birlikleri ile Tarımsal Üretici Merkez Birliklerinin Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik
- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Kurumunun Denetim Çalışmalarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### **RG 02 Mayıs 2007/26510**

- Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Adnan Menderes Üniversitesi Tıp ve Sağlık Bilimleri Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Gençlik Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi (ADÜ-GENÇ) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 03 Mayıs 2007/26511**

- Sigorta ve Reasürans Şirketlerinde Bağımsız Denetim Yapılmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik

**RG 04 Mayıs 2007/26512**

- Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Teknik Karşılıklarına ve Bu Karşılıkların Yatırılacağı Varlıklara İlişkin Yönetmelik
- Telsiz Operatör Yeterlikleri ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 05 Mayıs 2007/26513**

- 2007/11968 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- 2007/11991 Memurlara Yapılacak Giyecek Yardımı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Kalkınma Bankası Anonim Şirketi Teftiş Kurulu Yönetmeliği
  - Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
  - Türk Dişhekimleri Birliği ve Dişhekimleri Odalarının Anlaşmalı Dişhekimlerinin Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik



## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

### RG 06 Mayıs 2007/26514

2007/11994 Harp Araç ve Gereçleri ile Silah, Mühimmat ve Patlayıcı Madde Üreten Sanayi Kuruluşlarının Denetimi Hakkında Yönetmelik

- Namık Kemal Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

### RG 07 Mayıs 2007/26515

- İstanbul Üniversitesi Ulaştırma ve Lojistik Yüksekokulu Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

### RG 08 Mayıs 2007/26516

2007/12022 Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yapıtırılması ile Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türkiye Denizcilik İşletmeleri Anonim Şirketi Satış İşlemleri Yönetmeliği

### RG 09 Mayıs 2007/26517

- Gümrüksüz Satış Mağazaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Boğaziçi Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 10 Mayıs 2007/26518

- Belirli Gerilim Sınırları Dahilinde Kullanılmak Üzere Tasarlanmış Elektrikli Teçhizat ile İlgili Yönetmelikte (73/23/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tekerlekli Tarım veya Orman Traktörlerinin Bazı Parçaları ve Özellikleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (74/151/AT)
- Tekerlekli Tarım veya Orman Traktörlerinin Aydınlatma ve Işıklı Sinyal Cihazlarının Yerleştirilmesi ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (78/933/AT)
- Dar İzli Tekerlekli Tarım ve Orman Traktörlerinin Arkaya Monte Edilmiş Devrilmeye Karşı Koruma Çerçevesi ile İlgili Tip

- Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (86/298/AT)
- Dar İzli Tekerlekli Tarım ve Orman Traktörlerinin Sürücü Koltuğu Önüne Monte Edilmiş Devrilmeye Karşı Koruma Çerçevesi ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (87/402/AT)
  - Tekerlekli Tarım veya Orman Traktörlerinin Bazı Aksamaları ve Karakteristikleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (89/173/AT)
  - İki veya Üç Tekerlekli Motorlu Araçların Kütleleri ve Boyutları ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (93/93/AT)
  - Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
  - Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı Taşınır Mal ve Taşınmaz Satışı, Trampa, Kiraya Verme, Sınırlı Aynı Hak Tesisi, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliği

**RG 11 Mayıs 2007/26519**

- Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Denklik Yönetmeliği

**RG 13 Mayıs 2007/26521**

- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

**RG 14 Mayıs 2007/26522**

- Isınmadan Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 15 Mayıs 2007/26523**

- Yan Dal Uzmanlık Eğitimi Giriş Sınavı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Prodüktivite Merkezi Uzman Yardımcılığı ve Verimlilik Uzmanlığı Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

### RG 16 Mayıs 2007/26524

- Hava Aracı Bakım Personeli Lisans Yönetmeliği (SHY 66-01)
- Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İç Denetim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 17 Mayıs 2007/26525

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü İşletme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Kontrolörleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ulusal Bor Araştırma Enstitüsü Muhasebe Uygulama Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Yabancı Dil Hazırlık Programı Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Simulasyon ve Modelleme Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Pamukkale Üniversitesi Enerji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

### RG 18 Mayıs 2007/26526

- Karayolları Trafik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik\*\*\*\*

### RG 20 Mayıs 2007/26527

- Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı Muhasebe Uygulama Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Malzeme Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

### RG 21 Mayıs 2007/26528

- Kıymetli Madenler Borsası Aracı Kuruluşlarının Faaliyet Esasları ile Kıymetli Madenler Aracı Kurumlarının Kuruluşu Hakkında Yönetmelik
- Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

---

\*\*\*\* Bkz. Ekler

- Mersin Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

**RG 22 Mayıs 2007/26529**

- Devlet Personel Uzman Yardımcılığı ve Uzmanlığı Sınav, Görev, Yetki, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği
- Sosyal Güvenlik Kurumuna Prim Borcu Olan İşverenlerin Kamuoyuna Açıklanmasına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Emekli ve Malullük Aylığı Bağlanmış Olanlarla, Bunların Kanunen Bakmakla Yükümlü Buldukları Aile Fertleri, Dul ve Yetim Aylığı Alanların Muayene ile Tedavileri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bağ-Kur Sağlık Sigortası Yardımları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Göre Eş ve Çocuklara Temin Edilecek Protez Araç ve Gereçlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 2167 Sayılı Kanunla Değiştirilen 32. Maddesinin (B) Fıkrasında Belirtilen Ağız Protezleri ile İlgili Olarak Yapılacak Yardıma İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı (KOSGEB) Destekleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Sigorta İşleri Yönetmeliği

**RG 23 Mayıs 2007/26530**

- Sosyal Yardım Uzman Yardımcılığı ve Sosyal Yardım Uzmanlığı Sınav, Atama, Görev, Yetki, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İngilizce Hazırlık Sınıfı Yönetmeliği

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

### RG 24 Mayıs 2007/26531

- Namık Kemal Üniversitesi Yaz Okulu Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

### RG 25 Mayıs 2007/26532

- Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Subay Sicil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Astsubay Sicil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gemi Adamları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Çevre Mühendisleri Odası Sürekli Eğitim Merkezi ve Belgelendirme Yönetmeliği

### RG 25 Mayıs 2007/26532 (Mükerrer)

- Emekli ve Malullük Aylığı Bağlanmış Olanlarla, Bunların Kanunen Bakmakla Yükümlü Buldukları Aile Fertleri, Dul ve Yetim Aylığı Alanların Muayene ile Tedavileri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 26 Mayıs 2007/26533

- Yatırım ve İstihdamın Teşviki Amacıyla Bedelsiz İrtifak Hakkı Tesis Edilmesine ve Bedelsiz Kullanma İzni Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar
- Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bahçeşehir Üniversitesi Akdeniz Araştırmaları ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

### RG 27 Mayıs 2007/26534

- İhsan Doğramacı Vakfı Özel Bilkent Laboratuvar Okulları Kurum Yönetmeliği
- Kaçak Petrolün Tespit ve Tasfiyesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

- Bahçeşehir Üniversitesi Turizm Yapıları ve Deniz Mimarlığı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

**RG 28 Mayıs 2007/26535**

- Afyon Kocatepe Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bahçeşehir Üniversitesi Asya Pasifik Araştırmaları ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Geri Kalmış Bölgelerde Yatırım ve İstihdamı Geliştirme, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

**RG 30 Mayıs 2007/26537**

- 2007/12125 Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uçak Mürettebatı Belgelerinin Düzenlenmesine Ait Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
  - Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği
  - Türkiye Elektromekanik Sanayii AŞ (TEMSAN) Genel Müdürlüğü Kapsam Dışı Personelin Disiplin ve Sicil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
  - Dumlupınar Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliği
  - Süleyman Demire Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 31 Mayıs 2007/26538**

- Konut Finansmanı Sisteminde Erken Ödeme İndirimi ve Yıllık Maliyet Oranı Hesaplama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Konut Finansmanı Kuruluşlarınca Verilecek Sözleşme Öncesi Bilgi Formu Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Değişken Faizi İçeren Konut Finansmanı Sözleşmelerine Dair Tüketicilerin Bilgilendirilmesi Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Sanayi Mallarının Satış Sonrası Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 01 Haziran 2007/26539

- Ticari Hava Taşıma İşletmeleri Yönetmeliği (SHY-6A)

### RG 02 Haziran 2007/26540

- Askerî Yargı Hâkim Adayları ile Avukat ve Noter Adaylarının Türkiye Adalet Akademisindeki Meslek Öncesi Eğitimlerine İlişkin Yönetmelik\*\*\*\*
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Taşıt, Nakil, Yol ve İş Makineleri Kira Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 03 Haziran 2007/26541

- Amasya Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

### RG 04 Haziran 2007/26542

- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ordu Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 05 Haziran 2007/26543

- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasasında Uygulanacak Teknik Düzenlemeler Hakkında Yönetmelik

### RG 06 Haziran 2007/26544

- Kaçak Petrolün Yakalanması Halinde İhbar Edenlere ve Yaka-

---

\*\*\*\* Bkz. Ekler

- layan Kamu Görevlilerine İkramiye Ödenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 07 Haziran 2007/26545**

- Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim, Sınav, Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Zorunlu Yabancı Dil Hazırlık Eğitim-Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 08 Haziran 2007/26546**

- Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İçişleri Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik
- İçişleri Bakanlığı Personeli Yer Değiştirme ve Atama Yönetmeliği
- Türkiye Demiryolu Makinaları Sanayii AŞ Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kabotajda Çalışan 400 Gros Tondan Küçük Petrol Tankerlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Türkiye İş Kurumu İşgücü Yetiştirme ve Uyum Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Hazırlık Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 09 Haziran 2007/26547**

- Başbakanlık Uzman Yardımcılığı Giriş ve Başbakanlık Uzmanlığı Yeterlik Sınavları ile Atama, Yetiştirilme, Görev, Yetki ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Futbolda Müşterek Bahis Oyunları Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik



## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Spor Toto Teşkilat Başkanlığı Reklam Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Belirli Tekstil Ürünleri İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İkili Anlaşmalar, Protokoller veya Diğer Düzenlemeler Kapsamı Dışında, Belirli Ülkeler Menşeli Tekstil Ürünleri İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Okul Öncesi Eğitim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Yaygın Eğitim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Orta Öğretim Kurumları Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankaların Likidite Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 10 Haziran 2007/26548

- İl Özel İdareleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmelik
- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliği

### RG 11 Haziran 2007/26549

- İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü İş Sağlığı ve Güvenliği Uzman Yardımcılığı ve Uzmanlığı Atama, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ev Tipi Klimaların Enerji Etiketlenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Çift Anadal Programı (ÇAP) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 12 Haziran 2007/26550**

- Gümrük Müsteşarlığı Personelinin Yer Değişirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adli ve İdarî Yargıda Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülâkat ve Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Köy Enstitüleri ve Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

**RG 14 Haziran 2007/26552**

- Kıymetli Madenler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İşçi Ücretlerinden Ceza Olarak Kesilen Paraları Kullanmaya Yetkili Kurulun Teşekkülü ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'nin Ekler bölümü, elimizin altında bulunmasını istediğimiz, ancak gözümüzün önünde bulunmasını istemediğimiz önemli bilgileri, metinleri bünyesinde saklayacaktır. Dergi'nin okunmasını zorlaştıracak, ancak kimilerinin ayrıntılarına önem verdiği uzun metinlere, yasalara, tüzük ve yönetmeliklere burada yer verilecektir.

Biz bu bölüme kendi aramızda, eski evlerin vazgeçilmez temiz, düzenli, ancak göz önünde bulunmayan bölümünden esinlenerek "**Kiler**" diyoruz. Büyük ihtiyaçlara cevap verecek bölümün geleceği de sizlerin öneri ve dilekleriyle şekillenecektir.

## KANUNLAR

### 2709 SAYILI TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASINA GEÇİCİ MADDE EKLENMESİNE DAİR KANUN

**Kanun No. 5659**  
**Kabul Tarihi : 10/5/2007**

**MADDE 1 -** 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 17 - Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ilk genel seçimde, Anayasanın 67 nci maddesinin son fıkrası 10/6/1983 tarihli ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun bağımsız adayların birleşik oy pusulasında yer almasına ilişkin hükümleri bakımından uygulanmaz."

**MADDE 2 -** Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer ve halkoyuna sunulması halinde oylanır.

17/5/2007

### İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESİ VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADELE EDİLMESİ HAKKINDA KANUN

**Kanun No. 5651**  
**Kabul Tarihi : 4/5/2007**

#### **Amaç ve kapsam**

**MADDE 1 -** (1) Bu Kanunun amaç ve kapsamı; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usûlleri düzenlemektir.

**Tanımlar**

**MADDE 2 -** (1) Bu Kanunun uygulamasında;

a) Bakanlık: Ulaştırma Bakanlığını,

b) Başkanlık: Kurum bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığını,

c) Başkan: Telekomünikasyon İletişim Başkanı,

ç) Bilgi: Verilerin anlam kazanmış biçimini,

d) Erişim: Bir internet ortamına bağlanarak kullanım olanağı kazanılmasını,

e) Erişim sağlayıcı: Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri,

f) İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri,

g) İnternet ortamı: Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortamı,

ğ) İnternet ortamında yapılan yayın: İnternet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verileri,

h) İzleme: İnternet ortamındaki verilere etki etmeksizin bilgi ve verilerin takip edilmesini,

ı) Kurum: Telekomünikasyon Kurumunu,

i) Toplu kullanım sağlayıcı: Kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayanı,

j) Trafik bilgisi: İnternet ortamında gerçekleştirilen her türlü erişime ilişkin olarak taraflar, zaman, süre, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve bağlantı noktaları gibi değerleri,

k) Veri: Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri,

l) Yayın: İnternet ortamında yapılan yayını,

m) Yer sağlayıcı: Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri,

ifade eder.

**Bilgilendirme yükümlülüğü**

**MADDE 3 -** (1) İçerik, yer ve erişim sağlayıcıları, yönetmelikle belirlenen esas ve usûller çerçevesinde tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmakla yükümlüdür.

(2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen yükümlülüğü yerine getirmeyen içerik, yer veya erişim sağlayıcısına Başkanlık tarafından ikibin Yeni Türk Lirasından onbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

### **İçerik sağlayıcının sorumluluğu**

**MADDE 4 - (1)** İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

(2) İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur.

### **Yer sağlayıcının yükümlülükleri**

**MADDE 5 - (1)** Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

(2) Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkân bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür.

### **Erişim sağlayıcının yükümlülükleri**

**MADDE 6 - (1)** Erişim sağlayıcı;

a) Herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, bu

Kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak engelleme imkânı bulunduğu ölçüde erişimi engellemekle,

b) Sağladığı hizmetlere ilişkin, yönetmelikte belirtilen trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla,

c) Faaliyetine son vereceği tarihten en az üç ay önce durumu Kuruma, içerik sağlayıcılarına ve müşterilerine bildirmek ve trafik bilgilerine ilişkin kayıtları yönetmelikte belirtilen esas ve usullere uygun olarak Kuruma teslim etmekle,

yükümlüdür.

(2) Erişim sağlayıcı, kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir.

(3) Birinci fıkranın (b) ve (c) bentlerinde yer alan yükümlülüklerden birini yerine getirmeyen erişim sağlayıcısına Başkanlık tarafından onbin Yeni Türk Lirasından ellibin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

### **Toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülükleri**

**MADDE 7 - (1)** Ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, mahallî mülkî amirden izin belgesi almakla

yükümlüdür. İzne ilişkin bilgiler otuz gün içinde mahallî mülkî amir tarafından Kuruma bildirilir. Bunların denetimi mahallî mülkî amirler tarafından yapılır. İzin belgesinin verilmesine ve denetime ilişkin esas ve usûller, yönetmelikle düzenlenir.

(2) Ticarî amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almakla yükümlüdür.

(3) Birinci fıkrada belirtilen yükümlülüğe aykırı hareket eden kişiye mahallî mülkî amir tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

### **Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi**

**MADDE 8 -** (1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

(3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

(4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların

içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilir.

(6) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkanlık tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir.

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir.

(9) Konusu birinci fıkrada sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin

engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır.

(10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(11) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

(12) Bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.

### **İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı**

**MADDE 9 -** (1) İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına

başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.

(2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(3) Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.

(4) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağ-

layıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır.

### İdarî yapı ve görevler

**MADDE 10 -** (1) Kanunla verilen görevler, Kurum bünyesinde bulunan Başkanlıkça yerine getirilir.

(2) Bu Kanunla ekli listedeki kadrolar ihdas edilerek Başkanlığın hizmetlerinde kullanılmak üzere 5/4/1983 tarihli ve 2813 sayılı Telsiz Kanununa ekli (II) sayılı listeye eklenmiştir. Başkanlık bünyesindeki iletişim uzmanlarına, Kurumda çalışan Telekomünikasyon Uzmanlarına uygulanan malî, sosyal hak ve yardımlara ilişkin hükümler uygulanır. İletişim Uzmanı olarak Başkanlığa atanan personelin hakları saklı kalmak kaydıyla, kariyer sistemi, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

(3) Başkanlığa Kanunla verilen görevlere ilişkin olarak yapılacak her türlü mal veya hizmet alımları, ceza ve ihalelerden yasaklama işleri hariç, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine tâbi olmaksızın Kurum bütçesinden karşılanır.

(4) Kanunlarla verilen diğer yetki ve görevleri saklı kalmak kaydıyla, Başkanlığın bu Kanun kapsamındaki görev ve yetkileri şunlardır:



## ekler

a) Bakanlık, kolluk kuvvetleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile içerik, yer ve erişim sağlayıcılar ve ilgili sivil toplum kuruluşları arasında koordinasyon oluşturarak internet ortamında yapılan ve bu Kanun kapsamına giren suçları oluşturan içeriğe sahip faaliyet ve yayınları önlemeye yönelik çalışmalar yapmak, bu amaçla, gerektiğinde, her türlü giderleri yönetmelikle belirlenecek esas ve usûller dahilinde Kurumca karşılanacak çalışma kurulları oluşturmak.

b) İnternet ortamında yapılan yayınların içeriklerini izleyerek, bu Kanun kapsamına giren suçların işlendiğinin tespiti halinde, bu yayınlara erişimin engellenmesine yönelik olarak bu Kanunda öngörülen gerekli tedbirleri almak.

c) İnternet ortamında yapılan yayınların içeriklerinin izlenmesinin hangi seviye, zaman ve şekilde yapılacağını belirlemek.

ç) Kurum tarafından işletmecilerin yetkilendirilmeleri ile mülkî idare amirlerince ticarî amaçlı toplu kullanım sağlayıcılara verilecek izin belgelerinde filtreleme ve bloke etmede kullanılacak sistemlere ve yapılacak düzenlemelere yönelik esas ve usûlleri belirlemek.

d) İnternet ortamındaki yayınların izlenmesi suretiyle bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçların işlenmesini önlemek için izleme ve bilgi ihbar merkezi dahil, gerekli her türlü teknik altyapıyı kurmak veya kurdurmak,

bu altyapıyı işletmek veya işletilmesini sağlamak.

e) İnternet ortamında herkese açık çeşitli servislerde yapılacak filtreleme, perdeleme ve izleme esaslarına göre donanım üretilmesi veya yazılım yapılmasına ilişkin asgari kriterleri belirlemek.

f) Bilişim ve internet alanındaki uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamak.

g) Bu Kanununun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçların, internet ortamında işlenmesini konu alan her türlü temsili görüntü, yazı veya sesleri içeren ürünlerin tanıtımı, ülkeye sokulması, bulundurulması, kiraya verilmesi veya satışının önlenmesini teminen yetkili ve görevli kolluk kuvvetleri ile soruşturma mercilerine, teknik imkânları dahilinde gereken her türlü yardımda bulunmak ve koordinasyonu sağlamak.

(5) Başkanlık; Bakanlık tarafından 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun ek 1 inci maddesi uyarınca, Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, çocuk, kadın ve aileden sorumlu Devlet Bakanlığı ile Kurum ve ihtiyaç duyulan diğer bakanlık, kamu kurum ve kuruluşları ile internet servis sağlayıcıları ve ilgili sivil toplum kuruluşları arasından seçilecek bir temsilcinin katılımı suretiyle teşkil edilecek İnternet Kurulu ile gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlar; bu Kurulca izleme,

filtreleme ve engelleme yapılacak içeriği haiz yayınların tespiti ve benzeri konularda yapılacak öneriler ile ilgili gerekli her türlü tedbir veya kararları alır.

### Yönetmelikler

**MADDE 11 -** (1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin esas ve usûller, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşleri alınarak Başbakanlık tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir. Bu yönetmelikler, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren dört ay içinde çıkarılır.

(2) Yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmek isteyen kişilere, telekomünikasyon yoluyla iletişim konusunda yetkilendirme belgesi olup olmadığına bakılmaksızın, yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmesi amacıyla yetkilendirme belgesi verilmesine ilişkin esas ve usûller, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Bu yönetmelik, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş ay içinde çıkarılır.

### İlgili kanunlarda yapılan değişiklikler

**MADDE 12 -** (1) 4/2/1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 2 nci maddesinin (f) bendine aşağıdaki cümle eklenmiştir.

*“Bu idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577*

*sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.”*

(2) 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *“belirtilen”* ibaresinden sonra gelmek üzere *“telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime ilişkin”* ibaresi eklenmiş, ikinci cümlesi *“Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile daire başkanlıklarından oluşur.”* şeklinde değiştirilmiştir.

(3) 5/4/1983 tarihli ve 2813 sayılı Telsiz Kanununun 5 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

*“Kurulca belirlenecek esas ve usûller çerçevesinde, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22 nci maddesinde belirtilen doğrudan temin usûlüyle serbest avukatlar veya avukatlık ortaklıklarıyla avukat sözleşmeleri akdedilebilir.”*

(4) 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi *“4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (14) numaralı alt bendi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkez üzerinden yapılır.”* şeklinde değiştirilmiş; dördüncü fıkrasında yer alan *“Ancak”* ibaresinden sonra gelmek üzere *“casusluk faaliyetlerinin tespiti ve”* ibaresi eklenmiş; altıncı fıkrasının üçüncü cümlesinde geçen

## ekler

“Bu madde” ibaresi “Bu fıkra” olarak değiştirilmiştir.

**GEÇİCİ MADDE 1 - (1)** Başkanlığın kuruluştaki hizmet binasının yapımı, ceza ve ihalelerden yasaklama işleri hariç, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine tâbi olmaksızın Kurum bütçesinden karşılanır.

(2) Halen faaliyet icra eden ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde 7 nci maddeye göre alınması gereken izin belgesini temin etmekle yükümlüdürler.

(3) Halen yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra eden kişilere, Kurum tarafından, telekomünikasyon yoluyla iletişim konusunda yetkilendirme belgesi olup olmadığına bakılmaksızın, yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmesi amacıyla bir yetkilendirme belgesi düzenlenir.

### Yürürlük

**MADDE 13 - (1)** Bu Kanunun;

a) 3 üncü ve 8 inci maddeleri, yayımı tarihinden altı ay sonra,

b) Diğer maddeleri yayımı tarihinde,

yürürlüğe girer.

### Yürütme

**MADDE 14 - (1)** Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

22/5/2007

## YÖNETMELİKLER

### KARAYOLLARI TRAFİK YÖNETMELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK

**MADDE 1 - 18/7/1997** tarihli ve 23053 mükerrer sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 6 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 6 - Trafik kuruluşlarının çalışma şekil ve şartları, görevlendirilecek personelin nitelikleri, seçimi, çalışma usulleri, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin hususlar ilgili mevzuatta gösterilmiştir.**”

**MADDE 2 - Aynı Yönetmeliğin 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

“g) Karayolları Trafik Kanununun suç saydığı bir fiilden dolayı sürücüler hakkında suç veya ceza tutanağı düzenlemek, Cumhuriyet başsavcılıklarının yetkisine giren ihlallere ait tutanakların bir örneğini 7 iş günü içinde yetkili Cumhuriyet başsavcılığına, trafik idari

para cezası karar tutanaklarını ise kesinleşme tarihinden itibaren takip ve tahsili için 7 iş günü içinde Maliye Bakanlığınca belirlenecek birime veya kuruma göndermek, tutanakların kaydedildiği listeleri ise, örneğine uygun olarak düzenleyip ve onaylayarak Emniyet Genel Müdürlüğü Bilgi İşlem Merkezine iletmek üzere ilgili trafik kuruluşuna gönderilmesini sağlamak,”

**MADDE 3 – Aynı Yönetmeliğin** 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (i) bendi yürürlükten kaldırılmış ve (i) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“i) Karayolları Trafik Kanununun 13, 14, 16, 17, 18, 47/a ve 65 inci maddeleri hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında suç veya ceza tutanağı düzenlemek; 47 nci maddenin (b), (c) ve (d) bentlerinde belirtilen kural ihlallerinin tespiti halinde, durumu bir tutanakla belirlemek ve gerekli işlemin yapılması için en yakın trafik kuruluşuna teslim etmek,”

**MADDE 4 – Aynı Yönetmeliğin** 12 nci maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan harcamaların tamamı, Sağlık Bakanlığı Trafik Hizmetleri Döner Sermaye İşletmesine 8 iş günü içinde yükümlü sigorta şirketlerince ödenir. Sağlık Bakanlığı Trafik Hizmetleri Döner Sermaye İşletmesinin verdiği hizmetler için uygulayacağı fiyat tarifesi, Karayolu Trafik Güvenliği Kurulunun da uygun görüşü alınarak Sağlık Bakanlığınca belirlenir. Sigorta şirketleri, zorunlu mali sorumluluk sigortası geçerli teminat

limitleri ve şartları dahilinde ödemekle yükümlü buldukları tutarı aşan kısım için Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabına başvurur. Buna ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.”

**MADDE 5 – Aynı Yönetmeliğin** 13 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 13 – Ulaştırma Bakanlığının** ilgili birimleri;

a) Karayolları Trafik Kanunu açısından karayolu taşımasına ilişkin gerekli eşgüdümü sağlamak,

b) Tescile bağlı araçların muayenelerini yapmak veya yaptırmak,

c) Muayene istasyonlarını denetlemek ve Karayolları Trafik Kanununun 35 inci maddesi hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında idari para cezasına dair tutanak düzenlemek,

ç) Bu maddede belirlenen idari tedbirleri almak, araçların ağırlık ve boyut kontrollerini yapmak veya yaptırmak ve denetlemek, aykırı görülen hususlarla ilgili olarak sorumlular hakkında idari para cezasına dair tutanak düzenlemek,

d) Karayolları Trafik Kanunu ve diğer mevzuatla verilen hizmetleri yapmak,

ile görevlidir.”

**MADDE 6 – Aynı Yönetmeliğin** 30 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

**“MADDE 30 – Tescil işlemlerinin yapılmasında aşağıdaki usul ve esaslar uygulanır.**

a) Araçların tescilleri, araç sahipleri veya adına düzenlenmiş yetki belgesine sahip olan kişilerce, ibrazı mecburi belgeleri göstererek üzerindeki bilgiler tam, okunaklı, örneğine uygun ve iki nüsha olarak doldurulmuş, bu Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek:1)’deki “Araç Trafik Tescil Müracaat ve İşlem Formu”nu yetkili memurun önünde imzalanması suretiyle yapılır.

b) Araç sahiplerinin araçlarını iş veya ikametlerinin bulunduğu yerdeki tescil kuruluşunda tescil ettirmeleri esastır. Ancak, aboratuvar belediye sınırları içerisinde işyeri veya ikameti bulunanlar, ilk tescile tabi araçlarını aboratuvar sınırları içerisinde herhangi bir tescil kuruluşunda tescil ettirebilirler. İkamet veya işyerinin bulunduğu aboratuvar sınırları içerisindeki bir tescil kuruluşunda kayıtlı araçları satın alanlar ise aracın kayıtlı olduğu tescil kuruluşunda devir işlemi yaptırabilirler. Kamu kurum ve kuruluşlarınca finansal kiralama yoluyla kiralanan araçlar, kiracının bulunduğu yerin tescil kuruluşunda da tescil ettirilebilir.

c) Araç sahibince müracaat formunda beyan edilen bilgilerden araca ait olanlar ibraz edilen belgelerle, kişiye ait olanlar ise nüfus hüviyet cüzdanı aslı veya sürücü belgesi ile, yetkili memurca karşılaştırılarak doğruluğu tetkik ve tasdik edilir.

Ç) Tescil ve trafik belgesi almak için tescil kuruluşuna yapılacak müracaattan önce aracın özel tüketim vergisinin

ödenmiş ve ödeme belgesinin aslının ibraz edilmiş olması ile motorlu taşıtlar vergisinin yatırılmış ve muayene süresi dolmuş ise yeniden özel ve teknik muayenesinin yaptırılmış olması zorunludur.

d) Vergi ve teknik muayene işlemlerinin ikmali için araç sahiplerinin, tescil birimlerine havale için önceden başvurmaları gerekmez. Vergi daireleri ile araç muayene istasyonları görevlileri de bu işlemler için yapılan başvuruları, tescil birimlerince havale edilme mecburiyeti aramadan sonuçlandırmak zorundadırlar. Özel ve teknik muayenesi yapılan araçlarla ilgili husus muayene istasyonu yetkililerince müracaat formunun ilgili bölümüne kaydedilerek tasdik edilir.

e) Tescili yapılmak istenen araca ait daha önce verilmiş olan trafik belgesindeki muayene süresi dolmamış ise, tekrar özel ve teknik muayene istenmez. Ancak, araç üzerinde teknik değişiklik yapılmış ise, bu değişikliğe ait belgelerin ibrazı ve aracın özel ve teknik muayenesinin yeniden yaptırılması zorunludur.

f) İbraz edilen araca ait belgelere “..... plakaya tescil yapılmıştır” ve “iptal” ifadesine havi kaşe vurulur ve bu belgeler muhafaza edilmek üzere araç sahibine iade edilir. İlgililerce tereddüde düşülüp gerekli görülmesi halinde, sahibine iade edilen bu belgelerin satış ve devirle ilgili olarak adına yeni tescil yapılan kişi tarafından yetkililere ibrazı zorunludur.

g) Tescili müteakip müracaat formuna göre düzenlenmiş olan bu Yönetme-

liğin ekinde yer alan (Ek:3)'teki "Araç Tescil Belgesi"nin ilgili bölümüne, bu belgeyi onaylayan veya kontrol eden görevlinin sicil numarası yazılır ve imzası alınır. Belgede yer alan bütün bilgiler tam ve okunaklı olarak, silinti ve kazıntı olmaksızın daktilo veya bilgisayarla doldurulur. Düzenleme sırasında herhangi bir nedenle iptali gerekenler, seri numarası belirtilerek bir tutanakla tespit edilir. Tanzim işlemleri yerine getirilen belgeler ilgisine verilir.

Ğ) Müracaat formunun bir nüshası tescil plaka numarasına göre arşivlenir, bir nüshası tescili takip eden 3 iş günü içinde ilgili vergi dairesine gönderilir. Emniyet Genel Müdürlüğü Bilgi İşlem Merkezince araçlara ait bilgiler manyetik ortamda Milli Savunma Bakanlığı Seferberlik Dairesi Başkanlığına gönderilir. İçişleri Bakanlığının gerekli ve uygun göreceği tarihten itibaren, bir araç sahibi adına düzenlenmiş olan müracaat formları yeni sahip adına devir işlemi tamamlandıktan sonra imha edilir.

h) Tescili yapılarak bu Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek:4)'teki trafik belgesi verilen ve müracaat formu bilgisi Milli Savunma Bakanlığı Seferberlik Dairesi Başkanlığına gönderilen araçlardan, Türk Silahlı Kuvvetlerinin ihtiyacına elverişli olanlara sefer görev emri verilir. Sefer görev emri verilen araçlara Türk Silahlı Kuvvetleri Motorlu Kara Nakil Araçları Sefer Görev Emri (ARAÇ SEF. 3) (Ek:5) 4 suret olarak Milli Savunma Bakanlığınca tanzim edilir. Milli Müdafaa Mükellefiyeti Komisyon kararı alınmak ve araç sahiplerine tebliğ edilmek üzere mülki makamlara gönderilir. Mülki idare makamlarınca

da sefer görev emirleri araç sahiplerine tebliğ edilmek üzere trafik tescil şube ve bürolarına gönderilir. Sefer görev emirleri için 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu ile 24/5/1990 tarihli ve 90/500 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Seferberlik ve Savaş Hali Tüzüğü ve ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre işlem yapılır.

ı) Sefer görev emirlerine tabi araçlara, trafik tescil şube veya bürolarınca yapılacak işlemler bu Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek:5)'teki talimata göre yapılır.

i) Araç bu Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek:2)'deki tescil defterine kaydedilir ve defterdeki plaka numarası ile ilgili bölüme sahip değişikliği işlenerek, aracın yeni sahibi adına tescili yapılır.

j) Yapılan her türlü tescil işlemi tescil kuruluşlarınca derhal bilgisayar ortamına aktarılır.

k) Sadece tescil belgesi alınmış araçlar, trafik belgesi ve tescil plakası da alınmadan trafiğe çıkarılamaz.

l) Tescil plakalarında tescil işlemi yapan tescil kuruluşu ile plaka basım işlemi gerçekleştiren kuruluşların mühürleri bulunur.

m) Zorunlu mali sorumluluk sigortasının aracı satın alan kişi adına yaptırılmış olması zorunludur.

n) Araç tescil işlemleri sırasında ikamete ilişkin hususlar ile kullanılacak belgelerin tespiti İçişleri Bakanlığınca belirlenir.

o) Ambulans ve acil sağlık araçlarının tescillerinde il sağlık müdürlüğünce

## ekler

*düzenlenen ambulans/acil sağlık aracı uygunluk belgesinin ibraz edilmesi zorunludur.”*

**MADDE 7 – Aynı Yönetmeliğin 31 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

*“MADDE 31 – Yeni kayıt tescil işlemlerinin yapılmasında aşağıdaki usul ve esaslar uygulanır.*

*a) Sadece tescil belgesi istenmesi halinde;*

*1) Müşterek hükümler uygulanır.*

*2) Tescil için müracaat sırasında, sahiplik belgesi, özel tüketim vergisi ödeme belgesi, uygunluk belgesi ibraz edilir.*

*3) Araç, bu Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek:2)’deki tescil defterine kaydedilir ve plaka numarası tahsis edilerek tescili yapılır. Tescili müteakip araca tahsis edilen tescil plaka numarası, tescil sildirilmedikçe hiçbir araca verilemez. Araç için trafik belgesi alındığında aynı plaka numarası tahsis edilir.*

*4) Tescili yapılmış araçların sahiplerince sonradan dilekçe ile tescil plakası ve trafik belgesi talep edilmesi halinde, bu maddenin (b) bendindeki esaslar uygulanır. Bu halde önceden verilmiş olan müracaat formunun ilgili bölümleri doldurulup tasdik edilerek işlem tamamlanır.*

*b) Tescil belgesi ile trafik belgesi ve tescil plakalarının aynı zamanda istenmesi halinde;*

*1) Müşterek hükümler uygulanır.*

*2) Müracaat sırasında, sahiplik belgesi, uygunluk belgesi, mali sorumluluk*

*sigorta belgesi ve özel tüketim vergisinin ödendiğine dair bilgiler verilir ve belgeler ibraz edilir.*

*3) Araç, bu Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek:2)’deki tescil defterine kaydedilir ve araca plaka numarası tahsis edilerek aracın tescili yapılır.”*

**MADDE 8 – Aynı Yönetmeliğin 37 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

*“MADDE 37 – Aynı ilde sadece tescil belgesi istenmesi halinde;*

*a) Müşterek hükümler uygulanır.*

*b) Tescilli araçları noter senedi ile satın veya devir alanlar, ilgili tescil kuruluşuna müracaat ederek, bu araçlarını 1 ay içinde tescil ettirmek ve adlarına tescil belgesi almak zorundadırlar.*

*c) Araç tescil defterinin ilgili bölümüne sahip değişikliği işlenerek, aracın yeni sahibi adına tescili yapılır.*

*Ç) Müracaat sırasında noterlerce verilmiş satış veya devir senedi ibraz edilir.*

*d) Devirlerde, aracın yeni sahibinin tescil ve trafik belgesinin bir arada istenmesi halinde; daha önce düzenlenerek bir önceki araç sahibine verilmiş olan trafik belgesi ile tescil plakaları yeni sahip adına devredilir.*

*e) Yeni tescil işlemleri tamamlanmış olan araçlara tescil birimlerince verilmiş trafik belgeleri, her devir işleminde yeniden tanzim edilmeyip eski sahipten yeni sahibe devredilir.*

*f) Devirlerdeki tescil işlemi sırasında araç sahiplerine tescil kuruluşunca tah-*

sis edilmiş tescil plakaları değiştirilmez, bu plakalar yeni sahiplerine devredilir.

g) Satış ve devirlerde de aracın yeni sahibi tarafından sadece tescil belgesi istenmesi halinde, araca ait trafik belgesi ve tescil plakası geri alınarak iptal edilir.

Ğ) Varsa araca ait sefer görev emri pusulası yeni sahibine tebliğ edilir.

h) Tescil süresi dolmadan adres değiştirilmesi halinde noterden düzeltme beyannamesi ibrazı zorunludur.

1) İlk iktisabında özel tüketim vergisi (ÖTV) istisnası uygulanmış olan araçların (veraset yoluyla intikaller hariç) istisnadan yararlananlar dışındakilerce iktisabı halinde veya ilk iktisap tarihinden itibaren beş yıl içinde 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 15/2-b maddesi kapsamındaki araçlara dönüştürülmesi durumunda vergi dairesince düzenlenen Özel Tüketim Vergisi Ödeme Belgesi ibraz edilir."

**MADDE 9 – Aynı Yönetmeliğin 38 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

"**MADDE 38 – Tescilli araçların tescillerinin bir başka ilde yenilenmesi için aşağıdaki esas ve usuller uygulanır.**

a) Araç sahibinin değişmesi halinde,

1) Müşterek hükümler uygulanır.

2) Araç, tescil defterine kaydedilir ve araca plaka numarası tahsis edilerek aracın tescili yapılır.

3) Önceki tescil kuruluşunca veril-

miş olan tescil belgesi, trafik belgesi ve tescil plakası iptal ve imha edilir.

4) Yeni tescili yapan tescil kuruluşu, tescilin silinmesi için aracın daha önce kayıtlı olduğu tescil kuruluşuna ve vergi dairesine en geç 7 iş günü içinde, bu Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek:9)'daki formu doldurmak suretiyle yazılı olarak bilgi verir.

5) İlk iktisabında özel tüketim vergisi (ÖTV) istisnası uygulanmış olan araçların (veraset yoluyla intikaller hariç) istisnadan yararlananlar dışındakilerce iktisabı halinde veya ilk iktisap tarihinden itibaren beş yıl içinde 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 15/2-b maddesi kapsamındaki araçlara dönüştürülmesi durumunda vergi dairesince düzenlenen Özel Tüketim Vergisi Ödeme Belgesi ibraz edilir.

b) Aracın tescilinin aynı kişi adına başka bir ile nakli halinde;

1) Müşterek hükümler uygulanır.

2) Bu Yönetmeliğin 30 ve 31 inci maddeleri hükümlerine göre tescil işlemleri tamamlanarak araca tescil belgesi ile trafik belgesi verilir ve tescil plaka numarası tahsis edilir. Ancak aracın muayene süresi dolmamışsa, tekrar özel ve teknik muayenesi istenmez.

3) Daha önceki tescil kuruluşunca verilmiş araca ait tescil belgesi, trafik belgesi ve tescil plakası ilgiliden geri alınarak iptal ve imha edilir.

4) Yeni tescili yapan tescil kuruluşu, tescilin silinmesi için aracın daha önce kayıtlı olduğu tescil kuruluşuna en geç 7 iş günü içinde, bu Yönetmeliğin ekinde



## ekler

yer alan (Ek:9)'daki formu doldurmak suretiyle yazılı olarak bilgi verir.

Eski tescil kuruluşuna bu Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek:9)'daki form geldikten sonra, müracaat formları ile tescil defterlerinin nakil işlemleri ile ilgili bölümlerine kayıt konulur ve bu formlar bir yıl sonra imha edilir.”

**MADDE 10 - Aynı Yönetmeliğin 39 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

**“MADDE 39 - Motorlu araçlar,**

a) Ekonomik ömrünü doldurma veya herhangi bir kaza, yanma, tahrip edilme ve benzeri durumlar dolayısıyla kullanılamaz hale gelen araçlar ve devir veya nakil ile hurdaya ayırma işlemi bir arada yapılacak araçlar, sahiplerinin dilekçesi üzerine, ilgili vergi dairesinden vergi borcunun bulunmadığına dair ilişik kesme belgesi aldırıldıktan sonra muayeneye tabi tutulmadan; ekonomik ömürlerini dolduranlardan eskime ve yıpranma nedeni ile trafik emniyeti bakımından tehlikeli olacakları muayene istasyonlarınca tespit edilenler ise yetkililerin talebi üzerine, ilgili vergi dairesinden vergi borcunun bulunmadığına dair ilişik kesme belgesi alındıktan sonra, hurdaya çıkarılır. Bunların kayıtlarına ve tescil belgelerine “hurdaya çıkarılmıştır” damgası vurularak tescil belgesi sahiplerine geri verilir, trafik belgesi ile tescil plakaları geri alınarak iptal edilir.

b) Hurdaya ayrılmış olan taşıtlar, onarımla yenilenseler bile tescil edilemezler. Ancak, kullanılabilir durumdaki motoru ve diğer parçaları, başka araç-

larda kullanılabilir. Bunlardan gerekli görülenler aracın kayıtlarına işlenir. Bu araçların tescile esas müracaat formları ile tescil kayıt defterine hurdaya çıkarıldıklarına dair gerekli kayıtlar düşülür ve bu müracaat formları bir yıl sonra imha edilir.

c) Hurdaya ayırma işlemleri aracın en son tescilli olduğu ilde yapılır.

Ç) Hurdaya ayrılan taşıtlarla ilgili bilgiler trafik tescil şube ve bürolarınca elektronik ortama aktarılır ve durum ilgili vergi dairesine de bildirilir.

d) Hurdaya ayrılan araçlara ilişkin bilgiler elektronik ortamda Bilgi İşlem Merkezince Milli Savunma Bakanlığı Seferberlik Dairesi Başkanlığına gönderilir.”

**MADDE 11 - Aynı Yönetmeliğin 43 üncü maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

**“Çalınan araçlar hakkında yapılacak işlemler**

**MADDE 43 - Çalınan araçlar hakkında aşağıdaki işlemler yapılır.**

a) Çalındığı tarihten itibaren bir ay geçmiş olması şartıyla araç sahibinin istemesi halinde;

1) Savcılık veya mahalli zabıttan aldığı, çalınma olayına ait belgeyi eklediği dilekçesi alınır.

2) Trafik kuruluşlarınca tescil kaydı silinir, çalıntı tarihi itibarıyla tescil kaydının silindiği ilgili vergi dairesine işlemi müteakip en geç 7 iş günü içerisinde bildirilir.

3) Tescil defterine ve formuna "çalınmıştır" kaydı düşülür, aracın trafik belgesi araç sahibinden alınarak dosyasına konur ve tescil belgesi sahibinde kalır.

4) Araçla birlikte araca ait belgeler de çalınmışsa, isteği halinde araç sahibine aracın kayıtlarına çalınmıştır şerhi konulduğuna dair bir yazı verilir.

b) Çalınan araçların bulunması halinde, araç sahibinden yeniden dilekçe alınır. Aracın tescil kaydı üzerinde gerekli düzeltme işlemi yapıldıktan sonra durum ilgili vergi dairesine bildirilir ve vergi kaydı açıldıktan sonra;

1) Belgeler geçerliliğini koruyorsa trafik belgesi iade edildikten,

2) Belgeler çalınmışsa yenileri düzenlendikten,

3) Varsa eksik belgeler tamamlatıldıktan,

sonra aracın trafiğe çıkışına izin verilir."

**MADDE 12 - Aynı Yönetmeliğin 44 üncü maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

**"Kaybedilen, Kullanılamaz Hale Gelen, Bilgileri Değişen Belge ve Plakalar**

**MADDE 44 - Araçlara ait belgelerin ve tescil plakalarının kaybedilmeleri veya kullanılamaz duruma gelmeleri halinde aşağıdaki işlemler yapılır.**

a) Sahiplik belgelerinin kaybedilmesi halinde, belgeyi veren kuruluşun bir yazı ile bildirdiği onaylı örnekleri kabul

edilir. Gerek görülmesi halinde tescil işlemi durdurulmamak şartıyla, inceleme ve araştırma yapılabilir.

b) Zayi, yıpranma, eskime, rehin kaldırma veya çeşitli nedenlerle yenilenmesi gereken motorlu araç tescil ve trafik belgeleri ile tescil plakalarının yenilerinin verilmesi işlemleri, aracın tescilli olduğu trafik kuruluşunca yapılabileceği gibi, araç sahibi veya vekilinin yapacağı başvuru üzerine herhangi bir trafik tescil kuruluşunca da yerine getirilebilir.

Zayıından dolayı trafik belgesinin yeniden düzenlenmesi talebi halinde araç, özel ve teknik muayene yaptırılması için muayene istasyonuna gönderilir."

**MADDE 13 - Aynı Yönetmeliğin 55 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

"2) İkili gruplardan CC, CD, CG ve CM harf grupları diplomatik ve konsüler muafiyeti bulunan kişilerin araçlarına,"

**MADDE 14 - Aynı Yönetmeliğin 56 ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

"d) Büyükelçiliklerde görevli ve diplomatik muafiyeti olan kişilere ait araçlara takılacak plakalarda (CD ve CM grupları) zemin beyaz, harf ve rakamlar yeşil; Başkonsolosluklarda görevli kişilere ait araçlara takılacak plakalarda (CC ve CG grupları) zemin yeşil, harf ve rakamlar beyaz,"

**MADDE 15** – Aynı Yönetmeliğin 58 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“f) Diplomatik muafiyeti haiz kişilerle, misyonlarda görevli diplomatik statüye sahip olan personelin ülkemizde özel veya tüzel kişilerden ya da leasing yoluyla kiralayacakları araçlarına, müteakabiliyet esasları da göz önünde bulundurularak, noterlerce tanzim edilen kira sözleşmesiyle birlikte, Dışişleri Bakanlığının yazılı teklifi ve İçişleri Bakanının onayı ile geçici olarak CC 0001’den CC 9999’a, CD 0001’den CD 9999’a, CG 0001’den CG 9999’a ve CM 0001’den CM 9999’a kadar olan plakalardan verilebilir. Sürenin bitiminde, tahsis edilen plakalar hiçbir tebligata gerek olmadan ilgililerce trafik kuruluşlarına iade edilir.”

**MADDE 16** – Aynı Yönetmeliğin 65 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 65** – Araçların üzerinde, 21/10/2004 tarihli ve 25620 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Araçların İmal, Tadil ve Montajı Hakkındaki Yönetmelikte belirtilen şekillerde yapılan her türlü değişikliğin, aracın rengine ve tescil sahibinin adresine ilişkin değişikliklerin, değişikliğin meydana geldiği tarihten itibaren 30 gün içinde aracın tescilli olduğu trafik kuruluşu veya herhangi bir trafik kuruluşuna bildirilmesi zorunludur.

Değişiklik bildirimiminin aracın kayıtlı olduğu yer dışındaki bir trafik tescil kuruluşuna yapılması durumunda;

tescil bilgileri aracın kayıtlı olduğu trafik kuruluşundan en seri şekilde teyit edilerek işlem gerçekleştirilir. İşlemi gerçekleştiren trafik kuruluşu; 3 iş günü içerisinde aracın kayıtlı olduğu yer trafik kuruluşuna yapılan işlemlere ilişkin belgelerin asıllarını gönderir. Aracın tescilli olduğu trafik kuruluşu da gerekli güncellemeleri yapar.

Üzerinde değişiklik yapıp da süresi içinde bildirilmeyen araçlar, değişiklik belgelendirilip tescil kuruluşunda tescil edilinceye kadar trafikten men edilir.”

**MADDE 17** – Aynı Yönetmeliğin 67 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 67** – Teknik şartlara uygun durumda olmayan araçların trafığe çıkarılması yasaktır.

Araçlar cinslerine, kullanma amaç ve şekillerine göre;

a) Hususi otomobiller ile bunların her türlü römorkları ilk 3 yaş sonunda ve devamında her 2 yılda bir,

b) Resmi ve ticari plakalı otomobiller ile bunların her türlü römorkları ilk 2 yaş sonunda ve devamında yılda bir,

c) Lastik tekerlekli traktörler ile bunların her türlü römorkları ilk 3 yaş sonunda ve devamında 3 yılda bir,

ç) İki veya üç tekerlekli araçlar ve bunların her türlü römorkları, ilk 3 yaş sonunda ve devamında 2 yılda bir,

d) Diğer bütün motorlu araçlar ile bunların her türlü römorkları ilk 1 yaş sonunda ve devamında yılda bir, periyodik muayeneye tabi tutulur.

Muayene süresi dolmasa bile kazaya karışması sonucu yetkili zabıtaca muayenesi gerekli görülenler ile üzerinde değişiklik yapılan araçların ayrıca, özel muayenesi zorunludur.

Karayoluna çıkmış olan her türlü motorlu aracın, teknik şartlara uyup uymadığı trafik zabıtasınca kontrol edilerek, uygunsuzluğu tespit edilenler, haklarında bu Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek:40)'taki Uygunsuzluk Tespit Tutanağı düzenlenmek suretiyle muayene istasyonlarına sevk edilir.

Ayrıca, araçlarda bulunması zorunlu belge ve cihazların mevcut olup olmadığı muayene istasyonlarında periyodik ve özel muayene esnasında kontrol edilir ve şartlara uymayanların muayeneleri yapılmaz.

Sefer görev emri alan kara nakil ve iş makineleri üzerinde imal, tadil ve montaj yapılması durumunda, bu işlemlere ilişkin bilgiler Milli Savunma Bakanlığına gönderilir."

**MADDE 18 - Aynı Yönetmeliğin 68 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

**"MADDE 68 - Araçların muayeneleri, Ulaştırma Bakanlığına ait muayene istasyonlarında veya bu Bakanlık tarafından usulüne uygun olarak yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılır.**

Muayene istasyonlarınınca;

a) Otobüs, kamyon, çekici ve tankerler,

b) Otomobil, minibüs, kamyonet, özel amaçlı taşıt, arazi taşıtı, römork ve

yarı römorklar,

c) Traktör (römorklu-römorksuz), motosiklet, motorlu bisikletler için, gruplarına göre Kanunda belirtilen muayene ücreti (katma değer vergisi hariç) alınır. Bu maddede sayılanlar dışındaki araçların hangi gruba gireceği yine Ulaştırma Bakanlığıınca belirlenir.

Raylı sistemle çalışan veya iş makinesi türünden araçların muayeneleri araçların tescilini yapan kuruluşlarca; askeri araçların muayeneleri ise yetkili kuruluş veya birimlerce ilgili özel mevzuatlarına göre yapılır.

Muayene istasyonlarında bulunacak makine, araç, gereç ile personelin nitelikleri, işletme, çalışma ve denetleme usulleri ve işletme belgesi ile diğer şartlar ve esaslar, ilgili mevzuat hükümlerine göre yapılır."

**MADDE 19 - Aynı Yönetmeliğin 69 uncu maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

"Mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılacak araç satışlarına ilişkin sözleşmeler, herhangi bir noterde yapılabilir, fakat alıcının yerleşim yeri noterliğinde sicile kaydedilir."

**MADDE 20 - Aynı Yönetmeliğin 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

"5) Sürücü belgesi talep edenler, tescil kuruluşuna müracaat sırasında; nüfus cüzdanının aslı ile birlikte; Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş ilgili tabip veya sağlık kuruluşundan müracaat tarihinden geriye doğru bir yıllık süre

içinde alınmış sağlık raporunu; yine müracaat tarihinden geriye doğru bir yıllık süre içerisinde adli sicilden veya sertifika sahibinin nüfusa kayıtlı olduğu yerin Cumhuriyet savcılığında alınan Karayolları Trafik Kanununun 41 inci maddesi € bendine göre hükümlü olmadıklarına dair belgelerinin ve sürücü sertifikasının aslını ibraz etmek zorundadırlar.”

**MADDE 21** - Aynı Yönetmeliğin 83 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 83** - Zayi edilen ve yıpranmış olan sürücü belgelerinin yenisinin düzenlenmesi için belge sahibinin dilekçe ile herhangi bir tescil kuruluşuna müracaatı üzerine, tescil kuruluşunca; bilgisayar sürücü belgesi veri kayıtlarından müracaatın kontrolü yapılır ve herhangi bir sakınca bulunmadığı tespit edilirse belgenin yenisi düzenlenerek ilgiliye verilir. Ancak, bilgisayar sürücü belgesi veri kayıtlarında bulunmayanlar ile beyan edilen bilgilerle ilgili kayıtlar arasında farklılık arz edenlerin durumu, ilgili tescil kuruluşuna en seri şekilde sorulmak suretiyle, alınacak cevaba göre işlem gerçekleştirilir.”

**MADDE 22** - Aynı Yönetmeliğin 88 inci maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinin (b/3) numaralı alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“3) Yabancı ülke sürücü belgelerinin tebdil işlemleri Emniyet Genel Müdürlüğüne bildirilen “Yabancı Ülke Sürücü Belgelerinin Tebdili için Sınıflarına Göre Ülkemizdeki Karşılığını Gösterir Liste” doğrultusunda

yürütülür. Listede bulunmayanlar, üzerinde kazıntı veya silinti veya açıkça şüphe doğuran iz ve belirtiler bulunanlar ile sair sebeplerden dolayı tereddüt edilen yabancı ülke sürücü belgelerinin doğruluğunun teyidi ve ülkemizdeki karşılığının tespiti için, düzenlendiği ülkedeki temsilciliğimizle İl Valilikleri tarafından doğrudan yazışma yapılarak işlem gerçekleştirilir.”

**MADDE 23** - Aynı Yönetmeliğin 97 nci maddesinin üçüncü fıkrasının (a) ve (c) bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“a) Uyuşturucu veya keyif verici madde almış olanların tespiti esasları;

1) Herhangi bir uyuşturucu, uyutucu veya keyif verici ve benzeri özelliklere sahip psikotrop madde almak suretiyle araç kullandığı şüphesi uyanan sürücülerin durumları teknik cihaz kullanılmak suretiyle tespit edilir. Teknik cihaz bulunmaması halinde bu sürücüler, tıbbi yönden incelenmek, kan veya idrar analizleri yapılmak üzere, adli tıp kurumu olan yerlerde bu kuruma, olmayan yerlerde ise Sağlık Bakanlığına bağlı tahlil yapabilecek teknik ve tıbbi imkânlarla sahip olan sağlık kuruluşlarına olay anından itibaren en geç 24 saat içerisinde Cumhuriyet savcılıkları aracılığı ile sevk edilir.

2) Bu sürücülerin kan veya idrar tahlilini yaptırmak üzere yukarıdaki yerlere bizzat sevkinin mümkün olması halinde; olay anından itibaren en geç 24 saat içerisinde Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş özel ya da resmi bir sağlık kuruluşuna usulüne uygun olarak aldırılacak kan veya idrar ör-

neği, adli tıp kurumu olan yerlerde bu kuruma, olmayan yerlerde ise Sağlık Bakanlığına bağlı tahlil yapabilecek teknik ve tıbbi imkânlarla sahip olan sağlık kuruluşlarına gönderilerek durum tespit ettirilir.”

“c) Alkollü içki almış sürücülerin ve kanlarındaki alkol miktarının tespiti esasları;

1) Alkollü olarak araç kullandıktan şüphe edilen sürücüler; alkol tespitine ilişkin tarih, saat ve ölçüm sonucu ile cihaza ait seri numarasını gösterir çıktı verebilen ve kalibrasyon ayarı yapılmış teknik cihazlar kullanılarak trafik zabıtası tarafından kontrol edilir.

2) Trafik kazalarında kazaya karışan sürücülerin alkol durumları, kaza tespit tutanağını tanzim eden görevlilerce, bu bendin (1) numaralı alt bendindeki özelliklere sahip teknik cihazlarla olay yerinde tespit edilerek, kaza tespit tutanağına yazılır.

3) Yaralanmalı ve ölümlü sonuçlanan trafik kazalarında; yaralının durumunun aciliyeti gibi sebeplerle teknik cihazla ölçümün mümkün olmaması halinde; bu sürücülerin sevk edildikleri sağlık kuruluşlarınca kan almak suretiyle alkol tespitleri yapılır. Sevk edilen sağlık kuruluşunun kan üzerinden tahlil yapabilecek tıbbi ve teknik imkânlarla sahip olmaması halinde; bu kuruluşlarca alınan kan örnekleri adli tıp kurumu olan yerlerde bu kuruma, olmayan yerlerde kan üzerinden tahlil yapabilecek tıbbi ve teknik imkânlarla sahip Sağlık Bakanlığına bağlı resmi sağlık kuruluşlarına gönderilerek alkol tespiti yaptırılır.

4) Bu bendin (1) numaralı alt bendinde belirtilen teknik özelliklere sahip olmayan cihazlarla yapılan ölçümlere vaki itirazlar ile müteceviz davranışlarda bulunulması veya cihazla ölçüme mukavemet gösterilmesi gibi durumlarda; sürücüler adli tıp kurumu, adli tabiplik veya Sağlık Bakanlığına bağlı resmi sağlık kuruluşlarına olay anından itibaren en geç iki saat içerisinde sevk edilerek (1) numaralı alt bentte belirtilen teknik özelliklere sahip teknik cihazın özelliklerine eşdeğer özelliklerdeki teknik cihazlarla veya kan aldırarak suretiyle alkol tespitleri yaptırılır. Yapılan tespit değerlendirilmesinde; tespiti yapan kurum/kuruluş tarafından olay anından tespit yapıldığı ana kadar geçen süre de göz önünde bulundurulacak sonuç belirlenir ve çıkan sonuca göre yasal işlem gerçekleştirilir.

5) Kandaki alkol miktarının teknik cihazlarla ve kan alınarak aboratuarda tespit imkânlarının bulunmadığı hallerde, alkollü olarak araç kullandıktan şüphe edilen sürücüler en yakın resmi sağlık kuruluşuna sevk edilerek, kurum hekimi tarafından alkol muayenesinden geçirilirler.

6) Yapılan tespit sonucunda belirlenen limitlerin üzerinde alkollü içki aldığı belirlenen sürücülerin Karayolları Trafik Kanununun 48 inci maddesine göre, birinci defada 6 ay, ikinci defada da 2 yıl süreyle sürücü belgeleri geçici olarak geri alınır. İkinci defa geri alma süresi sonunda sürücü, sürücü davranışı geliştirme eğitimine tabi tutulur ve başarılı olması halinde belgesi iade edilir. Üçüncü defa ve fazlasında ise, bu sürücüler, 6 aya kadar hafif hapis

cezası ile cezalandırılırlar ve belgeleri 5 yıl süre ile geri alınarak psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesine tabi tutulurlar; bu süre sonunda yapılacak psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesi neticesinde belgesinin iadesinde sakınca bulunmayanlara sürücü belgesi iade edilir. Muayene sonucunda sürücü belgesinin iade edilmesinde sakınca bulunana ise sürücü belgesi verilmez.

*Alkollü olarak ölümlü ya da yaralamalı trafik kazasına neden olunması halinde ağır kusurun varlığı kabul edilir.*

*Bu madde hükümlerine uymayanlara, Karayolları Trafik Kanununun 48 inci maddesine göre işlem yapılır."*

**MADDE 24** - Aynı Yönetmeliğin 115 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendine aşağıdaki (14) numaralı alt bent eklenmiştir.

*"14) Özürlülerin araçları için ayrılmış park yerlerinde,"*

**MADDE 25** - Aynı Yönetmeliğin 125 inci maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinin (5) numaralı alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

*"5) Karayolları Trafik Kanununun 34 üncü maddesi uygulanırken, muayene süresi geçirilen araçlar ve özel muayene yaptırılması zorunlu olduğu halde yaptırılmamış araçlar trafikten geçici olarak men edilir ve en yakın muayene istasyonunda aracın muayenesinin yapılması için bu Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek:33)'teki izin belgesi düzenlenerek, en fazla 7 iş günü geçici*

*olarak trafiğe çıkış izni verilir. Bu şekilde izin verilenlerden süresi içerisinde muayenesini yaptırmadığı tespit edilenler hakkında, Karayolları Trafik Kanununun 34 üncü maddesi hükmüne göre idari para cezası uygulandıktan sonra trafikten men edilip, tescil belgesi alıkonularak en yakın muayene istasyonuna sevk edilir."*

**MADDE 26** - Aynı Yönetmeliğin 128 inci maddesinin € bendinde yer alan "Römorklu Katarlarda 18.75 metre" ibaresi "İki römorklu katarlarda 22.00 metre" olarak, (d) bendinin (2) numaralı alt bendinde yer alan "Konteyner taşıyan yarı römorklu araçlarda 44 ton" ibaresi "Kombine bir taşıma faaliyeti olarak 40 ft. Boyutunda ISO Konteyner taşıyan iki veya üç dingilli yarı-römorka sahip üç dingilli motorlu araçlar 44 ton" olarak değiştirilmiştir.

**MADDE 27** - Aynı Yönetmeliğin 150 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

**"MADDE 150** - Belirli sürücülerin ve yolcuların, araçların sürülmesi sırasında koruyucu tertibat kullanmaları mecburidir.

*Sürücü ve yolcular için, nicelik ve nitelikleri bu Yönetmeliğin ekinde yer alan 1 sayılı cetvelde ve Karayolları Trafik Kanununa göre çıkarılan diğer yönetmeliklerde gösterilen koruyucu tertibatlardan;*

a) Üç tekerlekli yük motosikletleri hariç, motorlu bisiklet ve motosikletlerde sürücülerin koruma başlığı ve koruma gözlüğü, yolcuların ise koruma başlığı,

b) M1 sınıfı otomobillerin, M1G ve N1G sınıfı arazi taşıtlarının, N1, N2, N3 sınıfı kamyonet, kamyon ve çekicilerin, M2 ve M3 sınıfı minibüs ve otobüslerin bütün koltuklarında bu Yönetmeliğin ekinde yer alan 1 sayılı cetoelde yer alan "Emniyet Kemerini"nin bulundurulması ve kullanılması zorunludur.

Ancak;

1) Yerleşim yeri içinde ticari amaçla yolcu taşımacılığı yapan araç sürücüleri,

2) Yerleşim yeri içinde ticari amaçla yolcu taşımacılığı yapan M2 ve M3 sınıfı minibüs ve otobüsler ile personel servis araçlarındaki yolcular (okul servis araçları hariç),

3) Geri gitme veya park yerlerinde 25 km/s. geçmeyen hızla seyreden sürücüler,

4) Yakın koruma, harekât, tatbikat ve devriye görevi yürüten veya olaylara müdahale eden askeri ve genel kolluk görevlilerinden sürücü ve yolcu konumunda bulunanlar,

5) Görev ya da ekip çalışması ile özel pozisyonlarda bulduklarında acil servis görevlileri,

emniyet kemeri kullanmak zorunda değildir.

Bu Yönetmelik hükümlerine göre 1995 yılı itibariyle ülkemizde imali yapılan veya yurt dışından ithaline izin verilen araçların arka koltuklarında emniyet kemeri bulundurulması ve kullanılması mecburidir. Bunların dışında kalan ve ha-

len trafikte kullanılmakta olan diğer taşıt sahipleri isteğe bağlı olarak bu Yönetmeliğin ekinde yer alan 1 sayılı cetoelde yer alan "Emniyet Kemerini"ni numunesine uygun olarak taktrabilirler. Kamyonet, kamyon ve çekicilerde emniyet kemeri ile ilgili hükümler 1/8/1998 tarihinden sonra üretilen araçlarda uygulanır.

Emniyet kemeri, 1/8/1998 tarihinden sonra üretilmiş ve 30/5/2006 tarihinden önce tip onay belgesi alınmış M2 ve M3 sınıfı minibüs ve otobüslerin bütün koltuklarında zorunlu olmayıp, minibüslerde sürücüsü ile yanında oturan yolcuların; şehirlerarası otobüslerde arka koltuklar hariç olmak üzere, sürücüsü dahil en ön ve önünde boşluk olan arka koltuklarda, önünde boşluk olan kapı önü koltuklarında; iki katlı şehirlerarası otobüslerde merdiven önü, en ön ve önünde boşluk olan en arka koltuklarda, masa etrafında bulunan koltuklardan aracın gidiş yönüne doğru olanlarda oturan yolcular için bulundurulması ve kullanılması zorunludur.

M1, M1G, N1, N1G, N2 ve N3 sınıfı araçlarda 150 cm'den kısa ve 36 kg'ın altındaki çocukların taşınması sırasında çocukların ağırlığına uygun bu Yönetmeliğin ekinde yer alan (1) sayılı cetoelde yer alan çocuk bağlama sistemlerinin kullanılması zorunludur. Ancak, 135 cm'den uzun çocuklar çocuk bağlama sistemleri yerine ön koltukta oturmamak şartıyla diğer koltuklardaki emniyet kemerlerini kullanabilirler.

Çocuk bağlama sistemleri olmayan M1, M1G, N1, N1G, N2 ve N3 sınıfı araçlarda üç yaşın altındaki çocuklar taşınamazlar.



Çocukların ticari taksilerde seyahatleri sırasında, çocuk bağlama sistemleri kullanmaları, yok ise arka koltukta oturmaları zorunludur.

Çocuklar, araçta hava yastığını otomatik kapatma sistemi olsa bile, bu fonksiyon mekanik olarak kapatılmadan, ön hava yastığı ile korunan bir yolcu koltuğunda yüzü arkaya dönük çocuk bağlama sistemi kullanılarak taşınmazlar.

M2 ve M3 sınıfı araçlarda seyahat eden üç ve üzeri yaştaki çocukların, emniyet kemeri ya da çocuk bağlama sistemleri kullanması zorunludur.

M2 ve M3 sınıfında seyahat eden yolcular koltuklarına oturduklarında ve araç hareket ettiğinde, emniyet kemerlerini bağlamaları konusunda aşağıdaki yollardan herhangi biri ile uyarılmak zorundadır.

a) Sürücü tarafından,

b) Muavin veya grup lideri olarak tayin edilen görevli tarafından,

c) Görsel-işitsel vasıtalarla,

ç) Belirlenen ve her oturma pozisyonunda görülebilen işaret veya sembollerle.

Çocuk bağlama sistemleri kullanma zorunluluğu, 1995 yılı itibariyle ülkemizde imali yapılan veya yurt dışından ithaline izin verilen otomobillerde, diğer araçlar için ise 1/8/1998 tarihinden sonra üretilenlerde uygulanır.

Sağlık sorunları nedeniyle emniyet kemeri takamayacak kişilerin resmi veya özel sağlık kuruluşlarından emniyet

kemeri takamayacağına dair sağlık kurulu raporu almaları gerekir. Bu kişiler raporda belirtilen süre zarfında emniyet kemeri takmaktan muaf tutulur. Bu raporların görevlilerce istenildiğinde, ilgili tarafından gösterilmesi zorunludur.

Seferde görev alan sivil araçlara, ilgili mevzuat hükümlerine göre işlem yapılır.”

**MADDE 28 – Aynı Yönetmeliğin 159 uncu maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

“İşleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukuki sorumluluğu ve araçların sigorta ettirilmesi bakımından, Karayolları Trafik Kanununun 85 ila 111 inci maddelerindeki hükümleri ve 3/7/2002 tarihli ve 24804 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı Yönetmeliği hükümleri uygulanır.”

**MADDE 29 – Aynı Yönetmeliğin 160 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

“2) Sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınması hariç olmak üzere belgelerin geri alınması ve iptali cezasını,”

**MADDE 30 – Aynı Yönetmeliğin 161 inci maddesinin birinci fıkrasının € bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve aynı fıkraya aşağıdaki (d) bendi eklenmiştir.**

“c) Karayolları Genel Müdürlüğü’nün yetkili kıldığı personeli tarafından Karayolları Trafik Kanununun 13, 14,

16, 17, 18, 47/a ve 65 inci maddelerine aykırı hareket edenler hakkında idari para cezasına dair tutanak düzenlenir. Kanunun 47 nci maddesinin (b), (c) ve (d) bentlerinde belirtilen kural ihlallerinin tespiti halinde, durum bir yazı ile gerekli işlemin yapılması için en yakın trafik kuruluşuna bildirilir.

d) Ulaştırma Bakanlığının yetkili kıldığı personeli tarafından Karayolları Trafik Kanununun 35 ve 65 inci maddelerine aykırı hareket edenler hakkında idari para cezasına dair tutanak düzenlenir.”

**MADDE 31 - Aynı Yönetmeliğin 162 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

“2) Trafik idari para cezası karar tutanakları, kesinleşme tarihinden itibaren 7 iş günü içinde, takip ve tahsili için Maliye Bakanlığınca belirlenecek birime veya kuruma gönderilir.”

**MADDE 32 - Aynı Yönetmeliğin 164 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.**

“Trafik idari para cezaları kredi kartı ile de ödenebilir. Kredi kartı ile yapılan tahsilâtın muhasebe birimi hesaplarına aktarılma süresi ile uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir.”

**MADDE 33 - Aynı Yönetmeliğin 165 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

“**MADDE 165 - Ödeme derhal yapılmadığı takdirde para cezalarının, tutanağın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödenmesi gerekir. Bir ay**

çinde ödenmeyen cezalar için her ay % 5 faiz uygulanır. Aylık faizin hesaplanmasında ay kesirleri tam ay olarak dikkate alınır. Bu suretle bulunacak tutar cezanın iki katını geçemez.

Kesinleşen ve süresinde ödenmeyen para cezaları 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunur.”

**MADDE 34 - Aynı Yönetmeliğin 166 ncı maddesinin birinci fıkrasının € bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

“c) 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 26/1-2, 31/1-b, 36 ve 49 uncu maddeleri hükümlerine uymayan araçları kullanan sürücüler, aynı zamanda araç sahibi değilse, araç sahiplerine aynı miktar kadar,”

**MADDE 35 - Aynı Yönetmeliğin 167 nci maddesinin birinci fıkrasının € bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

“c) Alkollü içkilerin etkisi altında araç kullanmak suçunun geriye doğru 5 yıllık süre içerisinde birinci ve ikinci defa işlenmesi durumunda, geriye doğru bir yıl içerisinde huz sınırlarının % 30’dan fazla 5 kez ihlal edilmesi halinde ve bir yıl içerisinde 100 ceza puanının birinci ve ikinci defa doldurulması halinde, sürücülerin sürücü belgeleri, trafik polisi veya jandarmanın trafik eğitimi görmüş personeli tarafından Karayolları Trafik Kanununda yazılı süreler kadar re’sen geçici olarak geri alınır.”

**MADDE 36 - Aynı Yönetmeliğin 170 inci maddesinin birinci fıkrası**

## ekler

sının (a) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

*“a) Her yıl Mayıs ayının ilk Cumartesi günü “Karayolu Trafik Güvenliği Günü,”*

**MADDE 37 - Aynı Yönetmeliğin 174 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

*“MADDE 174 - Karayolunu kullananları uzun süre etkileyecek şekilde park edilmiş, terk edilmiş veya hasara uğramış araçları, durumu bir tutanakla tespit ederek kaldırıp götürmeye ve trafikten men etmeye trafik zabıtası yetkilidir.*

*Men etme işlemi yapılırken;*

*a) Karayolları Trafik Kanununun ilgili maddeleri gereğince trafikten men edilen araç sahiplerine men işlemi sırasında Kanunun EK-14'üncü maddesi hükmü yazılı olarak tebliğ edilerek trafikten men tutanağı düzenlenir ve bu işlem Trafikten Men Edilen Araç Defterine kaydedilir.*

*b) Trafikten men edilerek alıkonulan araçlar ile buluntu araçlar resmi kurum veya özel otoparklarda muhafaza altına alınır.*

*c) Trafikten men işlemi sırasında, araç sahiplerine yapılan tebligat ile sahibine tebligat yapılamayan araçlar ve sahipleri hakkında varsa ayrıntılara ilişkin bilgi ve belgeler (trafikten men tutanağı, çekici tutanağı, otopark teslim tutanağı, araca ait trafik tescil kayıtları vb.) araçların trafikten men edildiği tarihten, buluntu araçlar için buluntu tutanağının düzenlendiği tarihten*

*itibaren 4 ay içinde Defterdarlık veya Mal Müdürlüğüne gönderilir.*

*Ç) Bildirim tarihinden sonra sahipleri tarafından alınmak üzere başvuruda bulunulan araçlar olması halinde, bu araçlar hakkındaki bilgiler satış işleminden önce Defterdarlık veya Mal Müdürlüğüne bildirilir.*

*Yabancı plakalı araçların kaldırılması halinde, gerekli olanlar için gümrük mevzuatına göre işlem yapılır.”*

**MADDE 38 - Aynı Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek:1) ekteki şekilde değiştirilmiştir.**

**MADDE 39 - Aynı Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek:3) ekteki şekilde değiştirilmiştir.**

**MADDE 40 - Aynı Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek:14/ A)'daki CA 001-999'dan CZ 001-999'a kadar olan plaka grupları ve (Ek:14/ A-2)'deki CA 0001-9999'dan CZ 0001-9999'a kadar olan plaka grupları yürürlükten kaldırılmış; (Ek:14/ A-2)'ye CC 0001-9999, CD 0001-9999, CG 0001-9999 ve CM 0001-9999 plaka grupları eklenmiştir.**

**MADDE 41 - Aynı Yönetmeliğe, ekte yer alan (Ek:40) ilave edilmiştir.**

**MADDE 42 - Aynı Yönetmeliğin ekinde yer alan 1 sayılı cetvelin “C) HUSUSİYETLERİNE GÖRE ARAÇLARDA BULUNDURULACAK TEÇHİZAT” bölümünde yer alan “emniyet kemeri”ne ilişkin hükümlerin bulunduğu satır ekteki şekilde değiştirilmiş, “emniyet kemeri”ne**

ilişkin hükümlerin bulunduğu saptırdan sonra gelmek üzere ekteki “*çocuk bağlama sistemleri*” ile “*boyun korsesi*”ne ilişkin hükümlerin bulunduğu satırlar eklenmiş; aynı cetvelin “*telsiz veya haberleşme cihazı*”na ilişkin hükümlerinin bulunduğu satır ekteki şekilde değiştirilmiştir.

**MADDE 43** - Aynı Yönetmeliğin 56 ncı maddesinin birinci fıkrasının € bendinin ikinci paragrafı, 59 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesi, 60 ıncı maddesinin üçüncü fıkrası, 77, 78 ve 175 inci maddeleri, ile Yönetmeliğin ekinde yer alan 2 sayılı cetveldeki “*Radyo, görüntü cihazı, telsiz, telefon veya telgraf ve benzeri cihazlar*”a, “*Hoparlörler*”e, “*Pikap, teyp ve benzeri cihazlar*”a ilişkin hükümlerin bulunduğu satırlar ve aynı Yönetmeliğin ekinde yer alan 3 sayılı cetvel yürürlükten kaldırılmıştır.

**MADDE 44** - Aynı Yönetmeliğe aşağıdaki Geçici Madde 4 eklenmiştir.

**“GEÇİCİ MADDE 4** - *Bu Yönetmeliğin 150 nci maddesinin beş, altı, yedi, sekiz, dokuz, on ve onbirinci fıkraları yürürlüğe girinceye kadar, taşıtlarda sürücü yanındaki ön koltukta 10 yaşından küçük çocukların taşınması yasaktır.”*

**MADDE 45** - Bu Yönetmeliğin,

a) 27 nci maddesi ile değişiklik yapılan Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 150 nci maddesinin beş, altı, yedi, sekiz, dokuz, on ve onbirinci fıkraları; 42 nci maddesi ile Karayolları Trafik Yönetmeliğinin ekinde yer alan 1 sayılı cetvele ilave edilen “*Çocuk bağlama sistemleri*”ne ilişkin hükümlerin bulunduğu satır 1/6/2010 tarihinde;

b) 38 inci maddesi ile değiştirilen Karayolları Trafik Yönetmeliğinin ekinde yer alan (Ek: 1) ve 39 uncu maddesi ile değiştirilen Karayolları Trafik Yönetmeliğinin ekinde yer alan (Ek:3), bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten 6 ay sonra,

c) Diğer hükümleri yayımı tarihinde,

yürürlüğe girer.

**MADDE 46** - Bu Yönetmelik hükümlerini İçişleri, Bayındırlık ve İskân ve Ulaştırma Bakanları müştereken yürütür.

söyleşi... söyleşi... söyleşi... söyleşi... söyleşi... söyleşi...

## NAZARIYE ODAKLI YAYINCILIK VEDAT KİTAPÇILIK

Oya Günendi\*



Hukuk yayıncılığı yapan yayınevlerini tanıtmaya devam ediyoruz. Bu sayımızda İstanbul'dan bir yayınevine konuk olduk ve hukuk camiamızın yakından tanıdığı Vedat Kitapçılık'ın sahibi Sayın Vedat CARBAŞ ile yaptığımız söyleşiyi sizler için hazırladık.

**Oya GÜNENDİ:** Bize kendinizi tanıtır mısınız Vedat Bey.

**Vedat CARBAŞ:** Öncelikle belirtmek isterim ki, yayınevleri ile söyleşi yapmanız güzel, çünkü onların da sorunları var, onların da istekleri var.

**O.G.:** Evet, amacımız da bu, sizleri daha çok bilinir kılarak, sorunlarınızı ve isteklerinizi dile getirebilmek...

---

\* Avukat, Ankara Barosu.

**V.C.:** 1969 İstanbul doğumluyum. İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi mezunuyum. Nereden çıktı diye soracaksınız şimdi bu hukuk yayıncılığı...

**O.G.:** Evet, ilgiyi kuramadım doğrusu, nasıl karar verdiniz yayıncı olmaya?

**V.C.:** Benim babam baroda çalışıyordu. Çok küçük çapta kitap satıyordu; ben de onun yanında yardım ediyordum, bazen gidip geliyordum. Fakat hiç düşünmüyordum kitapların o kadar satılabileceğini, yani daha büyük çapta satılabileceğini hiç düşünmüyordum. Gel zaman git zaman fakülteyi bitirdikten sonra, bir yaz boyunca tüm zamanımı orada geçirdim işe girene kadar. İlaç fabrikasına girecektim, sonra baktım ki zevkli bir iş, yani gidenler, gelenler, “şöyle bir dava var, böyle bir dava var” diye soranlar... Ben de okuyorum bu arada kitapları ve okulun verdiği bir kabiliyeti diyelim ki, okuyorum, okuduklarımı da çok rahat anlıyorum. Herhalde matematik, fen kafasından dolayı çok rahat anlıyorum, o kadar da kafama yazıyorum ki, artık hocaların hangisinin makalesi hangi dergide, hangi bölümde, hangi armağanın içerisinde oluyor, ezberlemeye başladım kendi kendime okuyarak.

**O.G.:** Tam bu işi yapmak için yaratıldığınızı keşfettiniz o halde...

**V.C.:** Ama iş daha ileri boyuta geldi, bunu yapan kimse yoktu. O zamanlar daha bilgisayar da pek yaygın değildi.

**O.G.:** Hangi seneler?

**V.C.:** 1997-98, internet yaygın değil, bilgisayar böyle yaygın değil. İçtihat programları da yok, varsa bile az, herkeste yok, bu kadar yaygın değil. Sonra, bana soruyorlar “Ömer Teoman’ın şurada bir makalesi var, Erdoğan Moroğlu’nun şurada bir mütalaası var” diye mesela. Buluyorum tabi hemen, nasıl seviyorlar bilerseniz, nokta atışı yaptın vs. diyorlardı.

**O.G.:** Google misali yani...

**V.C.:** Ondan sonra bunlar hocaların da kulağına gitti. Ömer Teoman’ın, Erdoğan Moroğlu’nun, Haluk Burcuoğlu ve saymadığım pek çok değerli hocamızın.

Bu camiada büyük ofislerle tanışmaya başladım ondan sonra. Bana geliyorlardı, “sizin böyle böyle makale arşiviniz varmış, bizim şu konuda bir problemimiz var ancak kitap bulamadık,” diyorlardı. Ben okuduğum makaleleri indeks yapmıştım daktiloyla. O zaman bilgisayar olmadığı için ya da biz tam bilmiyorduk, çok iyi bilmiyorduk. Bu sayede üç dört tane büyük çaplı hukuk bürosu, biz bütün kitaplarımızı sizden alacağız dediler. Sonra sürekli olarak onlara kitap vermeye başladık. Sonra yetmemeye başladı, sonra daha çok müşterilerim geldi, daha çok insanlar geldi. “Git o çocuğa, o bilir” diyorlardı; “git o çocuğa o bilir, Vedat’a git, Vedat senin derdine derman olur” diyorlardı. Burada önemli hocaların eski kitapları var, bunları o yüzden tutuyorum, yani kaynak olarak, hâlâ o eski şeyin vermiş olduğu alışkanlık olarak. İstanbul Tıp Fakültesi dergileri vardır, burada İstanbul Hukuk Fakültesi’nin önemli hocalarının kitapları da vardır.



Sonra yetmemeye başladı. Sultanahmet'e açtım. Sultanahmet de yetmemeye başladı, Sultanahmet Adliyesi'nin bazı bölümleri taşındı, ticaret mahkemeleri gitti, o adliyenin kalkacağı söylendi. Adliyenin arazisi Büyükşehir Belediyesi'ne ait diye. Sonra buraya yani Şişli'ye geldik. Burada bir altyapısını oluşturalım, orası kalktığı zaman mağdur olmayalım diye. Burası da tuttu Allah'a şükür, iki taraflı böyle gidiyor.

**O.G.:** Tam olarak hangi yılda başladınız diyebiliriz?

**V.C.:** Tam olarak 2001'de başladık. O zamanlar, babamın yanına gittiğimde yani; bana "sen kendi mesleğini yap" diyordu. Ben de cv'mi verdim ilaç fabrikasına. Oradan da "gel başla" diye haber geldi bana, iyi ki de başlamamışım.

**O.G.:** "Alaylı" hukukçu olmuşsunuz böylelikle...

**V.C.:** Estağfurullah... Geçenlerde Erdoğan Moroğlu da dedi, Ömer Teoman da dedi. Öyle diyorlar ama onlar teveccüh, iltifat yapıyorlar.

Öyle başladık, öyle diyebilirim ki perakende olarak Türkiye'nin en bol çeşidi olan ve en güzel yeridir bizim yerimiz. Avukatların sorunlarına, davalarına çözüm getiren en iyi yerdir. Gönlüm olsun, bulamayacağım şey yoktur, yeter ki benim gönlüm olsun; ben sizinle çalışayım, sizi seveyim, sizin bana karşı sempatinizi bileyim, eğer aradığımız şey kağıda dökülmüşse o kesinlikle bulunur, çok iddialıyım Çok bağlantılarımdır, kaçmaz yani.



Açıyorsun, bana “*şu lazım, filanca baro dergisinin şurasında bu varmış*” diyorsunuz. Çok emek harcarım, bazı şeyleri araya koyarım, ama bulurum, yeter ki isteyeyim.

**O.G.:** Peki yayınevinizde kaç kişi çalışıyor? İşleyiş şekliniz nasıl?

**V.C.:** Bizim yayınevimiz optimum verimle çalışır, üç kişiyle çalışır, çok ilginç değil mi?

**O.G.:** Evet, açıkçası ben çok daha büyük bir rakam duymayı beliyordum.

**V.C.:** Gerek yok, doğru insanları, doğru şekilde istihdam ederseniz, insan kalabalığından ve külfetinden kurtulursunuz. Bu biyolojide optimumdur. Ne israf vardır, ne de yetersizlik vardır, ikisinin arası. İkisinin arasında optimum çalışacak o insanı bulduğunuz zaman...

**O.G.:** Ama, çok iyi gözlemlemek lazım, demek o da var.

**V.C.:** Tabii, ilgileniyorum.

**O.G.:** Şu şunu yapabilir, bu bunu yapabilir diye...

**V.C.:** Fazla kalabalığa gerek yok. Elli, kırk, otuz kişiye gerek yok. Üç kişiyle yaparız biz bu işi. Ama tabii ki dışarıdan iş verdiğimiz insanlar vardır, grafikçiyi ararız gelir, dizgiciyi ararız gelir. Dizgici istediğimiz kadar gelir, diyelim ki, üç beş tane dizgici lazımsa tak diye gelir, iş hemen yapılır. Grafikçi, en kral grafikçi gelir. Zaten bizim kitaplarımızın kapaklarının çok güzel olduğu, içinin çok güzel olduğu, baskısının çok güzel olduğu söylenir. Yani 2001’de başlıyorsunuz perakendeye, 2003 yılının Mart ayında da Erdoğan Moroğlu’yla birinci kitabınızı basıyorsunuz, daha tam tanınmamışsınız, 2007’nin Mart’ı geliyor, 107



tane yayınımla oluyor, ve bunun içinde 30-35 tane profesör var, anlatabildim mi? İnsanlar geliyor, niye? Çünkü kaliteli iş yapıyoruz, onları üzmüyoruz. Hatemi'den tutun da, Erdoğan Moroğlu, Ömer Teoman, Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Hamdi Yasaman, Erkan Şen, Süheyl Zonay'a kadar profesörler, şimdi aklıma gelmeyenler de var, atladığım kitaplar da. Bunun yanında doçentler, doktorlar da var. Zaten bu yayınlarımızın tamamına yakını akademik yayınlardır. Biz mevzuat basmayız. Mesela, Ankara'da yazarımız yoktur, Yargıtay üyesi yazarımız yoktur. İstanbul ve akademik kitap üzerine yoğunlaşıyoruz.

Ben öğreti kitaplarını takip ediyorum, sistematik kitapları takip ediyorum, öğretilere, nazariyaya çok önem veriyorum. Mesela, bizim hukukçularımız nazariyeye çok önem vermezler. *"Bana Yargıtay kararı bul, ben dilekçeme onu koyacağım"* derler. Ben ona pek taraftar değilim. Çünkü, eğer Yargıtay kararı kesin olarak bir şey ifade ediyorsa, o zaman yeni içtihat niye arıyorsunuz? Hiç değişmez, eğer o kesinlik ifade ediyorsa, yüz sene sonra da aynıdır.

**O.G.:** Hukuk nosyonunu gerçekten edinmişsiniz, bu çok önemli bir ayrıcalık.

**V.C.:** O sizin istediğiniz içtihadın oluşması için nazariye ve bilimsel görüşe ihtiyacımız var. Bunu da okumak gerekiyor veya bunların bir şekilde değerlendirilmesi gerekiyor, ben onun peşindeyim.

**O.G.:** Avukatlarımız genelde kısa vadeli düşünüyor. İşim hallolsun, konunun temelindeki sorun es geçiliyor, çözülmüyor.

**V.C.:** Evet, bu Yargıtayın verdiği bir karar vardır. Bugün senin lehinedir o karar, karşı tarafın aleyhinedir. Ama karşı taraf *"2007 içtihadı yok mu? Belki lehime dönmüştür"* diyor. Onun senin lehine dönebilmesi için o 2005'teki, 2000'deki içtihadın bilimsel olarak çürütülmesi gerekiyor. Onu da bu kitaplar sağlıyor, oradaki hâkimi ikna etmeye bağlı, bu kitaplarla ikna edeceksiniz. Avukatlara da söylüyorum, cevap veremiyorlar, gidiyorlar.

**O.G.:** Kendi yayınlarınızın dışındaki yayınların dağıtımını da yapıyor musunuz?

**V.C.:** Evet, yapıyoruz. Kendi yayınlarımız Allah'a şükür çok iyi, satışları da çok iyidir. Tabiri caizse hukuk camiasında *"elimizde patlayan kitap"* denilir. Bizim elimizde patlayan kitap yoktur, biz satarız hepsini. Çünkü edindiğimiz tecrübelerden dolayı, onun altyapısını hazırlıyoruz, kitabı ona göre basıyoruz. Allah'a şükür ondan da bir sıkıntımız yok. Zaten diğer arkadaşlar da, perakendeciler de söylüyor, bizim kitaplarımız çok iyi satılıyor.

**O.G.:** Yayın kriterleriniz....?

**V.C.:** Tabii ki kriterlerimiz var. Bir yazar bize kitap getirdiği zaman, öncelikle onun akademik unvanının olmasına ya da eğer avukatsa, akademik bir unvanı yoksa, hukuk camiasında tanınmışlığına, bilimsel olarak düzgün çalışmış olmasına, isminin lekelenmemiş olmasına dikkat ediyoruz. Biliyorsunuz böyle avukatlar da var camiada, söyleniyor. Bunlara dikkat ediyoruz. Demin dediğim gibi, salt mevzuat kitabıysa, onları geri çeviriyoruz, basmıyoruz. İçinde fikri ürün olması önemli, fikri ürün yoksa basmıyoruz. Fikir yanlış olabilir,

yani alakasız bir fikriniz olabilir. Yazarın dirayetli olarak onu savunmasını istiyorum. Yani, kimsenin görüşünün altında kalmasını istemiyorum. Yanlış bir fikir de söyleyebilir, ama o başka birine, başka bir ufuk açar. Öyle kitapları basıyoruz.

**O.G.:** Peki, bu değerlendirmeyi yapan bir danışma kurulunuz var mı?

**V.C.:** Editör şeklinde yani.... Ben kendim yapıyorum. Camiadaki diğer avukatlardan o insan hakkında edindiğim izlenimler sayesinde, yapacağı eserin gerçekten kendi şahsına yakışır bir şey olacağını ve tabiri caizse şişirme bir şey olmayacağını biliyorum.

**O.G.:** Merak ettim, çevreniz çok.. Çok güzel yazıları, fikirleri olduğuna inandığınız ama belki üşengeçlikten belki de yoğunluktan, fikirlerini ya da yazılarını bastırmayan, potansiyel haldeki yazar adaylarını yazmaya teşvik ediyor musunuz?

**V.C.:** Ediyorum, çok güzel bir yere işaret ettiniz. Mesela, makaleleri tarıyorum, dergilerde, armağanlarda. İhtiyaç duyulan konuları tespit ediyorum, eğer otuz, kırk, elli sayfalık böyle makaleler varsa, iş yapabilecek makalelerin yazarlarını telefonla arıyorum, “*kitap haline dönüştürebilir miyiz hocam?*” diyorum. O da “*seve seve*” diyor.

**O.G.:** Dizgi ya da redaksiyon sırasında, makale sahipleriyle kurallarınızın çatıştığı zamanlar oluyor mu? Kendi kurallarınızda diretiyor musunuz yoksa yazarın isteklerine öncelik mi tanıyorsunuz?

**V.C.:** Tabii ki öyle sorunlarımız da oluyor ama ben orada yazara uyum sağlıyorum. Mesela yazar “*11 punto istemiyorum, 12 punto istiyorum*” dediğinde, “*Hocam, 12 punto olursa, avukatlar kitabın harflerinin çok büyük olduğunu ve bunu şişirmek için yaptığımızı zannederler*” diyoruz. “*Hayır, onlar öyle zannetsinler, ben böyle istiyorum, ben rahat okumak istiyorum*” diyor. Peki hocam diyoruz, o şekilde hocanın suyuna gidiyoruz. Hocanın istediği kapakları yapmaya çalışıyorum. Ama seçimi bize bıraktıkları zaman, kitaplar daha canlı oluyor.

**O.G.:** Kapak çok önemlidir aslında...

**V.C.:** Tabii, kapak çok önemlidir. Bilinçaltımıza da yerleşiyor. Yani, siz “*ben kitabı kapak için almam*” diye kendinizi şartlandırırınız, ama bilinçaltınız o kitap alınsın der. Kapak sizi cezbeder, ona bir sempatiklik duyarsınız. Onun o beyazlığına, temizliğine...

**O.G.:** Kitabın içiyle dışıyla komple düşünmek lazım...

**O.G.:** İnternet sayfanız var mı?

**V.C.:** Var, o çok önemli.

**O.G.:** Gerçekten çok kolaylık sağlıyor. Daha dinamik takip edilebiliyor yayınlar. Neyi nerede bulabileceğinizi kısa sürede öğrenebiliyorsunuz.

**V.C.:** Bizim internet sitemiz çok güncel, hatta dakika dakika güncellenir. Yani, öyle bir sistemimiz var. Hatta, bazen avukatlar bize şikayet ederler. “*Bıktık artık sizden, bize her*

gün üç tane mail atıyorsunuz, bu kadar yeni yayın bizi ilgilendirmiyor, bizi çıkartın listenizden” diye. Mesela, şu anda kitap geldiği zaman, hemen arkadaşlarımız burada tararlar, toplu mail programımız vardır, bunu için dışarıdan destek alıyoruz, server vs. için aidat öduyoruz. Günde 3-4 tane mail attığımız oluyor hukukçulara. Çünkü, sabah bir kitap geliyor, peşine bir kitap daha geliyor, akşama doğru iki kitap daha... Çocuklar hepsini maille atıyor. Bazı avukatlar bundan çok da memnunlar, hocalar çok memnun mesela. Anında haberleri oluyor. Sitemizde yeni yayınlar bölümümüz var, orası çok dinamik, sürekli değişiyor, resimleri dönüyor vs, o çok önemli.

**O.G.:** Korsan konusuna değinmeden olmaz, ama sizin sorunuz oluyor mu, bilmiyorum. Yayınladığınız ders kitapları ile ilgili olabiliyordur sanıyorum...

**V.C.:** Evet, diğerlerinde sorunuz yok ama ders kitaplarımızı fotokopiden çoğaltabiliyorlar.

**O.G.:** O da bir korsan.

**V.C.:** Evet, fotokopiden çoğaltıyorlar. Çok ilginç bulabilirsiniz ama tamamen hocalara bağlıyorum ben bunu ve hukuk öğrencilerinin hukuksuzluğunu anlayamıyorum, niye hukuk okuduklarını bilmediklerini düşünüyorum. Yani, yarın öbür gün mezun olduktan sonra, ben ona vekaletimi vereceğim, şu korsan kitabın takibini yap diyeceğim ve o da gidecek, yarın öbür gün kendi fotokopisini aldıkları fotokopiciye baskın yapacaklar. “Bari başkaları yapıyorsa hocam, siz çocuklara söyleyin de onlar yapmasın” diyorum. Fakat onun önünü alamıyorsunuz, onu tamamen insanların vicdanına bırakıyorum.

**O.G.:** Sizinle çalışan Türkiye’de demin de bahsettiğiniz gibi, potansiyel olup da bağlayan...

**V.C.:** Çok güzel yerlere işaret ediyorsunuz. Yani, hocalar şimdi, tirajlar çok düşük, onu baştan söyleyeyim, tirajlar çok düşük. Tirajlarımız düşük olduğu için, hocaların telif oranı da çok düşük kalıyor. Düşük kaldığı zaman, hocalar tamamen maneviyattan dolayı kitap yazıyorlar. Zaten hocaların çoğu da ekonomik olarak bayağı rahat durumdalar. Bu kitapların sayesinde onlara mütalaa gidiyor onlara, bu kitaplar bir basamak oluyor onlara. Kitapları sayesinde tanınıyorlar, mütalaa gidiyor, sonra büyük işler gidiyor, ticaret hukuku, medeni hukuk anlamında büyük işler gidiyor. Onlar şöyle diyorlar: “Zaten bizim tanınmışlığımız bize yeter, bizi sıkma Vedat” diyorlar. Ben de “Hocam, epeydir bir kitabınız çıkmıyor, şöyle şöyle bir kitap yapalım mı” diyorum geldikleri zaman. “Vedat, artık beni sıkma, git gençlerle uğraş” falan filan diyorlar. Ama ben yine de peşlerini bırakmıyorum. Mesela, geçen gün ısrar ısrar, zoraki sözleşmeden dönme, 1971 olması lazım, ya 71, ya 74 o kitabını güncelliyoruz şu anda. Dönme nazariyatını güncelliyoruz. Bu beni mutlu ediyor tabii ki, yani önemli bir konu.

**O.G.:** Yani, çok katkıda bulunuyorsunuz, verim, üretim meselesi.

**V.C.:** Böyle çok sıkıştırdığım hocalar oldu. Mesela, geçen hafta Erdoğan hocanın sözleşmeleri yeniledik, yine Moroğlu’unun ve Erdoğan hoca bana “sabahleyin kalktım, Nazan

*Hanıma ‘çocuklar gibi uçuyorum. Kitabım, Sermaye Piyasasından çıkan kitabımda bayağı hatalar varmış, Allah’a şükür şimdi o hatalar giderildi, çocuklar gibi seviyorum’ demiş. Benim zorlamalarım, zaten önsözünde “Vedat Beyin ısrarlarıyla bu kitabı yeniledik” diyor. Böyle sıkıştırdığım hocalar oluyor.*

**O.G.:** Peki sizin satış deneyiminiz o ilk baroda çalıştığınız zamanlarda mı oldu?

**V.C.:** Ama, o barodaki o baronun eski yerinde dururken, orada küçük çaplı satıyorduk.

**O.G.:** Şu anda artık öyle bir şey ihtiyacınız yok.

**V.C.:** Öyle de bir şeye karşıyım. Standlarda, yerlerde, adliye kapılarının önlerinde, bu kadar ciddi bir kurumun, adalet kurumunun yayınlarının satılmasını uygun görmüyorum. Belki önceki dönemlerdeki bu tür satışları, imkânsızlıklar nedeniyle hoş karşılayabiliriz. Ama internetin, ulaşımın bu kadar geliştiği bir zamanda karşıyım. Buradan telefonu açın, Mersin’den bir kitabı isteyin, yarın gelir. İnternette bakarsınız, gelir. Nereden alındığı belirsiz, fiyat istikrarı olmayan yayınlar olmamalı. Yani, şu kitabı 10 liraya alıyorsanız, buna 40 lira koyup, 10 liraya da düşürebilirsiniz, bu haksız rekabete de yol açıyor. Bunun profesyonelce, yerleşik yerlerde yapılması taraftarıyım, mağazalarda yapılması taraftarıyım. Böyle sağda solda adliye önlerinde yapılmasına karşıyım, ayağa düşürülüyor bu iş. Eften püften yayınların yayınlanmasına da karşıyım.

**O.G.:** Sadece İstanbul’da ve çok az personelle çalışıyorsunuz. Az ve öz olma taraftarısınız gibi geldi bana. Ankara’da bir yer açmayı düşünüyor musunuz?

**V.C.:** Bakın, eleman gerekirse alırım, kontrol de yaparım. Bakın bu da saygıdan ve ticari ahlâktan, orada arkadaşlarımız var, ağabeylerimiz var, bizden önce orada insanlar var. Turan ağabey var, Muharrem ağabey var, diğer arkadaşlarımız var. Biz de onların kitaplarından alıyoruz, onlar da bizim kitaplarımızdan alıyor. Kitapçı enflasyonu yapmaya gerek yok. Oradaki insanlar o ihtiyaca cevap veriyor zaten. Oradaki dükkan sahibinin, stopajını, vergi yükünü düşünmek gerek, orada da belli bir pazar var zaten. Bu bir ticari ahlâktır, onu niye böleyim. Adam gelip, kapınızın dibinde bir bakkal varken, bir bakkal daha açarsa ne olur? İki de ölür. Gerek yok, zaten oradaki yayınevleri benim kitabımı satıyor orada, stoklu tutuyor, yani onun kitapları bende var, benim kitaplarım onda var. İhtiyaç olur mu, olmaz mı, o ileride düşünülür. Yarın öbür gün kitabım orada alınmazsa, bir tepki olursa, kitaplarım oraya ulaşmazsa, ben de gider bir irtibat bürosu kurarım.

Gezici servisimizde yoktur bizim. Yerlerimiz çok merkezi, çok güzel, çok ferah. Sultana Ahmet Adliyesi’nin yanı, orası merkez adliyeydi. Orada ve Şişli’deki yerimizde her türlü yayınlarımız mevcut.

**O.G.:** Özellikle bu ticari ahlakınızın örnek alınmasını diliyorum.

**V.C.:** Sağ olun, çok merci. Öyle olması gerekiyor.

**O.G.:** Ve yaptığınız işi sevdiğiniz çok belli.

**V.C.:** Öyle.. Çok büyük davalar geliyor, konuşuluyor. Sağ olsun ağabeylerimiz anlatıyorlar. Bunları duyduğum zaman, ne kadar güzel bir iş yapıyorum diyorum. Milyon dolarlık davalar, çekişmeler, ihtilaflar, bazen milyar dolarlık davalar. Bunlarda böyle benim de bir nebze katkım olduğu için seviniyorum. İnsanlar bana geliyor “*senin şu kitabın o kadar işe yaradı ki, şu davamı sayende çözdüm*” diyor. Bir arkadaşımız hiç unutmuyorum, birkaç sene önce, koşu koşu içeri geldi, beni tanıdı, kucakladı. “*Veda’tcığım dün verdiğin kitap sayesinde yönetmeliği iptal ettirdim, bugün de Resmi Gazete’de yayımlandı*” diyor.

**O.G.:** Yani, hedeflerinize ulaştınız.

**V.C.:** Ulaştım, Allah’a şükür, ama tabii ki o sevinç hâlâ içimde var, yani bir kitabım matbaadayken, içim kıpır kıpır olur benim, yani o kitabı bir an önce almak isterim matbaadan. O hevesim, o şevkim hiç bitmedi, hâlâ da vardır. O şevk varsa hep başarılı olursunuz, yoksa zaten sıradan şeyler. Ama bende hâlâ o şevk vardır. Her şeyden etkilenirim, caddedeki otobüsün üstündeki bir reklamdaki esinlenip, oraya kapak çıkartırım.

Bilboarddaki bir yazı karakterini kitaba aktarıyorum. Gazeteyi okurken, reklamlardan, oradaki renk uyumundan, yazı karakterinden esinlenirim.

Ciltlerimizi en pahalısıdır, en pahalı mukavvayı kullanıyoruz, en pahalı kâğıdı kullanıyoruz, en pahalı matbaada bastırıyoruz, kitaplarımızda Avrupalı standardı yakaladık..

**O.G.:** Çok teşekkür ederim zaman ayırdığınız için.

**V.C.:** Biz teşekkür ederiz vesile oldunuz, gerçekten çok güzel bir şey. Kalkıp, Ankara’dan ta buraya geliyorsunuz, ne kadar güzel bir şey, demek ki böyle insanlar da var.

Stephan Yerasimos,

**TÜRKLER (Doğu ve Batı, İslam ve Laiklik)**

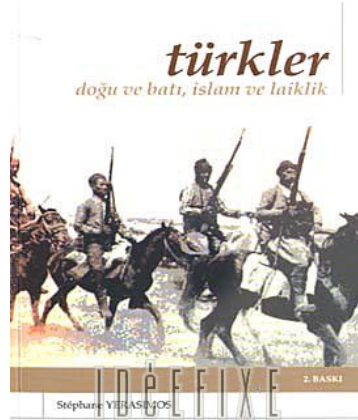
2. Bası, Doruk Kitabevi, Ankara

Geçen sayımızda önerdiğimiz tarihçi İlber Ortaylı'nın "Avrupa ve Biz" kitabından sonra, Türk-Avrupa ilişkileri konusunda, lehte ve aleyhte bulunanların kullanabilecekleri pek çok kanıt bulabilecekleri bir kitap daha önermekteyiz. Avrupa ile Türkler arasında geçmişteki ilişkileri, algılamaları tam olarak kavramadan, AB hakkında fikir beyan etmek tuzaklara düşmeye müsait görünmektedir.

Yerasimos'un editörlüğünü yaptığı kitaba yazdığı önsözde "Türklerin sözde hata ve sevaplarını gözden geçirip iyi ve kötü taraflarını ortaya çıkararak nesnel bir Türk-Avrupa ilişkiler tarihini yazdığımızı düşünüp böbürlenmek boştur; çünkü bu konuda asırlardan beri binlerce eser yazılmıştır," demektedir. Avrupa 17. yüzyılda Francesco Sansavino'nun şu satırlarında gördüğümüz gibi bu çabasını, "...durdurulamaz bir yangın gibi Hıristiyanlık dünyasını yakmak için ilerlenen bu ateşin nasıl doğduğunu görmek ve onları (Türkleri) durduracak çareyi bulmak" için yapmıştır.

Avrupalılar, bir dönem kendilerini eleştirmek için korktukları Türkleri övmüşlerdir. "16.yüzyılın sonu ve 18. yüzyılın başı arasındaki dönemde Türklere verilen bu rol sona ermiş, artık Türklerin erdemlerinden çok kusurları irdelenmiş ve Doğulu adetleri eleştirilmiştir. Korkulduğu kadar hayranlık da duyulan Türk tipinden, hor görüldüğü kadar nefret edilen Türk tipine geçilmiştir."

Açıkça ifade etmeliyiz ki, Aydınlanma çağının ünlü düşünürleri Voltaire, Diderot, Montesquies, Chateaubriand, Victor Hugo batılı kültüre "düşman" Türk imgesini kazımak için büyük çaba göstermişlerdir. Onlar için Türkler antik uygarlığın "mezar kazıcısı" dırlar.



Kitapta şu makaleler yer almaktadır: “*Ne Mutlu Türküm Diyene!*” (Stephane Yerasimos); “*Türk Halkları*” Louis Bazin; “*Türler ve Araplar*”, Henri Laurens; “*Köylerin Açılması*” Marcel Bazin; “*Göçmenler*”, Riva Kastoryano; “*Alevilik*”, Altan Gökalp; “*İslamın Demokratik Hak Davası*”, Nilüfer Göle; “*Modernleşmenin Yöneyi, Kadınlar*”, Şirin Tekeli; “*Arabeskler*”, Tan Oral; “*Tarih yaratma*”, Etienne Copeaux; “*Yaralı Bellek*”, Olivier Abel; “*Pantürk Düşü*”, François Georgeon.

## DERGİLER

### **MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKU DERGİSİ**

2007/1, sayı 6.

Legal Yayınevi tarafından Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukukçuları platformu tarafından çıkarılmakta olan derginin bu sayısında, “*uzun yıllardan beri Türk hukuk dergilerinde pek yer verilmeyen... karar notları ve değerlendirmeleri*” dikkat çekicidir. Özellikle Yargıtay ve Danıştay kararlarına aşırı bağımlılık yüzünden hukukun yaratıcı yönünün kaybolduğu iddiasında bulunan Dergimiz bu yöndeki çalışmalara önem vermektedir.

Ancak, bu bağlamda üretim yetersizliğini derginin aşmış bulunması bizi mutlu etmekte, karar değerlendirme ve incelemeleri konusunda daha çok ürün verildiği takdirde yayımlanması-

nın da mümkün olabileceği görüşünü bir kere daha belirtmek istemekteyiz.

### **TERAZİ, AYLIK HUKUK DERGİSİ**

Yıl 2, sayı 10, Haziran 2007

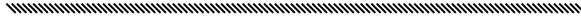
Her sayısında görünür biçimde aşama kat eden Terazi dergisi onuncu sayısında Fatih Bilgili, Ömer Keskinsoy, Şeref Ertaş, Mahir Ersin Germeç, Halil Yılmaz, Özkan Gültekin, Sema Taşpınar Ayvaz, Nurdan Orbay Ortaç, Onur Ünal, Cumhur Sinan Özdemir, Mustafa Tamer, Atilla İnan, Mustafa Albayrak, Mustafa Özen, Hüsamet Uğur ve Ahmet Cemal Ruhî'nin makaleleri ile Hukukçular için Muhasebe, Hukuk Tarihimizden Portreler gibi yazılarla okurları ile buluşmaktadır.

**CEZA HUKUKU DERGİSİ**

Sayı 1 ve 2.

Geçen yıl yayın hayatına giren CHD Ceza Hukuku Dergisi, Yeni TCK ve CMK hakkındaki özgün yazıları ve sempozyum

not ve tutanakları ile ceza hukukçuları için önemli bir kaynak oluşturmaktadır. Editörlüğünü Veli Özer Özbek'in yaptığı dergiye yayın hayatında başarılar dileriz.



**KİTAPLAR**

**Dr. Mehmet Üçer,**  
**(ROMA HUKUKUNDA**  
**VE KARŞILAŞTIRMALI**  
**HUKUKTA)**  
**ALACAKLININ**  
**TEMERRÜDÜ**

Turhan Kitabevi, Ankara  
2007

**Dr. Ömer Keskinsoy,**  
**YASAMA**  
**SORUMSUZLUĞU**

Turhan Kitabevi, Ankara  
2007

**Dr. Mustafa Ateş,**  
**FİKRİ HUKUKTA ESER,**

Turhan Kitabevi, Ankara  
2007

**Doç. Dr. Mustafa Tören**  
**Yücel,**

**ADALET PSİKOLOJİSİ**

Altıncı Bası, Ankara 2007

**Doç. Dr. Veli Özer Özbek,**  
**İNFAZ HUKUKU**

Orion, Ankara 2007

**Doç.Dr. Veli Özer Özbek,**  
**YENİ TÜRK CEZA**  
**KANUNUNUN ANLAMI**

TCK İzmir Şerhi, Genel Hükümler, Cilt I, Seçkin Kitabevi, Ankara 2006

**Doç.Dr. Veli Özer Özbek,**  
**CEZA MUHALEMESİ**  
**HUKUKU**

Seçkin Kitabevi, Ankara 2006