

# AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



## www.adınızsoyadınız.av.tr

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

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

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

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

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

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

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

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

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

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

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

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

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



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

# KONFERANS

LÜBNAN'DA YAPILAN SALDIRILAR-  
FİLİSTİN SORUNUNUN  
ULUSLARARASI HUKUK VE  
İNSAN HAKLARINA OLAN ETKİLERİ  
İLE DÜNYA BARIŞINA OLAN ETKİSİ YÖNÜNDEN  
HUKUKÇULARIN KONUYA  
BAKIŞ AÇILARI

# CONFERENCE

[ ARAP BAROLAR BİRLİĞİ'NİN KATKILARIYLA ]

TÜRKÇE-İNGİLİZCE-ARAPÇA  
ANKARA / 17-18 KASIM 2006

ÇIKTI !..

# **TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ**

ISSN: 1304-2408

YIL: 20

SAYI: 73

KASIM-ARALIK 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

31.10.2007

# 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 Açar  
Av. Olcay Küçükpehlivan  
Av. Özcan Çine  
Av. İlker Hasan Duman  
Av. Sezercan Bektaş

## Danışma Kurulu

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu (Çankaya Ü. Hukuk Fak.)  
Prof. Dr. Haluk Günuşur (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. 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.)  
Prof. Dr. Erdener Yurtcan

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

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

# İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
Özdemir ÖZOK	21	Başkandan
Zeynep Derya TARMAN	25	Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu
Mehmet ERDEM	46	Aile İçi Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun
Halit YILMAZ	78	Çevre Düzeni Planına İlişkin Güncel Düzenlemeler ve Sorunlar
Necla ÖZTÜRK	95	Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Vatandaşlığın İrade Dışı Kaybı Yollarına Yaklaşımı
Mustafa ÖZEN	132	Ceza Hukukunda Fikri İçtima
Ulaş KARAN	146	Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği
Özlem KOÇAK SÜREN	174	Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi
Ahmet KALAFAT	196	İdari Yargılama Usulü Kanunu'na Göre Üçüncü Şahısların Davaya Katılması (Fer'i Müdahale)
Jean PRADEL Çev.: Zeynel T. KANGAL	217	Amerikan, İtalyan ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak Kusurun Kabulü
M. Yasin ASLAN	239	Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu
Hüsamettin UĞUR	256	Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine
Ş. Cankat TAŞKIN	289	Anayasa Mahkemesi'nin Yürürlüğün (Uygulamanın) Durdurulması Kararları ve Yasama Organının Hukuka Aykırı İşlemlerden Doğan Sorumluluğu
Murat DÖNMEZ	309	Taşınmaz Satışlarında İhale Kararlarının Kaldırılması ve Tamamlayıcı Artırma
Serkan AĞAR	372	Geçmişten Bugüne Mali İdare
Yargıtay Kararları	433	
Disiplin Kurulu Kararları	466	
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	483	
Kitaplar - Dergiler	501	

# GELECEK SAYILARIMIZDA

Yüce Divan Yargılaması  
**Mustafa ÖZEN**

Siyasi Partilerin Kapatılması  
**Ş. Cankat TAŞKIN**

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

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

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

İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri ve  
İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu  
**Ömer MAVİ**

Sözleşmelerden Doğan Tazminat Davalarında Milletlerarası Yetki  
**Sezercan BEKTAŞ**



# editör'den...

**Haberler** bölümünde ayrıntısını bulabileceğiniz, hükümetin ve AKP yönetiminin “sivil” ve “renksiz” bir Anayasa istemi karşısında, Türkiye Barolar Birliği, bünyesinde süregitmış olan Anayasa çalışmalarına yeni bir boyut ekledi. Önceki çalışmanın uzun sürmesi yanında, daha sonra 2003 yılında başlayıp 2005 yılında yarım kalan ve çalışmalarla ilgili hiçbir bilgi ve belgenin Birliğe teslim edilmemesi karşısında TBB, daha önceki çalışmalara katılmış, önemli katkılar sağlamış, sınırlı ve yeni bir kadro ile anayasa güncelleme ve geliştirme çalışmaları başlattı. Ben de bu çalışmalara “koordinatör üye” olarak katıldım.

Bu kadro, kısa bir zaman içinde, sorumluluk duygusunun sonucu, yoğun ve titiz bir çalışma yaptı; Anayasa Taslağı'nı Yönetim Kurulu'na sundu. Yönetim Kurulu ile Bilim Kurulu'nun bazı üyeleri, Ramazan Bayramı'nda Mersin'de yaptıkları çalışmalarla tasarımı tamamladılar.

“Anayasa Önerisi (2007)” olarak adlandırabileceğimiz tasarımın beğenileceğini umut ediyoruz.

Tabii, bu tasarı ile ilgili olarak görmeden ahkâm kesenler, 2001 taslağı açısından “*telif hakları*” iddia edenler ve “*etik*”ten söz edenler, sivil toplum örgütlerinin kafa ve gönüllerine, zekâ ürünü saydıkları “*iki(nci) Anayasa(lı)*” vurgulaması ile bu çalışma hakkında şüphe tohumu ekmeye çalışanlar da var.

2001 taslağını hazırlayanların hiçbiri “*telif hakkı*” düşüncesine iltifat etmezler. Şimdiye kadar olduğu gibi bundan böyle de Türkiye Barolar Birliği ile çalışmalarını sürdürmektedirler. “*Etik*”i biz de geçelim. Çünkü “*etik*”ten söz edenin kimliği ve kişiliği bu konuda bizi susmak zorunda bırakıyor.

Ancak, “1982 Anayasası'na yaklaşma” paranoyası üzerinde biraz durmak gerekiyor.

Hani, şairin dediği gibi, “*Nadan ne bilir bizi, bizi bilene sor*” hesabı, Türkiye Barolar Birliği, 1982 Anayasası'na, hazırlık aşamasından başlayarak yönetim kurulları ve genel kurulları ile karşı çıkmıştır.

Böyle bir geçmişe ve ortaya konan duruşa rağmen bazı kötü niyetliler, bu çalışmaya, “1982 metnine yaklaşmak” kuşkusu ile bakmayı, kişisel hesapları nedeniyle tercih etmektedirler. Bu düşüncelerini ileri sürerlerken de tek dayanakları, Montaigne'in deyimiyse, “*Olabilecek şeylerin hepsini kendi yetenek ve geleneklerimize bağlamaktan daha büyük bir çılgınlık olamaz dünyada.*” sözlerindeki ruh hali.

2001 Anayasa Taslağı, Türkiye Barolar Birliği'nin ürünü. Kamuoyu da bunu böyle biliyor, tanıyor. Onu savunması gerektiğinde de savunmaktan çekinmemiştir. Ancak, yeni bir Anayasa çalışması 2003 yılında başladı. O zaman kendilerinin içinde bulunduğu ve tam iki buçuk yıl sür(ün)dürdükleri “*iki(nci) Anayasa*” çalışması doğal, ancak kendilerinin içinde bulun(durul)madıkları “*iki(nci) Anayasa*” çalışması “1982 Anayasasına yaklaşma”. Bunun mantıkla, etikle, vicdanla bir ilgisini görebiliyor musunuz?

Bu çarpık mantığa dayanılarak sivil toplum örgütlerini “3. bir yola” teşvik etme gayretkeşliğine ise gülüp geçmek gerekiyor.

Saygılarımla.

Teoman Ergül



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

ULUSLARARASI  
ÇOCUK İADESİ  
ve  
ULUSLARARASI  
NAFAKA ALACAKLARI  
DAVALARI

Bilâl KÖSEOĞLU

ÇIKTI I..



### **FARUK EREM VE TEOMAN EVREN MEZARLARI BAŞINDA ANILDI**

15 Ekim tarihinde kaybettiğimiz kurucu Başkanımız Faruk Erem, dokuzuncu; 18 Ekim tarihinde kaybettiğimiz üçüncü başkanımız Teoman Evren birinci ölüm yıldönümünde mezarları başında anıldılar.

Karşıyaka mezarlığında, yakınlarının, TBB Yönetim Kurulu üyeleri, dost ve arkadaşları ile çok sayıda avukatın katıldığı törenlerde, TBB Başkanı Özdemir Özok birer konuşma yaptı. Değerli başkanlarımızın hukuka ve avukatlık mesleğine katkıları ile anılarını anlattı.

### **KAYBETTİĞİMİZ TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANLARI ANISINA PANEL DÜZENLENDİ**

18-19 Ekim 2007 tarihlerinde, Ankara Dedeman Otelin'nde kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği başkanları anısına "EKSİKSİZ DEMOKRASİ" başlıklı bir sempozyum düzenlendi. Kaybettiğimiz Faruk Erem, Teoman Evren ve Eralp Özgen adlarına düzenlenen sempozyumun ilk gününde, "Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü" başlıklı ve TBB Başkan Yardımcısı Alpay Sungurtekin'in yönettiği oturumda Prof. Dr. Maksut Mumcuoğlu ile Doç. Dr. Sibel İnçeoğlu; "Sosyal Devlet" başlıklı ve TBB Yönetim Kurulu üyesi Ünsal Toker'in yönettiği oturumda, Prof. Dr. Doğan

Özlem ile Prof. Dr. Fazıl Sağlam; "Eksiksiz Demokrasi ve Erkeklerin Sanal Ayrılığı" başlıklı ve TBB Saymanı Soner Kocabey'in yönettiği oturumda, Yrd. Doç. Dr. Şule Özsoy ile Güneş Gürseler konuştular.

İkinci gün ilk oturumu TBB Başkanı Özdemir Özok yönetti. AKP adına Ahmet İyimaya, CHP adına Yılmaz Ateş, DTP adına Osman Özçelik, DSP adına Tayfun İçli ve BBP adına Mustafa Destici "Siyasi Partiler Demokrasinin Vazgeçilmez Unsuru Olabildi mi? Eksiksiz Demokrasi için Seçim Sistemi" başlıklı oturumda konuştular.

Aynı başlıklı ve Ankara Barosu Başkanı V. Ahsen Coşar'ın yönettiği ikinci oturumda, Prof. Dr. Seyfettin Gürsel, Prof. Dr. Yavuz Atar, Doç. Dr. Hüseyin Özcan, Yrd. Doç. Dr. Levent Gönenç ile Dr. Murat Yanık görüş ve düşüncelerini açıkladılar; siyasi partiler ve seçim sistemleri hakkında sorulan soruları cevaplandırdılar.

Toplantıya daha önce partileri tarafından katılacakları bildirilen MHP Genel Başkan Yardımcısı Faruk Bal ile ÖDP Genel Başkanı Ufuk Uras, programda adları yazılı olmasına rağmen toplantıya katılmadılar.

### **YARSAV HAKKINDA KAPATMA DAVASI AÇILMASI İÇİN C. SAVCILIĞINA BAŞVURULDU**

Adalet Bakanlığı ile YARSAV (Hakimler ve Savcılar Birliği) arasındaki mücadele sürmektedir.

Adalet Bakanlığı'nın, 12 Haziran 2006 tarihinde, AB'ye bağımsız yargıç birliği kurulabileceğini bildirmesinden iki hafta sonra 26 Haziran'da ,506 yargıç ve savcının kurmuş oldukları YARSAV karşısında Adalet Bakanlığı olumsuz tavır takındı. İki yıldır rafta bekleyen Hakimler ve Savcılar Birliği Yasa Taslağı'nı gündeme getirdi. İçişleri Bakanlığı'na, yargıçların demeklerde görev

alamayacağı görüşünü bildirdi. Ankara Valiliği bu görüşü esas alarak 501 çalışan yargıç ve savcıdan 493'ünün dernekten çıkarılmasını istedi.

Bu isteği karşılamayan YARSAV ve yöneticileri hakkında çeşitli davalar açıldı.

**Derginin Notu:** *Olay iki yönden ilgi çekicidir.*

1. *Hükümet AB konusunda bütün istekliliğine karşı, AB'nin istediği yargı bağımsızlığı ile ilgili konularda duyarsızdır. Yargıç ve savcılarının örgütlenme özgürlüğüne de bu şekilde bakmaktadır.*

2. *AB ve uluslararası belgeler, yargıçların örgütlenmesinden, bağımsızlık ve teminatından söz ettiği halde, savcılarımızın kendilerini yargıç statüsünde kabul etmekteki ısrarlarıdır. Bu birçok bakımdan sakıncalıdır. AB kriterlerine göre, yargıç savcı birlikteliği yargı diyalektiğini bozmaktadır. Değil birlikte örgütlenmelerini aynı bina içinde oturmalarını bile istememektedir.*

*Görüldüğü kadarıyla, olayda iki taraf da AB kriterlerini değil kendi istek ve görüşlerini uygulamak istemektedirler. TBB yetkili kurullarının çeşitli vesilelerle açıkladığı üzere, "TBB yargıç ve savcılarının örgütlenme özgürlüklerinden yanadır. Ancak ayrı ayrı olmaları... şartıyla."*

### **TBB BAŞKANI VE BAŞKANLIK DİVANI ÜYELERİ YENİ ADALET BAKANINI ZİYARET ETTİ**

25 Eylül tarihinde, TBB Başkanı ve Başkanlık Divanı üyeleri yeni Adalet Bakanı Mehmet Ali Şahin'i makamında ziyaret ederek kutladılar.

Adalet Bakanlığı ve Türkiye Barolar Birliği ve barolar arasındaki sorunların konuşulduğu toplantıda iyi niyet mesajları iletildi.

### **ADALET BAKANI 301 ÜZERİNDE ÇALIŞIYORMUŞ...**

Basının verdiği haberlere göre yeni Adalet Bakanı Mehmet Ali Şahin, "*Türk Ceza Kanunu'nun 'Türklüğü aşağılamak' fiili ile ilgili 301. maddesini değiştirmek üzere çalışmalara başladığını*", kendisini ziyaret eden Avrupa Parlamentosu heyetine söylemiştir.

### **TBB - MEDLINE İŞBİRLİĞİ**

Türkiye Barolar Birliği ile Türkiye'nin lider acil sağlık hizmeti kuruluşu Medline yetkilileri, yeni işbirliklerini kamuoyuna duyurmak amacıyla 19 Ekim 2007 tarihinde Ankara Sheraton Otel'inde bir araya geldiler.

Sağlanan işbirliği çerçevesinde, Barolara bağlı tüm avukat ve Baro çalışanları, 2 yıl boyunca Medline'in "*doktorlu kara ambulansı*", "*telefon ile tıbbi danışmanlık*", "*medikal bilgi köprüsü ve hastane organizasyonu*" ile "*hava ambulansı*" hizmetlerinden faydalanabilecekler. Ayrıca, aynı hizmet içeriği Baro levhasındaki avukatların ve Baro personelinin birinci dereceden yakınları ile aynı soyadı taşıyan akrabaları için de geçerli olacak. Aile üyelerinin de 2 yıllık Medline güvencesine girmesini isteyen Avukat ya da Baro personelinin, Medline'in banka hesabına her bir aile üyesi için 20 YTL katılım payını yatırması gerekiyor.

Gerek 27.09.2007 tarihli 2007/84 ve 15.10.2007 tarihli 2007/89 nolu duyurularından gerek [www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr), [www.sydf.av.tr](http://www.sydf.av.tr) ve [www.e-baro.av.tr](http://www.e-baro.av.tr) sayfalarından Medline hizmetleri hakkında ayrıntılı bilgi alınabiliyor.

Medline'in (0212) 444 12 12 numaralı Acil Sağlık Hattı, tüm GSM operatörlerinden alan kodu çevirmeden aranabiliyor ve çağrılar, 365 gün 24 saat İstanbul, Ankara, İzmir'deki alarm merkezlerinde ilk çalışta

doktorlar tarafından cevaplanıyor. Doktor, anestezi teknikeri ve ilkyardım eğitimi almış sürücüden oluşan, 9 saat yoğun bakım ortamı sağlayabilen, iç donanıma ve teknik ekipmana sahip ambulansları ve 600'e yakın profesyonel ekibi ile hizmet veren Medline, İstanbul, İzmir, Ankara, Bursa, Adapazarı, Kocaeli, Konya ve Antalya'da kendi altyapısı ve ekipleri ile 70'e yakın ilde ise 400'e yakın anlaşmalı kurum aracılığı ile hizmet veriyor.

### **TÜRK AVUKATLARIN AIHS'YE YÖNELİK AŞAMALI EĞİTİMLERİ PROJESİ ÇALIŞMALARI**

"*Türk Avukatlarının AIHS'ye Yönelik Aşamalı Eğitimleri Projesi*" ara toplantısı Avrupa Komisyonu Türkiye Delegasyonu, Merkezi Finans ve İhale Birimi, TBB temsilcileri ve Proje Ofisi çalışanlarının katılımı ile gerçekleştirildi.

"*Türk Avukatların AIHS'ye Yönelik Aşamalı Eğitimleri Projesi*" kapsamında projenin ikinci ayağı olan bölgesel eğitimler başlığı altında Ankara, Diyarbakır, Bursa, Kocaeli, Batman ili eğitimlerinin ilk bölümleri gerçekleştirildi.

### **YABANCI BAROLARI İLE İLİŞKİLER**

• Kanada –Ontario Barosu uluslararası bölüm temsilcisi Av. J. Douglas Grenkie ile görüşme yapıldı. Ontario Barosu avukatlarının 2008 yılı içerisinde Türkiye'ye ve çeşitli il ve barolarına yapacakları ziyaretler ile ilgili ön bilgi alışverişinde bulunuldu.

• Selanik ve Atina Barolarına Yunanistan'da meydana gelen ve kayıplara yol açan orman yangınları ile ilgili üzüntü mesajımızı içeren yazı gönderildi.

• Akdeniz Baro Başkanları toplantısına TBB adına başkan Av.Özdemir Özok ve

Genel Sekreter Av.Güneş Gürseler katıldı. Genel olarak toplantı ana başlığı da olan "Avukatların Sosyal Sorumluluğu" başlığı altında bir sunum yapılarak toplantıya katkı sağlandı.

• Sofya Barosu'nun Onbirinci Kuruluş Yılı Etkinlikleri ve BCBA 12. Yıllık Genel Kurul Toplantısı Sofya'da gerçekleştirildi. TBB adına etkinlik ve toplantılara Av. Ünsal Toker ve Av.Sani Yıldırım katıldı.

### **ULUSLARARASI TOPLANTI VE ETKİNLİKLER**

• ADR Center tarafından, MEDA programı kapsamında mali destek sağlanarak, Akdeniz ülkelerinde gerçekleştirilen, projenin son ayağı olan ve Roma-İtalya'da düzenlenen Alternatif Uyuşmazlıklar Konferansı'na TBB adına, Av. Güneş Gürseler ve Av. Musa Toprak katıldı. Bu başlık altında TBB Genel Sekreteri Av. Güneş Gürseler tarafından "*Avukatlar ve Türk Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları*" başlığı altında bir sunum yapıldı. Toplantıda tüm bölge ülkelerinin temsilcilerince de imzalanan bir deklarasyon oluşturuldu.

• Türk-Alman kamu hukukçularının periyodik aralıklarla düzenlemekle olduğu toplantı, 2007 Kolokyumu olarak Antalya'da gerçekleştirildi. Kolokyuma TBB temsilcileri olarak Av. Talay Şenol ve Av. Seray Şenfer katıldı.

### **ORTAK PROJELER**

Adalet Bakanlığı ve Ankara Barosu ile ortak olarak yürütülecek olan "*Adaletle Daha İyi Erişim*" projesinin başlangıç toplantısı gerçekleştirildi.

Adaletle Daha İyi Erişim Projesi'nin ilk ayağı olan Adli Yardım başlığı altında, "*Adli Yardım Komitesi*" ilk toplantısını Adalet

Bakanlığı çeşitli dairelerinin temsilcileri, TBB temsilcisi, Ankara Barosu ve çeşitli akademisyenlerin katılımı ile tamamladı.

## YENİ ANAYASA ÇALIŞMALARI VE ETKİNLİKLERİ

AKP hükümetinin seçimden hemen sonra gündeme yerleştirdiği "sivil" ve "renksiz" bir Anayasa istemi, bu konuda 1982 yılından beri çalışmalar yürüten ve tasarı önerileri hazırlayan ve bunları geliştirmek konusunda çalışmalar yapan Türkiye Barolar Birliği'ni harekete geçirdi.

Hükümetin veya AKP yönetiminin Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığında bir kurula bir taslak hazırlattığı kamuoyuna açıklandı. Uzun süre bu kurul üyeleri ve taslak metinleri, anlaşılmaz bir kıskançlıkla gizlendi. Tasarının bazı hükümleri, sadece, genelinde kurul üyelerinin yazı yazdıkları, hükümete arka çıktıkları gazetelere sızdırıldı.

Hükümet Başkanı ve AKP yöneticileri, bu tasarı hakkında yöneltilen eleştirilere karşı "ortada bir şey yokken bu gürlüğü neden" tavrı takındılar.

Bu tasarıdan sonra, kamuoyunda TBB'nin bir bilim ve uygulayıcı kuruluna hazırlanmış olduğu 2001 tasarısı gündeme geldi. Birçok politikacı ve yayıncı bu taslağı elde etmek ve yararlanmak isteğini belirtti. Türkiye Barolar Birliği Başkanı'ndan bu konuda yayınlara katılması istendi.

TBB, hükümet veya AKP tarafından bir taslak hazırlanıp kamuoyuna açıklanmadan bu konuda görüş bildirmeme kararı aldı. TBB Başkanı Özdemir Özok, katıldığı Genç Bakış ve Eğrisi Doğrusu programlarında yöntem ve genel çerçeve hakkında ilgi çekici konuşmalar yaptı. (Bu konuşmalar, sesli ve görüntülü olarak [www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr) sitesinden izlenebilir)

Bu bağlamda Özdemir Özok, 24 Ekim'de 159. Taksim Toplantısı'nda ve 26 Ekim 2007 tarihinde de Bursa Barosu'nun düzenlediği toplantıda birer konuşma yaptı.

Bu etkinlikler sürerken Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, TBB-İHAUM bünyesinde 2003 yılında başlatılan ancak yönetsel bazı sorunlardan dolayı çalışmalarını 2005 yılında yarım kaldığı Anayasa Taslağı güncelleştirme çalışmalarını yeni bir kurul aracılığıyla sürdürme kararı aldı.

TBB-İHAUM Başkanı önceki kurul üyesi Prof. Dr. Rona Aybay, önceki kurul üyeleri Prof. Dr. Fazıl Sağlam ve Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu, Prof. Dr. Süheyl Batum, Prof. Dr. Oktay Uygun, Doç. Dr. Korkut Kanadoğlu, Yard. Doç. Dr. Ece Göztepe ve Faruk Bilir ile koordinatör üye Av. Teoman Ergül'den oluşan yeni kurul oluşturuldu. Çalışmalara mazereti nedeniyle Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu katılmadı.

Kısa, ancak yoğun bir çalışmadan sonra yeni bir Anayasa Taslak Önerisi hazırlandı. Bu taslak, bayramda Mersin'de yapılan Yönetim Kurulu toplantısında elden geçirildi ve son şekline kavuştu.

Tasarı taslağının, Hükümet taslağının kamuoyuna açıklanmasından sonra açıklanması düşünülmüştü. Ancak, hükümetin bu konuda isteksiz ve istediği hedefe ulaşma zorlukları karşısında duraksaması karşısında, TBB tasarısının 4 Kasım'da tüm baro başkanları ile yapılacak bir değerlendirme toplantısından sonra kamuoyuna açıklanması kararı alındı.

## DEMOKRATİK TOPLUM PARTİSİ MİLLETVEKİLLERİ TBB'Yİ ZİYARET ETTİ

22 Temmuz seçimlerinde bağımsız olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne girdikten sonra DTP'ye geçen bağımsız milletvekilleri

Sırrı Sakık, Nuri Yaman, Hamit Geylani ile Nezir Karabaş, Türkiye Barolar Birliği'ni ziyaret ettiler.

### **ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANLIĞINA HAŞİM KILIÇ SEÇİLDİ**

Anayasa Mahkemesi Başkanlığına Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Haşım Kılıç seçildi.

Tülay Tuğcu'nun yaş haddinden emekliye ayrılmasıyla boşalan Anayasa Mahkemesi başkanlığı için bir süredir devam eden seçimler sonuçlandı.

Seçim sonucunda Başkanvekili Haşım Kılıç, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na seçildi.

Kılıç, Anayasa Mahkemesi başkanlığı görevini 4 yıl sürdürecektir.

Haşım Kılıç, 13 Mart 1950 tarihinde Kırşehir'in Çiçekdağı ilçesinde doğdu. İlk, orta ve lise öğrenimini Yozgat'ta tamamlayan Kılıç, 1968 yılında Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi'ne kaydoldu ve 1972 yılında mezun oldu.

1974 yılında Sayıştay Başkanlığı'nda denetçi yardımcısı olarak göreve başlayan Kılıç, denetçi, başdenetçi unvanlarını aldıktan sonra 1985 yılında Sayıştay Üyeliğine, beş yıl süren üyelikten sonra da 1990 yılında Cumhurbaşkanı Turgut Özal tarafından Anayasa Mahkemesi Üyeliğine seçildi.

Kılıç, 7 Aralık 1999 tarihinde açık bulunan Anayasa Mahkemesi Başkanvekilliğine seçildi. Kılıç, 7 Aralık 2003 tarihinde yeniden bu görevi üstlendi.

Evli ve dört çocuk babası olan Haşım Kılıç, Almanca biliyor. Kendisine çalışmaları hakkında başarılar diliyor ve kutluyoruz.

## **AVRUPA BİRLİĞİ'NDEN HABERLER**

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

### **• AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARI**

ABAD 20 Eylül 2007 tarihinde davacılar Veli Tüm ve Mehmet Darı lehine verdiği C- 16/05 sayılı Kararda; Avrupa Topluluğu ile Türkiye arasında 1963 yılında akdedilen Tam Üyeliğe Dönük Ön Üyelik Anlaşması ile 1972 yılında akdedilen Katma Protokol'den doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerektiğine ve Katma Protokol'ün 41. maddesine aykırı davranılmayacağına karar vermiştir. Kararda; bu sözleşmenin tarafı olan TC vatandaşlarının iş kurma ve başvuru ülkeye girişte uygulanacak usul yönündeki uygulamalara yeni kısıtlamalar getirilemeyeceğine hükmedilmiştir. Zira Katma Protokol'ün 41. maddesi; "Akit taraflar, aralarında yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edinimine yeni kısıtlamalar koymaktan sakınırlar." hükmünü içermektedir.

### • SINIR ÖTESİ HİZMETLER

Avrupa Parlamentosu geçtiğimiz ay sınır ötesi hizmetlerden kaynaklanan yükümlülüklerle ilişkin raporu tartışmıştır. Söz konusu raporla ilgili olarak Parlamento hizmet sunucularının yükümlülüklerine ilişkin daha yeknesak kuralların benimsenmesi gerektiğine işaret etmiştir. Amaç “kesintisiz” bir iç pazarın gelişmesini sağlamak olup; gelişen sınır ötesi hizmetlerin iyi bir şekilde sunulması temel esastır.

### • TÜKETİCİ HUKUKU

Tüketiciler, haklarını elde edemeyecekleri kaygısıyla, AB sınırları içinde mal alımı yapmaktan kaçınmaktadırlar. Bu nedenle AB Komisyonu tüketicilerle ilgili düzenlemeyi gözden geçirmeye karar vermiş; AB Parlamentosu da konuya ilişkin olarak 6 Eylül 2007 tarihli bir görüş benimsemiştir. Saptanan sorunların başında farklı sektörlerde uygulanan farklı kurallar ile fiyatlama, iade politikası, şikayet ve garanti gibi konularda bilgi eksiklikleri yer almaktadır. Bu konularda bir çözüme ulaşılabilmesi için sektöre özgü direktiflerin yanında bütün sorunları çözecek bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda yapılacak düzenlemenin geniş kapsamlı ve tam uyumu sağlamaya yönelik olması; diğer bir ifade ile sadece sınır ötesi işlemlerle sınırlandırılmaması gerekmektedir.

### • CEZA HUKUKU

AB üyeleri arasında, verilerin korunması ve bu konuda bilgi alışverişine ilişkin kurallar üzerinde, uzunca bir süredir tartışmalar yapılmaktaydı. Bu konuda en son gelişme 8 Eylül 2007 tarihinde AB Bakanlar Konseyinde sağlanmıştır. Bu bağlamda yapılan öneri; polis ve mahkemeler aracılığı ile yapılan kişisel bilgi alışverişine ilişkin kuralları kapsamaktadır. Amaç bir yandan bilgi alışverişi ile adaletin sağlanması, diğer yandan kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile mahremiyetlerini korumaktır. Söz konusu kurallar sadece sınır ötesi bilgi alışverişinde uygulanacaktır. Ancak, teklif üzerinde görüşme ve tartışmalar devam etmektedir.



• **ŞİRKETLER HUKUKU**

AB Komisyonu 20 Temmuz 2007 tarihinde Avrupa'daki Özel Şirketlere ilişkin bir kanun oluşturmak üzere anket yayımlamıştır. Anket muhtelif modeller önermektedir. Konuya ilişkin görüşler 31 Ekim 2007 tarihine kadar bildirilebilecektir.

• **İŞ HUKUKU**

AB iş hukuku ve istihdam konularındaki direktifte değişiklik önerileri yapmış; üçüncü ülke vatandaşlarını istihdam eden işverenlerin cezalandırılması için yaptırımlar getirilmesi için 13 Eylül 2007 tarihine kadar üye ülke önerilerini bekliyordu. Bu değişikliğin amacı yasa dışı, kaçak işçi çalıştıran işverenlerin cezalandırılmasına yöneliktir. Yapılan değişiklik önerileri içinde kamu ihalelerine kabul edilmeme, devlet yardımından mahrum kalmak gibi yaptırımlar yer almaktadır. Üye ülke önerileri önümüzdeki aylarda değerlendirilerek direktifte yer alacaktır.

• **CEZA HUKUKU**

AB Başkanlığında bulunan Portekiz ceza hukukunda iki konuya öncelik vermektedir. Bunlar; bir AB ülkesinde mahkum edilen veya suçlanan bir diğer AB vatandaşının duruşma öncesi ve duruşma sonrası nezarete bulundurulmalarına ilişkindir. Önerilerden birisi mahkum olanın kendi ülkesinde denetlenecek olan kefalet diğeri ise mahkumiyet gerektirmeyen cezanın vatandaşın kendi ülkesinde çekilmesiyle ilgili bulunmaktadır. Diğer taraftan "tecil" konusu üzerinde önemle durulan hususlardan birisidir. Ancak, kefalet konusu daha çetrefil olup paranın transferi ve ilgili AB üyesi ülkelerin sorumluluğuna ilişkin hususların halledilmesi gerekmektedir. Konuya ilişkin gündem konseyin Aralık toplantısında ele alınacaktır.

• **SAYDAMLIK İNİSİYATİFİ**

Daha önce söz edildiği gibi Avrupa Saydamlık İnisiyatifi; AB kurum ve kuruluşlarının gündemindeki en hararetli konu olarak

yerini korumaktadır. Bu kapsamda “lobicilik” ve “lobiciler sicili” gibi kavramlarına tanım getirilmeye çalışılmaktadır. Ayrıca, lobiciliğin açık ve şeffaf olması için gayret gösterilmekle beraber kayıt işlemi ile ilgili olarak avukatların müvekkil-avukat mahremiyetine zarar vermeden, etik kuralların göz önünde tutulması konusunda gerekli özen gösterilecektir. Komisyon, konu ile ilgili kayıt sisteminin 2008 ilkbaharında kurulacağı düşünmektedir.

#### • AİLE HUKUKU

Bilineceği gibi aile hukukuna ilişkin düzenlemeler AB üyesi ülkelere bırakılmış olmakla beraber Avrupa gündeminde bulunmaktadır. Bunun başlıca sebebi sınır ötesi evlilikler ve boşanmalardır. Parlamento özellikle nafaka ve boşanmada uygulanacak hukuk sorunu üzerinde çalışmalar yapmaktadır. Özellikle sınır ötesi nafaka talebi ve buna ilişkin yükümlülüklerin icrası önem arz etmektedir. Konuyla ilgili olarak Milletlerarası Özel Hukuk Lahey Konferansı ve AB düzenlemelerinin aynı paralelde olması gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Ancak, AB düzenlemesinin tüm Avrupa vatandaşlarını kapsayacak şekilde olması gerekliliği üzerinde durulmaktadır.

#### • HAKİM SEÇİMİ

İngiltere Adalet Bakanı hükümeti hakim seçimlerine karışmaması konusunda uyarmıştır. Bakan, parlamentonun “hakimlerin seçilmesi” konusuna karışmaması gerektiğini böyle bir uygulamanın hakimlerin bağımsızlığını önemli ölçüde zedeleyecek olduğuna işaret etmiştir.

## AVRUPA BAROLAR KONSEYİ'NDEN HABERLER (CCBE)

### • AVUKATLARA İLİŞKİN DİSİPLİN KURALLARI

AB ve AEB'den 700,000 avukatı temsil eden Avrupa Barolar Konseyi(CCBE) avukatlık mesleğine disiplin kurallarına ilişkin bir tavsiyeler dizini yayımlamıştır. Her ne kadar her Baro'nun kendi kuralları mevcut bulunmakta ise CCBE'nin konuya ilişkin önerileri bir referans niteliği taşımaktadır.

Öneriler:

- Disiplin usul ve işlemlerinin devlet makamlarından bağımsız yerine getirilmesi;
- Barolar ve meslek kuruluşlarının bu konuda yetkili ve sorumlu olması;
- Avukatlara karşı yapılan disiplin kovuşturmalarında AIHS'nin göz önüne alınması;
- Disiplin takibatı ile ceza davalarının ayrıştırılması;
- Avukat/müvekkil arasındaki gizlilik kuralının korunması; gerektiği şeklindedir.

### • AVRUPA ADALET DİVANİ KARARI

Adalet Divanı'nın verdiği bir Karar'da avukatların savunma yaparken, AIHS doğrultusunda dayandıkları mesleki ayrıcalık/gizlilik kuralına uygun karar vermesini olumlu karşılamış ve konuda Basın Bildirisi yayımlamıştır. Ancak, Mahkeme bu kuralın kapsamını şirketin dışardan tuttuğu avukatlara hasretmesi, baro üyesi olan şirket avukatlarını/hukuk müşavirlerini kapsam dışı bırakmasını doğru bulmamıştır.

## TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'NİN HAKKARİ'DE 21 EKİM 2007 TARİHİNDE VERDİĞİMİZ TERÖR ŞEHİTLERİMİZ NEDENİ İLE BASIN AÇIKLAMASI

TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLETİ VE ULUSU BU HAIN SALDIRILARI DEFEDECEK GÜÇTEDİR. YETER Kİ KARARLILIĞIMIZI VE BİRLİKTELİĞİMİZİ GÖSTERELİM.

Her acı haberin ardından çaresizlik içinde bildirimler yayınlamaktan usandık. Bir kez daha bu hain terörü tüm gücümüzle kınıyoruz.

Askeri birliklerimizin ülke sınırları içinde pusuya düşürülebilmesini, sınırlarımızın kolaylıkla geçilebildiği görüntüsünün yaratılmasını kabul etmiyoruz.

Amerika Birleşik Devletleri'nin sadece kendi ekonomik çıkarlarını korumak için gerçekleştirdiği Irak işgalinin bedelini canımızla, kanımızla ödemek durumunda kalıyoruz.

Amerika Birleşik Devletleri ile "*stratejik ortaklık*" gibi içi boş, anlamsız ve yararsız olduğu kanıtlanan bir işbirliğinin sürdürülmesinin gereğinin kalmadığına inanıyoruz. Eğer hala bir dostluk ya da ortaklık kaldı ise akan kan karşısında gerekenlerin yapılması için daha ne beklenecektir.

Irak'ta bilinçli olarak sürdürülen otorite boşluğu, Kuzey Irak'ta bir başka gücün ve örgütlenmenin oluşmasını sağlamıştır. Bu güç de Türkiye aleyhine gelişmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bütün bunlar karşısında kafa karışıklığı, kararsızlık ve çaresizlik olarak yorumlanabilecek görüntüler içinde olması üzücüdür.

Altmış bini aşkın avukat, yetmiş sekiz baro ve Türkiye Barolar Birliği, doğrudan Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve ulusuna yönelik bu saldırı karşısında günün ulusal birlik ve beraberlik günü olduğunu haykırıyoruz.

Ulusumuza bu saldırının bir amacının bizi birbirimize düşürmek olduğunu hatırlatıyor, herkesi sakin olmaya ve ulusal çıkarların etrafında birleşmeye çağırıyor, şehitlerimize rahmet tüm ulusumuza başsağlığı, gazilerimize şifalar diliyoruz. 22.10.2007

**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ**

# DEMOKRASİ ADINA ANTİDEMOKRATİK UYGULAMALAR

Av. Özdemir ÖZOK\*

Ülkemiz 22 Temmuz 2007 genel seçimleri öncesi ve sonrası ile 11. Cumhurbaşkanı seçimi süresince, hukuk, demokrasi ve parlamento tarihimize kara leke olarak, düşecek bir seri hukuk ayıbı yaşamıştır.

Öncelikle, 11. Cumhurbaşkanı'nın seçimi nedeniyle başlatılan hukuki ve siyasi tartışmalar ülke demokrasisi adına iç karartan çekişmelerle geçmiştir.

Cumhurbaşkanı seçimi gündemiyle toplanan meclisin, toplantı sayısının 367 olacağı yönündeki görüş ve düşüncelerle başlatılan tartışmalar, toplum olarak henüz yeterli tartışma ve demokratik kültüre erişemediğimizi göstermesi bakımından, son derece önemlidir. Soğukkanlılığı bir yana bırakan tartışmacılar ki, özellikli iktidar partisi yandaşları, 367 toplantı sayısını savunanları acımasızca eleştirmişler sırf iktidar partisinin Cumhurbaşkanı'nı seçmesini engellemek için böyle bir görüş ileri sürüldüğünü iddia etmişlerdir. Oysa 367 yandaşları *"...Cumhurbaşkanı gibi toplumun tüm bireylerini kucaklayacak ve devletin başına geçecek, devleti temsil edecek kişinin seçiminde Anayasa koyucu daha özel bir toplantı sayısı aramıştır. Bununla amaç seçimi yapılan kuruma duyulan saygı ve en önemlisi bu sayede tüm toplumu temsil edecek kişinin belirli bir siyasi görüşün temsilcisi değil partiler üstü bir kişiliğe sahip olması bu nedenle de uzlaşarak seçilmesinin daha uygun olacağı hukuki görüşünden..."* hareket etmişlerdir.

Bu tartışmalar Anayasa Mahkemesi'ne taşınmış ve Anayasa Mahkemesi toplantı sayısının 367 olması yönünde karar vermiştir. Bu karardan sonra iktidar partisi yetkililerinin ve özellikle Sayın Başbakan'ın yorumu karşısında, hukuk devleti anlayışı ve demokratik olgunluk bakımından ne noktada olduğumuz, çok acı bir biçimde ortaya çıkmıştır. Sayın Başbakan Anayasa Mahkemesi kararından sonra, *"Bu kararlar demokrasiye*

\* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

*kurşun sıkılmıştır*” biçiminde söz ve beyanlarda bulunmuştur. Aynı şekilde, dönemin ana muhalefet partisi genel başkanının karar öncesi beyanları ve bu beyanlara Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın verdiği yanıtlar da, hukuk devleti, yargı bağımsızlığı ve demokratik geleneklerimiz bakımından, son derece olumsuz yaklaşımlar olarak Türk hukuk tarihinin sayfalarına düşmüştür.

Her yerde, her fırsatta ifade ettiğim gibi, özgür yaşamayı ilke, demokrasiyi hedef edinmiş yurttaşlarımız, bu uygulamaları asla hak etmemektedir. Toplum önderlerinin kısır ve acımasız çekişmeleri nedeniyle yaşanan bu olumsuzlukların temel kaynağı, parti içi demokrasinin gelişmediği, lider ve onun çevresinde oluşan oligarşik parti elitlerinin, kişisel iktidarlarını korumak için liderin seslendirdiği her olumsuzluğa evet demeleridir. Lidere ve oligarşik yapıya uzak ve parti içi muhalefeteyken söylenenler, lidere yaklaşıldığı ve parti içi iktidarda söz sahibi olunduğu takdirde hemen unutuluyor; demokrasinin faziletlerinden söz edilmeye, çoğunluğun oyuna saygı duyulması gerektiği seslendirilmeye başlanıyor. Oysa gerçekler acımasız yüzünü her koşulda gösteriyor. Bunu gören ve yaşayan ilkeli, dürüst, açık sözlü, demokrat politikacı tipi ise bu politik yapıda yaşama olanağı bulamıyor. Sistem kabaca bu olgular üzerinde yükseliyor. Hemen şunu itiraf etmeliyim, politikadaki bu sığlaşma sadece ülkemize has bir durum değildir. Dünyanın demokrasi yönetimi biçimi olarak benimsemiş bütün ülkelerinde, az ya da çok, politik yaşam bu sorunları içerir. Politikacı, dünyanın her yerinde *“nalıncı keseri gibi her olayı kendisine yontar”*, yaşanan olaylardan politik rant elde etmek ister. İşte bu istemlerin karşısına, ancak ne istediğini bilen, uygar ve özgür yurttaşlardan oluşmuş bir seçmen kitlesi çıkabilir. Seçmenler, kişisel olarak oylarıyla; örgütsel olarak da, söylem ve eylemleriyle siyasal iktidarları, hukuk ve meşru zemine çekmek için etkinlikler yaparlar. Batı demokrasileriyle, bizim demokrasi uygulamamız tam da bu noktada ayrılmaktadır. Özgür, bağımsız, güvenceli yurttaş bilinci gelişmiş olan batı demokrasilerinde, keyfi yönetime ve keyfi davranışa geçit yoktur. Antidemokratik yol ve yöntemleri seçen, ya da bu yolu izlemeye çalışan iktidar sahiplerine, hukuk içinde ve meşru zeminlerde ülkeyi dar eden dinamik, duyarlı, bilinçli, kararlı, toplumsal refleks sergileyen sivil inisiyatif, batı ülkelerinde demokrasilerin güvencesidir. Üzülerek ifade etmek isteriz ki, henüz ülkemizde bu demokratik bilinç gelişmemiş, örgütlülüğü sadece gelenekleri yaşatan, folklorik, otantik kurum ve kuruluşlar olarak benimseyen bir anlayış geliştirilmiştir. Oysa örgütlülüğün temel işlevi, çoğulcu, katılımcı ve çağdaş demokrasiyi yaşatmaktır. Bunun tek yolu da, özgür ve bağımsız

## başkandan

yurttaş olma bilincinden geçer. Halbuki 12 Eylül ve onun yarattığı toplumsal iklim, “*Aklı ve vicdanı hür nesiller yerine*”, itaat ve biat kültürüne uygun kaderci, teslimiyetçi akıl ve bilime değil, insanların tamamen inanç dünyasında kalması gereken “*Allah’ın ipine sarılmız*” çağrısına uygun pısrık, korkak, her öneriye açık tarikat ve cemaat tezgahından geçmiş nesiller öngörmektedir. Öncelikle bu temel tercihi ret edecek bilinçli, demokratik kültürü özümsemiş yurttaşlar yetiştirecek, çağdaş ve demokratik eğitimle işe başlamak gereklidir. Tarikat ve cemaat üyesi müsteşarların görev yaptığı bugünkü Milli Eğitim Bakanlığı’yla bu amaçlara nasıl ulaşılır? Doğrusu bu sorunun yanıtını vermek oldukça zordur. Tüm bu tespit ve değerlendirmelerimizden kurtulmak için önerimiz, “*daha çok insan hakları, daha çok demokrasi, daha çok özgürlük*” ve bütün bunların oluşturduğu eksiksiz demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkesine dayanan “*hukuk devleti*”dir.

Konu başlığımızı seçmemize esin kaynağı olan neden; AKP iktidarının 22 Temmuz 2007 seçimlerinden önce kendi adayının Cumhurbaşkanı seçilememesi üzerine, tamamen tepkisel ve rövanş duygularıyla Meclis çoğunluğuna dayanarak, hızlı bir biçimde ve antidemokratik şekilde, anayasa değişikliği yapmasıdır. Hiç gereği, amacı, zamanı ve yararı olmayan bu anayasa değişikliği, ülke demokrasisi bakımından büyük bir olumsuzluk içermektedir. Çünkü, siyasal, toplumsal ve demokratik yaşamımızla çok yakından ilgili olan bu değişikliklerin mutlak, ama mutlaka kamuoyunda tartışılması ve belirli bir fikir olgunluğundan sonra yasalaşması gerekirdi. Bunların hiçbiri yapılmadan, bir anlamda iktidar partisi genel başkanı ve onun çevresinde oluşan oligarşik elitin verdiği ayaküstü karar, ülkemizin sosyal, siyasal, politik ve demokratik geleceğini olumsuz bir biçimde etkileyecektir.

Demokratik eylem, söylem ve geçmişleri yanında, bu konudaki karne notları oldukça kırık olan iktidar partisi temsilcilerinin, demokrasi havarisi kesilerek “*halk oylamalarına-referandumlara alışınız*” söylemleriyle anayasa değişikliğini halk oyuna götürmeleri popülist politikanın tipik örneğidir. Oysa, kamuoyunda yeterince tartışılmayan, erken seçim kararının güdültüleri arasında, özensiz ve sorumsuz bir biçimde yapılan anayasa değişikliklerinin, ülke demokrasisinin başına bela olacağı bu işi bilen yansız insanların ortak kararıdır.

Bir de şu “*halkoylamasına-referanduma-plebisite alışınız*” söylemi, ülkemizin içinde bulunduğu, sosyal, siyasal ve demokratik yapısında oldukça hassas, özenle oluşturulacak kurallara göre yapılması gereken bir konudur. Ülkemizde ve dünyada halkoylaması/referandum her

zaman gerçek toplumsal iradenin yansıması olamamaktadır. 1804'te I. Napolyon, 1852'de III. Napolyon'un Fransız halkının milyonlarca oyuyla imparator seçildiğini; dünyayı kana bulayan en büyük faşist Hitler'in Alman halkının % 88'nin oyuyla Führer-Başbuğ seçildiğini, yine ülkemizde 12 Eylül hukukunun kaynağı olan 1982 Anayasası'nın da % 95'lerin üzerinde halkoyu ile kabul edildiğini anımsamak, konunun ciddiyeti bakımından yeterlidir kanısındayız.

Halkımızı her akla estiğinde kurlsız, koşulsuz "*halkoylamasına*" götürmek, çoğunluk iktidarının keyfi ve antidemokratik onay istemesinden başka bir şey olmayacaktır.

Kaldı ki yapılan bu oylama hukuka aykırıdır. Çünkü Anayasa'da, halk oylamasına sunulmuş bir metinde değişiklik yapılmasına olanak verecek hiçbir hüküm yoktur. Anayasamızın izin verdiği tek yol, oylanacak metnin bütünüyle yürürlükten kaldırılmasıdır. Oysa TBMM, Anayasa'ya aykırı bir biçimde, halk oylamasından beş gün önce kabul ettiği yeni bir anayasa değişikliğiyle, halk oylamasına sunulacak metni değiştirmiştir. Anayasa'nın 6. maddesine göre hiçbir organ, kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz. Kuşkusuz bu hüküm öncelikle Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni bağlar. Yine, Anayasa'nın, ne Anayasa değişikliklerini düzenleyen 175. maddesinde ne de başka bir herhangi maddesinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bir metni halkoylamasına sunma yetkisi verilmiştir. Bu yetki yalnızca Cumhurbaşkanı'na aittir. Bu iki temel anayasaya aykırılık ilkesi nedeniyle yapılan işlemler, hukuken yok hükmündedir.

Bu oylama, hukuka ve demokratik geleneklere aykırıdır; halkın onayına sunulan Anayasa değişikliği, hem Türkiye'nin bütün demokrasi geleneğini çiğneyen yepyeni bir Cumhurbaşkanı seçim yöntemi getirmekte, hem de üstelik bunu anti demokratik bir biçimde düzenlemekte ve yürütmektedir.

Bu yazıyı yazdığım sırada belli olan halkoylaması sonuçlarına göre, yaklaşık % 67.5 katılım söz konusudur. Katılanların % 69'u evet, % 31 hayır oyu kullanmışlardır. Tarihe not düşmesi için oynanan bu demokrasi oyununu ayrıntılarıyla anlatma gereksinimi duydum. Demokrasi-miz, hukukumuz ve yargımız adına hiçbir biçimde katılmadığımız bu anti demokratik uygulamaları, sayın meslektaşlarımızla paylaşmak istedim.

Saygılarımla.



# DEVLETLER ÖZEL HUKUKU BAKIMINDAN İMALATÇININ SORUMLULUĞU

Zeynep Derya TARMAN\*

İmalatçının sorumluluğu konusuna devletler özel hukuku penceresinden bakıldığında cevaplanması gereken iki önemli soru ile karşılaşmaktadır. Bunların ilki, imalatçı ile zarar gören kişi arasındaki ilişkinin –zarar gören kişi ile imalatçı arasında bir satım sözleşmesi olduğu istisnai haller dışında– sözleşmesel sorumluluk mu yoksa sözleşme dışı sorumluluk olarak mı vasıflandırılması gerektiği noktasındadır. Her ne kadar günümüzde imalatçının sorumluluğunun hukuki dayanağının haksız fiil sorumluluğu olması gerektiği konusunda bir hukuki düzenleme mevcut değilse de, hakim görüş bu yöndedir.<sup>1</sup> Haksız fiil sorumluluğunun uygulanacak olan hukuku belirleyeceği kabul edildikten sonra üzerinde düşünülmesi gereken ikinci soru, imalatçının sorumluluğuna uygulanacak olan hukukun haksız fiile ilişkin genel bağlama kuralı ile mi yoksa özel bir bağlama kuralı ile mi tespit edilmesi gerektiğidir. Bu çalışmada, imalatçının sorumluluğunun hukuki dayanağı konusundaki tartışmalar üzerinde durulmayacak, uygulanacak olan hukukun tespiti konusu incelenecektir. Lahey Sözleşmesi'nde ve Avrupa Birliği (AB)<sup>2</sup> bünyesindeki çalışmalarda imalatçının sorumluluğuna ilişkin bağlama kuralları tanıtılmaya ve bu kuralların Türk hukukunun konuya ilişkin düzenlemeleriyle ne derece

\* Yrd. Doç. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

<sup>1</sup> Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, Volume One, 2003, s. 439.

<sup>2</sup> Avrupa Birliği terimiyle, Avrupa Birliği Antlaşması'nın (Maastricht Antlaşması) üç sütunu kastedilmektedir: Topluluk boyutu, Ortak Dışişleri ve Güvenlik Politikası, Adalet ve İçişleri Alanlarında İşbirliği. Dolayısıyla bu makalede uyumlaştırma faaliyetlerinden bahsederken Avrupa Birliği terimi, ancak birinci sütuna ilişkin yönergelerden veya tüzüklerden bahsederken Avrupa Topluluğu (AT) ifadesi kullanılacaktır.

uyumlu olduğu ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkındaki AT Tüzüğü<sup>3</sup> de incelenecektir.

Haksız fiillerden doğan borçlara hangi hukukun uygulanacağı meselesinde kural olarak kabul edilen çözüm, haksız fiil yeri hukuku (*lex loci delicti commissi*) yani haksız fiilin vuku bulunduğu, haksız fiilin ika yeri, haksız fiilin meydana geldiği yer hukukudur.<sup>4</sup> Bu kural, tespitinin objektif olmasının yanı sıra tarafların haksız fiilin vuku bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı konusunda haklı bir beklentileri olduğu ve haksız fiilin vuku bulunduğu devletin fiil ile sıkı bağlantısı olduğu gerekçeleriyle kabul edilmiştir.<sup>5</sup> Ancak haksız fiile ilişkin bu kural, birtakım tehlikeleri de beraberinde getirmektedir. Bu kurala ilişkin klasik belirsizlik, haksız fiilin nerede işlendiği noktasında ortaya çıkmaktadır. Haksız fiilin işlendiği yer olarak fiil (eylem) yerinin mi yoksa neticenin (zararın) doğduğu yerin mi kabul edileceği noktası tereddüt konusu olabilmektedir. Örneğin, arabadaki bir ayıptan ötürü meydana gelen bir araba kazasında haksız fiilin işlendiği yer, arabanın imal edildiği yer midir yoksa kazanın ve zararın meydana geldiği yer midir? Diğer bir problem, haksız fiil yerinin tamamen rastlantısal bir yer olması ihtimalinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, bir uçak kazasında uçağın düştüğü yer kural olarak rastlantısal bir yer olacaktır. Özellikle imal edilen malın taşınabilir/götürülebilir (hareketli) olmasından ötürü birçok *mesafe haksız fiili* (*Distanz Delikte*) olarak nitelendirilen olaylar vuku bulacaktır. Örneğin, belirli bir ülkede imal edilmiş bir bisiklet başka bir ülkede satılabilir ve bisiklette var olan bir ayıptan ötürü zarar, malın satıldığı ülkede veya bir üçüncü ülkede meydana gelebilir. Bunun yanı sıra, bazı akit dışı borçlar -imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, haksız rekabet, kişilik haklarının ihlalinde sorumluluk gibi- vardır ki burada haksız fiilin en sıkı irtibatlı olduğu hukuk, ne fiilin işlendiği yer ne de zararın meydana geldiği yerdir, çünkü bu tür haksız fiillerde korunması gereken menfaatler farklıdır.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Söz konusu tüzük 864/2007 EC numarasını alarak 31.7.2007 (L199, s. 40) tarihli *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır. Tüzüğün esasa ilişkin hükümleri 11 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girecektir.

<sup>4</sup> Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 14. Bası: Nomer /Şanlı, İstanbul 2006, s. 312.

<sup>5</sup> Türk hukuku da aynı çözümü kabul etmiştir. Bkz., Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 25 I.

<sup>6</sup> Günseli Öztekin Gelgel, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Birliği Düzenlemesi*, 2006, s. 118. İmalatçının sorumluluğu dışında haksız rekabet,

İmalatçının sorumluluğu alanında uygun bir kanunlar ihtilafı kuralının yaratılması gereği doktrinde kabul edilmekle beraber bunun zorluğu da sık sık dile getirilmiştir.<sup>7</sup> Uluslararası alanda özel bir kanunlar ihtilafı kuralına ilk olarak 1973 tarihli '*İmalatçının Sorumluluğu alanındaki Lahey Sözleşmesi*'nde yer verilmiştir. AB üyesi birkaç ülkenin de katılmış<sup>8</sup> bulunduğu bu Sözleşme'de tek ve belirli bir bağlanma noktası yoktur, haksız fiil statüsü yanında çeşitli bağlanma noktalarının çeşitli kombinasyonlarla uygulama alanı bulmasına izin verilmiştir. Bu çözüm, bazı ülkelerin devletler özel kanunlarında da kabul edilmiş<sup>9</sup> veya bu çözüm yoluna en azından taslak kanun çalışmalarında değinilmiştir.

İmalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuk, genel haksız fiil statüsüne göre değil, özel bir bağlama kuralı ihdas etmek suretiyle tespit edilmelidir. Bunun nedeni, haksız fiil statüsünün sözü edilen eksiklikleri dışında hukuk kurallarının AB bünyesinde uyumlaştırılmasıdır. Bilindiği üzere, imalatçının sorumluluğuna ilişkin maddi hukuk kurallarının uyumlaştırılması amacına hizmet eden bir Avrupa Topluluğu (AT) Yönergesi vardır.<sup>10</sup> Bu düzenleme, her ne kadar üye devletlerin Yönergeyi iç hukuka aktarmaları suretiyle imalatçının sorumluluğu hukukunda bir uyumlaştırmaya neden olduysa da, kanunlar ihtilafı konusunda herhangi bir hüküm getirmemiştir. Dolayısıyla imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukukun tespiti sorunu, AB içinde dahi önem arz etmektedir.<sup>11</sup> Buna paralel olarak, imalatçının sorumluluğu

---

kişilik haklarının ihlali, çevrenin ihlali veya fikri mülkiyet haklarının ihlali de nitelikleri itibariyle özel düzenlemeye tabii tutulması gereken haksız fiil türleridir.

<sup>7</sup> Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen 2004, § 53 V3; FAWCETT, J. J, *Products Liability in Private International Law: A European Perspective*; *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 238, 1993, I, s. 9; Manfred Wandt, *Internationale Produkthaftung*, Heidelberg 1995; Thomas Graziano, *Das auf die Produkthaftung anwendbare Recht*, Versicherungsrecht 2004, s. 1205-1210.

<sup>8</sup> Sözleşmeyi onaylayan ülkeler: Hırvatistan, Makedonya, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Finlandiya, Sırbistan ve Karadağ, Slovenya, İspanya. Sözleşmeyi imzalayıp onaylamayan ülkeler ise Belçika, İtalya ve Portekiz'dir (bkz., www.hcch.net/index).

<sup>9</sup> Bkz., İsviçre Devletler Özel Kanunu m. 135; İtalyan Devletler Özel Kanunu m. 63. Ayrıca Romanya, Estonya, Litvanya, Beyaz Rusya ve Rusya'da da imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuk konusunda özel bir kanunlar ihtilafı kuralı yer almaktadır (Graziano, s. 1208).

<sup>10</sup> 25.7.1985 tarihli imalatçının sorumluluğuna ilişkin AT Yönergesi (ABL.EG 1985 Nr. L 210/29), 10.5.1999 tarihinde değiştirilmiştir (ABL.EG Nr.L 141/20).

<sup>11</sup> Jan von Hein, *Die Kodifikation des europäischen Internationalen Deliktsrechts*,

alanında özel bir bağlama kuralı ihdas etmek suretiyle bağlama kuraları alanında bir uyumlaştırma sağlanabilir ki bu, özellikle imalatçının sorumluluğu gibi nispeten dar ve özel bir alanda diğer alanlara nazaran daha kolay gerçekleştirilebilir.

## I. İmalatçının Sorumluluğu Alanındaki Lahey Sözleşmesi

### A. Giriş

İmalatçının sorumluluğu alanındaki 22 maddelik Lahey Sözleşmesi 1977 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin önsözünde de belirtildiği üzere bu sözleşme, imalatçının sorumluluğu alanındaki kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin olup maddi hukuk kurallarına ilişkin bir düzenleme getirmemektedir.<sup>12</sup> Sözleşme, Fransa, Lüksemburg, İspanya, Hollanda<sup>13</sup> ve Finlandiya olmak üzere toplam beş AB üyesi ülke tarafından onaylanmıştır. AB üyesi olmamasına rağmen AB ile Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA) dolayısıyla sıkı bağlantıları olan Norveç de Sözleşme tarafıdır. Özellikle 1980'li yıllarda AB bünyesinde imalatçının sorumluluğu alanında maddi hukukun uyumlaştırılmasına ilişkin çalışmalar, Lahey Sözleşmesi'nin tekrar tartışılmasına yol açmış, ancak sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin girişimler başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Sözleşme, hakime uygulanacak hukuk bakımından birçok bağlama kriteri getirmiş, ancak bu kriterlerin farklı kombinasyonlarına ilişkin maddeler detaylı olmakla beraber karışık bir anlatımla ifade edilmiştir. Lahey Sözleşmesi'ne ilişkin karar sayısı ise azdır.<sup>14</sup>

### B. Sözleşme'nin Uygulanma Alanı

Sözleşmenin ilk üç maddesi sözleşmenin kapsamına ilişkindir. 1. madde'ye göre, bu sözleşme bir malın neden olduğu zarardan ötürü imalatçının ve 3. maddede sayılan diğer kişilerin sorumluluğuna uy-

ZvglRWiss 2003, s. 528-562 (538).

<sup>12</sup> Reese, *Explanatory Report*, Actes et documents de la Douzieme session 1972, Den Haag 1974, s. 252-273. (rapor metni için bkz. [www.hcch.net/index](http://www.hcch.net/index)).

<sup>13</sup> 2001 tarihli Hollanda Devletler Özel Hukuku Kanunu imalatçının sorumluluğuna ilişkin uygulanacak hukuk konusunda Lahey Sözleşmesi'ne atıf yapmaktadır (bkz., Gelgel, dn. 93).

<sup>14</sup> Hollanda kararı için bkz. Nieuw Rotterdam Schade NV v. Baier&Koeppel GmbH&Co. NIPR jrg. 7 (1989), 134; Fransız Yüksek Mahkeme kararı için bkz., Thompson Hayward Chemical Co. V. Sirena SA (1998) EEC 319 (Fawcett, dn. 290).

gulanacak hukuku belirler. Sözleşmenin temel maddesi niteliğindeki bu hüküm birtakım anahtar kavramları içermektedir ki bunlar da sözleşmenin diğer maddelerinde tanımlanmıştır.

Sözleşmenin 1. maddesinin ikinci fıkrası, sözleşmenin uygulama alanı dışında kalan halleri düzenlemektedir. Buna göre, malın mülkiyetini veya kullanma hakkını devreden kişi ile bu malı devraldıktan sonra zarar gören kişi arasındaki ilişkiye bu sözleşme uygulanmayacaktır. Bu fıkra ile zarar gören alıcının satıcıya karşı sözleşmeden kaynaklanan talepleri kastedilmektedir. Madde metninde sözleşmesel kelimesine kasten yer verilmemiş olması, birbirinden farklı hukuk düzenlerinde vasıflandırmaya ilişkin ortaya çıkabilecek problemlerin önüne geçmeyi istemekten kaynaklanmaktadır.<sup>15</sup>

Sözleşmenin 2. maddesinin (a) fıkrası, mal terimini geniş olarak tarif etmiştir. Buna göre mal, doğal veya endüstriyel, ham veya işlenmiş, taşınır veya taşınmaz olabilir. Sözleşmenin 2. maddesinin (b) fıkrası, zararın kapsamını tarif etmektedir. Madde metninin kapsamına aldığı üç zarar türü şunlardır: Kişi varlığında meydana gelen zarar, ayıplı malın kendisi dışındaki başka bir mal varlığında meydana gelen zarar ve mal varlığındaki azalmalar (ekonomik zarar). Örneğin, ayıplı bir tüpgazın patlaması sonucu kişiye ve patlama sonucu -tüpgaz dışındaki- mallara gelen zarar sözleşmenin kapsamına girmektedir. Ancak ayıplı malın kendisinde meydana gelen zarar sözleşmenin uygulama alanı dışındadır. Bu zararı, davacının sözleşmesel sorumluluk esasına dayanarak satıcıdan talep etmesi beklenmektedir. Bunun yanı sıra, mal varlığında doğrudan doğruya ayıplı malın neden olduğu zarar nedeniyle ortaya çıkan azalmalar -örneğin yeni bir tüpgaz alınması nedeniyle ortaya çıkan zarar- da kapsam dışındadır.

Sözleşmenin 3. maddesi, sorumlu tutulacak kişileri dört grup halinde saymıştır. Buna göre, işlenmiş veya ham bir malın veya malın bir parçasının imalatçısı, malın tedarikçisi<sup>16</sup> ve malı tamir eden veya malın saklanması ile görevli ambar sorumlusu dahil olmak üzere ticari zincirin bir parçası olmak kaydıyla bir malın hazırlanması veya dağıtımına katılan kişiler bu sözleşmenin kapsamındadır. Ayrıca bu kişilerin acentelerinin veya işçilerinin de bu sözleşmenin kapsamında

<sup>15</sup> Reese Report, s. 257.

<sup>16</sup> Satıcı, kiralayan ve teminat veren kişiyi de içine alacak şekilde geniş yorumlanması hakkında bkz., Reese Report, s. 259.

oldukları 3. maddenin son cümlesinde ifade edilmiştir. Madde metninde kişi/şahıs terimi kullanılmış olmasına rağmen sorumlu olacak kişinin sadece gerçek kişi olmadığı tüzel kişi de olabileceği sözleşmede geçen terimleri tanımlayan 2. maddenin (c) bendinde belirtilmiştir.

### C. Sözleşmenin Kanunlar İhtilafı Kuralları

Uygulanacak hukuk hakkındaki kurallar, sözleşmenin 4, 5, 6. ve 7. maddelerinde yer alır ve oldukça karmaşık bir yapıya sahiptir. Sözleşmenin 4-6 maddeleri uygulanacak olan hukukun nasıl tespit edileceğine ilişkin kuralları içerirler,<sup>17</sup> madde 7 ise 4-6 maddeler uyarınca uygulanması tespit edilen hukukun sınırlandırılmasına ilişkindir.

#### 1. Bağlanma Noktaları

Sözleşmenin kanunlar ihtilafına ilişkin maddelerinde toplam dört tane bağlanma noktasının yer aldığı görülmektedir: zararın meydana geldiği yer, ayıplı maldan doğrudan zarar gören kişinin yerleşim yeri, sorumlu olduğu iddia edilen kişinin iş merkezinin bulunduğu yer ve doğrudan zarar gören kişinin malı iktisap ettiği yer.

Kural olarak uygulanacak olan hukuk, bu bağlanma noktalarının çeşitli kombinasyonlarda hiyerarşik düzene uygun olarak uygulanması yoluyla tespit edilecektir. İstisnai durumlarda ise davacı tarafa sayılan bağlanma noktalarından birini tercih etme olanağı tanınacaktır. Son olarak da öngörülebilirlik kuralı, uygulanması gereken hukukun bazı durumlarda uygulanmamasına neden olabilecektir.

#### 2. Bağlanma Noktalarının Çeşitli Kombinasyonları (m. 4 ve m. 5)

Sözleşmenin benimsediği asli bağlama kuralı, 4. maddede yer almaktadır. Buna göre, uygulanacak hukukun zararın meydana geldiği yer hukuku olması maddede sayılan diğer üç bağlama yerinden en az birinin de zararın meydana geldiği yer olması halinde söz konusudur. Diğer bir ifadeyle, zararın meydana geldiği yer uygulanacak hukuku

<sup>17</sup> Atf yapılan yer hukukunun, imalatçının sorumluluğuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları değil, maddi hukuk kuralları olduğu hakkında bkz., *Reese Report*, s. 263.

tek başına tespit etmeyecektir. Zararın meydana geldiği yer hukuku ancak zarar gören kişinin yerleşim yeri hukuku veya davalı tarafın iş merkezinin bulunduğu yer hukuku veya malın iktisap edildiği yer hukuku ile aynı olduğu takdirde uygulama alanı bulacaktır. Bu ek şartların getirilme sebebi, zararın meydana geldiği yer bağlanma noktasının tesadüfi bir hukuka gönderme yapmasının önüne geçmektir.<sup>18</sup> Bu nedenle zarar gören kişinin yerleşim yeri, imalatçının işyeri ve malın iktisap edildiği yer hukuklarının da uygulanmasının yolu açılmak istenmiştir, ama bu yerler ancak zararın meydana geldiği yer kriteri ile beraber uygulama alanı bulabilecektir.

Sözleşmede bu ana kural dışında bazı tali bağlama kurallarına da yer verilmiştir. Madde 5, zarar gören kişinin yerleşim yeri hukukunun ne zaman öncelikli olarak uygulanacağını düzenler. Buna göre, zarar gören kişinin yerleşim yeri ile davalı tarafın iş merkezinin bulunduğu yerin veya malın iktisap edildiği yerin aynı olması durumunda öncelikli olarak bu yer hukuku uygulanır. Madde 4'teki asli kriter olan *zararın meydana geldiği yer* kriterine bu madde metninde yer verilmemesi, onun yerine zarar gören kişinin yerleşim yerine öncelik tanınması söz konusudur.

Kural olarak, imalatçının sorumluluğuna ilişkin olaylar ya madde 4 ya da madde 5'te belirtilen kombinasyonlardan birine girecektir. Ancak istisnai olmakla beraber bazı olayların her iki maddenin uygulama alanına girmesi söz konusu olabilir. Örnek olarak, İspanyol bir davacının İspanya'da satın aldığı bir Fransız malı yüzünden Fransa'da zarara uğraması veya taraflardan her ikisinin İspanyol olup davacının İspanyol malını satın aldığı Fransa'da zarara uğraması hali verilebilir. Bu durumda madde 5'in madde 4'e göre öncelikli olarak uygulanması, diğer bir ifadeyle zarar gören kişinin yerleşim yeri hukukunun uygulanması söz konusu olur. Anılan örnekte bu kurala uygun olarak İspanyol hukukunun uygulanması gerekecektir.

Yukarıda sözü edilen dört bağlanma noktasından herhangi ikisinin kesişmesi yeterli değildir, çünkü bağlantı yerleri arasında hiyerarşik bir düzen de söz konusudur. Zarar gören kişinin yerleşim yeri ile zararın meydana geldiği yer ayrıcalıklı bağlama yerleridir. Bu iki yerden birisinin diğer üç yer ile kesişmesi halinde o yer hukuku uygulama

<sup>18</sup> Reese Report, s. 260.

alanı bulacaktır. Bu durumda davalı kişinin iş merkezinin bulunduğu yer ve malın iktisap edildiği yer tali bağlama kuralı niteliğindedir. Bu iki yerin kesişmesi hali, o yer hukukun uygulanması sonucunu doğurmayacaktır. Ancak asli bir bağlama kuralının bir tali bağlama kuralı ile kesişmesi hali o yer hukukun uygulanmasına neden olacaktır. Bağlanma noktalarının farklı kombinasyonlarda uygulama alanı bulması imalatçının sorumluluğuna ilişkin olayların karmaşık bir yapıda olması ve bu olaylar bakımından tek bir kanunlar ihtilafı kuralının yerinde olmayacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır.<sup>19</sup>

### 3. Zarar Gören Kişinin Uygulanacak Olan Hukuku Seçme Hakkı (m. 6)

Çok istisnai olmakla beraber bazı olaylar bakımından ne 4. ne de 5. maddenin uygulanması söz konusu olacaktır. Bu durum, dört bağlama yerinden her birinin farklı ülkelerde olmasından kaynaklanacaktır. Örneğin, İspanya'da yerleşik bir davacının tatili esnasında Almanya'da imal edilmiş bir malı Fransa'da temin etmesi ve bu mal nedeniyle İtalya'da bir zarara uğraması hali. Madde 4 ve 5'in uygulama alanı dışında kalan diğer bir durum ise yukarıda sözü edilen iki tali bağlama yerinin kesişmesi halidir.

Örneğin, yerleşim yeri İspanya olan davacının arabayla yaptığı bir Avrupa seyahati sırasında, İtalya'da İtalyan bir imalatçı tarafından piyasaya sürülmüş bir malı satın alıp maldaki bir ayıptan dolayı Fransa'da zarar görmesi hali. Bu durumda uygulanacak olan hukuk madde 6 uyarınca tespit edilecektir.

Madde 6, 4. ve 5. maddelerin uygulanamaması durumunda devreye girer ve davacıya sorumlu olduğu iddia edilen kişinin iş merkezinin bulunduğu yer hukuku ile zararın meydana geldiği yer hukuku arasında bir seçim hakkı tanır. Davacıya uygulanacak olan hukuku seçme hakkı tanıyan madde 6, uygulanacak olan hukuku objektif kriterlerle tespit etme yaklaşımını içeren madde 4 ve 5'ten farklıdır. Ayrıca 6. maddeye göre, zikredilen bağlanma noktalarının her ikisinin de aynı yer hukukuna gönderme yapması gerekmemektedir, bu durumda zararın meydana geldiği yer uygulanacak olan hukuku tek başına tespit edebilecektir. Hiç şüphesiz zararın meydana geldiği yer hukuku, ge-

<sup>19</sup> Hein, ZvglRWiss 2003, s. 553.



rek madde 4 gerekse madde 5'e göre asli bir bağlama kuralıdır, ancak unutulmamalıdır ki madde 6'ya göre zarar veren kişinin iş merkezinin bulunduğu yer de uygulanacak olan hukuku tek başına tespit edebilecektir. İrade serbestisini temel alan bu madde, davacıya çeşitli bağlama kuralları arasında seçme özgürlüğü tanıyan ve özellikle zarar yeri kuralını destekleyen görüşün bir zaferi olarak yorumlanmıştır. Ancak madde 6 uyarınca sahip olunan seçim hakkının uygulama alanı, madde 7'de düzenlenmiş olan öngörülebilirlik kuralı nedeniyle oldukça sınırlandırılmıştır.

#### 4. Öngörülebilirlik Kuralı (m. 7)

Sözleşmenin 7. maddesi, imalatçıyı korumaya yönelik olup zararın meydana geldiği yer veya zarar gören kişinin yerleşim yeri hukukunun uygulanmasını önleyen bir düzenlemedir. Uygulamama durumu, zarar verdiği iddia edilen davalının, malının o ülkede ticari yollardan teminini öngöremeyecek durumda olduğunu ispat ettiği takdirde söz konusu olacaktır. Davalı kişinin bu hükümden yararlanabilmesi için hangi hususları ispat etmesi gerektiği madde metninde açıkça düzenlenmemiştir. Ancak davalının malını söz konusu ülkede pazarlamadığını veya malının o ülkede resmi yollardan dağıtımına izin vermediğini ispatlaması yeterli sayılacaktır. Bir malın belirli bir ülkede pazarlanması ile öngörülebilirlik arasındaki ilişki şu şekilde açıklanabilir:<sup>20</sup> Bir imalatçı malını belirli bir ülkede piyasaya sürmek ile o ülke kuralları uyarınca sorumlu olacağına rıza göstermektedir, çünkü söz konusu ülkenin hukuku artık kendisi açısından öngörülebilir niteliktedir.

Madde 7 olumsuz bir hükümdür; diğer bir ifadeyle, madde 4, 5 veya -davacının seçimi halinde- madde 6 uyarınca uygulanacak olan hukukun uygulanmasını önleyen bir hükümdür. Ancak söz konusu madde, zararın meydana geldiği yer veya zarar gören kişinin yerleşim yeri hukukunun uygulanmaması halinde hangi yer hukukunun uygulanacağını düzenlememektedir. Bu durumda, madde 6 devreye girmeli ve sorumluluğu iddia edilen kişinin iş merkezinin bulunduğu yer dikkate alınmalıdır. Bu durum davalının malını iş merkezinin bulunduğu yerde piyasaya sürmemiş olması halinde dahi uygulanmalıdır. Bu çözümün altında yatan düşünce, davalının kural olarak iş

<sup>20</sup> Fawcett, s. 143.

merkezinin bulunduğu yer hukukunun uygulanması konusunda bir şikayeti olmayacağına dayanmaktadır.<sup>21</sup>

## 5. Uygulanacak Hukuka Getirilen Sınırlamalar

Sözleşme, uygulanacak olan hukuka ilişkin kurallar bakımından iki sınırlama getirmiştir. İlk sınırlama malın piyasaya sürüldüğü ülkedeki kurallar olup, ikinci sınırlama kamu düzenine ilişkindir.

### a. Malın Üretimine ve Güvenliğine İlişkin Kurallar

Madde 9'a göre, söz konusu olaya uygulanacak olan hukuk (m. 4, 5, ve 6 uyarınca), malın piyasaya sürüldüğü ülkede yürürlükte bulunan malın güvenliğine ve üretimine ilişkin kuralların dikkate alınmayacağı sonucunu doğurmamalıdır. Bu hüküm, mahkemelere hangi ülkenin mal güvenliğine ve üretimine ilişkin kurallarını uygulayacağı konusunda bir takdir yetkisi vermektedir. Takdir yetkisi, 4-6. maddeler uyarınca uygulanacak olan ülke hukukunun kuralları ile -aynı ülke olmaması durumunda- malın piyasaya ilk sürüldüğü ülke hukuku kuralları arasında kullanılacaktır. Mahkeme, güvenlik standartları daha düşük olan ülke hukukunun uygulanmasına karar vermek suretiyle davalının sorumluluktan kurtulmasına neden olabilir. Diğer yandan, mahkeme malın ilk piyasaya sürüldüğü yer hukukunun güvenliğe ilişkin standartlarını değil de, daha yüksek güvenlik standartları arayan ülke hukukundan yana da tercihini kullanabilir. Bir malın üretimine ve güvenliğine ilişkin kuralların kapsamına neler girdiğini belirlerken malın güvenliğine ilişkin tüm kurallar<sup>22</sup> -malın üretimine, muayenesine, tamirine ve malın donatılmasına ilişkin tüm güvenlik unsurları- dikkate alınmalıdır.<sup>23</sup>

### b. Kamu Düzeni

Madde 10'a göre, bu sözleşme uyarınca tespit edilen yetkili yaban-

<sup>21</sup> Fawcett, s. 144.

<sup>22</sup> Bir malın üretimine ve güvenliğine ilişkin kurallar kanun, tüzük, kanun hükmünde kararname, yönetmelik v.b. ile getirilmiş olabilir. Bkz. Reese Report, s. 269.

<sup>23</sup> Bu konuda AT Ürün Güvenliğine İlişkin Yönerge'nin (Council Directive 92/59/EEC; O.J. 1992, L228) güvenli ürünü tarif eden 2. maddesi dikkate alınabilir.

cı hukukun uygulanmasının *lex fori*'nin kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde hükmün uygulanmamasına karar verilebilir. Kamu düzeni istisnasının ancak açık bir aykırılık durumunda ve sınırlı olarak uygulanması gerektiği konusunda görüş birliği vardır.<sup>24</sup>

Bu hükmün AB alanında uygulanmasına sıkça rastlanılmayacaktır, çünkü imalatçının sorumluluğuna ilişkin AT Yönergesi,<sup>25</sup> maddi hukuk alanındaki farkları en aza indirmeyi amaçlamaktadır. AB üyesi bazı ülkeler, bu yönergeyi iç hukuklarına aktarırken, yönergenin 15. maddesinde tanınan imkanı kullanarak bilimsel ve teknolojik bilgilerin ayıbın varlığının bilinmesine imkan vermemesi halinde imalatçının sorumlu olmayacağına yer vermiştir. Ancak bu kurtuluş beyyinesini kabul etmeyen Lüksemburg hukukunun uygulanması böyle bir savunma hakkını kabul eden sözleşmeye taraf diğer AB ülkeleri bakımından kamu düzenine aykırı kabul edilemez. Buna karşın, zararın tazmininin sınırının çizilmesinde kamu düzeninin rolü önemlidir. Gerçek zarar miktarının çok fazlasının ödenmesine imkan veren özel hukuk cezasına (*punitive damages*) ilişkin hukuk kuralları kıta avrupalı mahkemelerinde kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşılabılır.<sup>26</sup>

## II. Avrupa Birliği Bünyesindeki Uyumlaştırma Çalışmaları

AB'ne üye ülkelerde sözleşmesel borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda tek tip kurallar söz konusudur<sup>27</sup>. Ancak sözleşme dışı sorumluluk ile ilgili kanunlar ihtilafı hukuku konusunda yukarıda incelenen imalatçının sorumluluğu alanındaki Lahey Sözleşmesi ve 1971 tarihli *Trafik Kazalarında Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Sözleşmesi*<sup>28</sup> dışında tek tip kuralların varlığı söz konusu değildir. Her mahkeme, kendi ülkesinin devletler özel hukuku kuralları uyarınca

<sup>24</sup> Reese Report, s. 269.

<sup>25</sup> Bkz. dn. 11.

<sup>26</sup> Örneğin, İsviçre Devletler Özel Kanunu m. 135 (2) ve Almanya Devletler Özel Kanunu m. 40 (3), uygulanacak olan hukukun tazminata ilişkin hükümlerine sınır getirmiş; uygulanacak yabancı hukukun takdir ettiği tazminat miktarının bu hukukların bu fiile tanıdığı tazminat miktarından fazla olamayacağını belirtmiştir.

<sup>27</sup> 19.6.1980 tarihli Borç Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Hakkında AET-Roma Sözleşmesi (Roma I). Bu sözleşmenin Avrupa Tüzüğü haline getirilmesi çalışmaları halen devam etmektedir. Tüzük taslağının (COD/2005/0261) yasallaşması konusundaki gelişmeler <http://www.europarl.europa.eu/oeil/> adresinden takip edilebilir.

<sup>28</sup> Sözleşme metni için bkz. [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

uygulanacak olan hukuku tespit etmektedir. Dolayısıyla, imalatçının sorumluluğu alanında hangi bağlanma noktasının esas alınacağı hangi devletin mahkemesinde dava açıldığına bağlı olmaktadır. Bu durum, zarar gören kişinin dava açmadan önce çeşitli devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarını inceleyip kendi menfaati bakımından en uygun devlette dava açmasına yol açmaktadır (*forum shopping*). Davalı açısından ise uygulanacak hukuk konusundaki belirsizlik dava açılana kadar devam etmektedir.<sup>29</sup>

İmalatçının sorumluluğu dahil olmak üzere sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak olan hukukun öngörülebilir ve taraf beklentileri ile uyumlu olmasının hukuk güvenliği açısından zorunlu olduğu ve bu amaçla AB alanında çalışmalara başlanması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>30</sup>

Avrupa Komisyonu, bu amaçla sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda hazırladığı 22.07.2003 tarihli tüzük teklifini tartışmaya açmıştır.<sup>31</sup> Tüzük teklifinde haksız fiil statüsü olarak zararın meydana geldiği yer hukuku öngörülmüş, ancak bu çözüm yolu imalatçının sorumluluğu bakımından yerinde görülmemiştir. Özellikle malın hareketli olmasını göz önünde tutan görüş, imalatçının sorumluluğu bakımından aynı kuralın kabul edilmesi durumunda tesadüfi ülke hukuklarıyla karşılaşılabilirliğini belirtmiştir.<sup>32</sup> Örneğin, A ülkesinde oturan bir kişinin bir ev aletini B ülkesinde satın alması, C ülkesine götürmesi ve orada zarara uğraması durumunda uygulanacak olan hukukun zararın meydana geldiği yere göre tespiti hem imalatçı hem de zarar gören kişi açısından uygun olmayabilir. İmalatçı, malının iktisap edilmesinden sonra hangi ülkelere götürüleceğini öngöremez; aynı şekilde iktisap eden kişi de malı götürdüğü herhangi bir üçüncü ülke hukuku yerine kendisi ile daha sıkı bağlantıları olan bir ülke hukukunun uygulanmasını ister. Bu açıdan tüzük teklifinde, hem zarar gören kişinin hem de malı imal edip piyasaya süren imalatçının

<sup>29</sup> Hein, ZvglRWiss 2003, s. 536.

<sup>30</sup> Bu alandaki çalışmaların tarihçesi için bkz. Hein, ZvglRWiss 2003, s. 529-533. Sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak olan tüzük teklifi, akdi borç ilişkilerine uygulanacak olan Roma I Sözleşmesi'nin bir devamı olarak görülmüş ve doktrinde Roma II olarak anılmıştır.

<sup>31</sup> 22.7.2003 tarihli COM 2003/427 (Roma II).

<sup>32</sup> Bkz., Komisyo'nun Raporu s. 13 vd; Wandt, N. 723; Gelgel, s. 120. *İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Sözleşmesi* için bkz., Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, Münich 2000, § 18 IV 3b.

menfaatlerinin dengelenmesi ve konunun özel bir hükümle düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

Tüzük teklifi,<sup>33</sup> öncelikle tarafların uygulanacak hukuk konusunda bir anlaşma yapabileceklerini düzenler (m.10 f.1). İkincil olarak taraflar arasında sözleşmesel bir ilişkinin olup olmadığının tespit edilmesi gerekir ki bu durumda sözleşme statüsünün haksız fiil alanında uygulanması söz konusu olur.

Ancak gerek tarafların haksız fiile uygulanacak hukuk konusunda anlaşmaları, gerekse imalatçı ile zarar gören kişi arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması istisnai niteliktedir. İmalatçının sorumluluğu hakkında özel bir düzenleme öngören madde 4'e göre, mağdurun mutad mesken yeri hukuku uygulama alanı bulur; meğer ki imalatçı malın o yerde kendi rızası hilafına piyasaya sürüldüğünü ispatlamış olsun. Mağdurun mutad mesken yeri hukukunun uygulama alanı bulması için zarara neden olan malın zarar gören kişinin mutad yerinde piyasada olması önem taşımaktadır, yoksa zarar gören kişinin malı mutad mesken yerinde iktisap etmiş olup olmamasının önemi yoktur.

Ortak karar alma usulü<sup>34</sup> uyarınca parlamento, komisyonun tüzük teklifi konusundaki görüşünü açıklamış<sup>35</sup> ve bu görüşlerin tüzük teklifi ile açık farklar içermesi kanunlaşma yolundaki çalışmaların yavaşlamasına yol açmıştır. Parlamantonun görüşü, imalatçının sorumluluğu ile ilgili özel kanunlar ihtilafı kuralının kaldırılması yönündedir. Buna göre, özel haksız fiil hükmü yerine genel haksız fiil hükmü –zararın meydana geldiği yer (teklifin 3. maddesinin 1. fıkrası)– ancak somut olayın başka bir yer hukuku ile sıkı irtibatının olması halinde o yer hukuku uygulanmalıdır. Sıkı irtibat kriterini değerlendirirken malın piyasaya sürüldüğü yer veya yerler dikkate alınmalıdır. Diğer bir ifa-

<sup>33</sup> COM 2003/427.

<sup>34</sup> Karar alma süreci, mevzuat çıkarılacak ilgili alan için öngörölmüş usule göre değişmektedir. Ortak karar alma usulünde, Parlamento ve Konsey yasama yetkisini paylaşırlar. Komisyon yasa teklifini iki kuruma da gönderir. Bu iki kurum da teklifi sırasıyla iki kez okur ve tartışırlar. Eğer üzerinde mutabakata varılamazsa teklif, Konsey ve Parlamento'dan eşit sayıda temsilciden oluşan "uzlaştırma komitesi"ne gider. Bu komitenin toplantılarına Komisyon temsilcileri de katılır ve tartışmalara katkıda bulunurlar. Komite teklif üzerinde anlaşığıında, metin yasa olarak kabul edilmek üzere üçüncü bir okuma için Konsey'e ve Parlamento'ya gönderilir.

<sup>35</sup> 6.7.2005 tarihli COD/2003/0168 (Raportör Diana Wallis).

deyle, imalatçının sorumluluğu bakımından piyasa yeri hukuku uygulama alanı bulabilecektir.<sup>36</sup>

Komisyon, tüzük teklifinin bazı maddelerini Parlamento'nun da görüşünü dikkate alarak Şubat 2006'da değiştirmiştir.<sup>37</sup> Ancak imalatçının sorumluluğuna ilişkin özel haksız fiil hükmünü ortadan kaldıran Parlamento görüşü kabul edilmemiştir. Tüzüğün yeni teklifine göre, *"imal edilmiş maldan doğan akit dışı zarara, zararın meydana geldiği sırada mağdurun mutad meskeni hukuku veya, eğer fail kendi iradesi dışında bu malın piyasaya sürüldüğünü ispat eder ise, failin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır"* (madde 6).<sup>38</sup>

Madde, uygulanacak hukuk konusunda iki alternatif sunmaktadır: zarar gören kişinin mutad meskeni ve imalatçının mutad meskeni. İmalatçının mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi olumsuz bir şarta bağlanmıştır.<sup>39</sup> İmalatçı, kendi bilgisi ve rızası dışında malın pazarlandığını, piyasaya sunulduğunu, satıldığını ispat ederse uygulanacak hukuk imalatçının mutad meskeni hukuku olacaktır. O halde ancak bu iddianın ileri sürülmemesi veya ispat şartının yerine getirilememesi halinde uygulanacak olan hukuk zarar gören kişinin mutad meskeni hukuku olacaktır. Madde metninde zarar gören kişinin mutad meskeni hukuku yanında olumsuz bir şarta bağlı başka bir bağlama kuralı getirilmesi eleştirilmiştir. Zira bu ek bağlama kuralı ile zarar gören kişinin öngöremediği ve koşullarını bilmediği bir hukukla karşı karşıya kalması söz konusu olabilecektir.<sup>40</sup> Bir malın, imalatçısının rızası hilafına başka bir ülkede satılması yüksek bir ihtimal olduğundan imalatçının mutad meskeni hukuku sıkça uygulama alanı bulabilecektir.

Tüzük teklifinin getirdiği ana kural, mağdurun mutad meskeni hukuku olmakla beraber teklif, Lahey Sözleşmesi ve bazı milli mevzuatların aksine zarar gören kişiye bir seçim imkanı tanımamaktadır. Bağlama kriteri olarak mağdurun iradesine yer verilmemesi, diğer bir ifadeyle imalatçının sorumluluğuna uygulanacak olan hukuku belirleme konusunda mağdura seçim imkanı getirilmemiş olması dikkat çe-

<sup>36</sup> Graziano, s. 1209.

<sup>37</sup> 21.2.2006 tarihli COM/2006/0083.

<sup>38</sup> COM/2006/0083.

<sup>39</sup> Gelgel, s. 121.

<sup>40</sup> Gelgel, s. 122-123.

kicidir. Bunun yanı sıra, zarar gören kişinin hiç bilmediği imalatçının mutad meskeni hukuku ile karşılaşması tehlikesi söz konusu olabilmektedir. Tüzük teklifi, devletler özel hukuku bağlamında korunması gereken menfaate hizmet etmediği gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>41</sup>

AB Konseyi, parlamentonun görüşleri dikkate alınarak değiştirilen tüzük teklifini değerlendirmiş; imalatçının sorumluluğu alanında özel bir kanunlar ihtilafı kuralının gerekli olduğunu ve bu kuralın imalatçı ile zarar gören mağdur kişi arasında bir denge sağlaması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>42</sup> Tüzük teklifi hakkında parlamentonun ikinci okumadan sonraki görüşü de alınmış,<sup>43</sup> ancak konsey tüm değişiklik önerilerini kabul etmediğinden 19.04.2007 tarihinde uzlaşma komitesinin toplanmasına karar vermiştir.<sup>44</sup> Uzlaşma komitesi tarafından onaylanan ortak tüzük tasarısı,<sup>45</sup> 10.7.2007 tarihinde üçüncü bir okuma için Konsey'e ve Parlamento'ya gönderilmiş ve yasalaşmıştır.<sup>46</sup>

AT Tüzüğü'ne göre, imalatçının sorumluluğu ile ilgili 5. madde ayrıntılı ve kademeli olarak şu şekilde düzenlenmiştir:

*Bir malın neden olduğu zarardan doğan akit dışı borç ilişkisine uygulanacak olan hukuk m. 4 (2) saklı kalmak koşuluyla,*

*a. malın da aynı ülkede pazarlanmış olması kaydıyla (...if the product was marketed in that country...) zararın meydana geldiği sırada mağdurun mutad meskeni hukuku,*

*b. malın da aynı ülkede piyasaya sunulmuş olması kaydıyla malın iktisap edildiği yer hukuku,*

*c. malın da aynı ülkede piyasaya sunulmuş olması kaydıyla zararın meydana geldiği yer hukukudur.*

*Ancak imalatçının 1(a), (b) veya (c) bentleri uyarınca tespit edilecek olan ülkede malını piyasaya sürüldüğünü öngöremeyecek durumda olduğunu ispat etmesi halinde imalatçının mutad meskeni hukuku uygulama alanı bulmaz.*

<sup>41</sup> Gelgel, s. 127.

<sup>42</sup> 25.09.2006 tarihli COD/2003/0168 (Council: common position).

<sup>43</sup> 18.01.2007 tarihli COD/2003/0168 (EP: position, 2<sup>nd</sup> reading).

<sup>44</sup> 19.04.2007 tarihli COD/2003/0168

<sup>45</sup> EP/Council joint text C6-0142/2007.

<sup>46</sup> Sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkındaki AT Tüzüğü, 864/2007 EC numarasını alarak 31.7.2007 (L199, s. 40) tarihli *Resmî Gazete'*de yayımlanmıştır. Tüzüğün esasa ilişkin hükümleri 11 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girecektir.

*Somut olayın şartlarına göre haksız fiilin 1. fıkrada sayılan ülke hukukları dışında başka bir ülke hukuku ile daha sıkı irtibatı olması halinde o ülke hukuku uygulanmalıdır. Daha sıkı ilişkili bir hukuk özellikle taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin olması halinde söz konusu olabilir.*

Tüzükte, kademeli bir bağlanma sistemi kabul edilmiştir. Birinci fıkranın (a) bendi uyarınca kural, zarar gören kişinin mutad meskeni hukukunun uygulanmasıdır. Ancak bu ülke hukukunun uygulanması bir şarta bağlanmıştır. İmalatçının malı piyasaya sürdüğü ülke ile zarar gören kişinin mutad meskeninin aynı ülke olması halinde (a) bendi uygulanacaktır. Bu bağlanma noktasından istifade edilememesi halinde (a) bendini takip eden bentteki bağlanma noktaları kullanılacaktır. (b) bendi uyarınca malın iktisap edildiği ülke ile piyasaya sürüldüğü ülkenin aynı yer olması önem taşımaktadır. Bu şartın da gerçekleşmesi halinde (c) bendi uyarınca malın piyasaya sürüldüğü ve zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır. Bu madde uyarınca en az iki bağlanma noktasının aynı yerde olması gerekmektedir. Sözleşme dışı borç ilişkilerine ve bununla beraber imalatçının sorumluluğuna uygulanacak olan hukuku düzenleyen ve Roma II olarak anılan AT Tüzüğü, Lahey Sözleşmesi'nin konuya ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarıyla bir paralellik göstermektedir. Bu bağlamda özellikle malın piyasaya sürüldüğü yer kriterine önem verilmesi kanımca olumlu olmuştur.

### III. Türk Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu

#### A. 2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun (MÖHUK)

Kanunumuzda imal edilen şeyden zarar gören ile zarar veren arasında bu zarardan kaynaklanan ihtilafa uygulanacak hukuk hakkında ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu sorun, haksız fiillere uygulanacak hukuka göre çözümlenecektir.<sup>47</sup> Bu durumda MÖHUK m. 25 uygulama alanı bulacaktır. Bu maddeye göre, haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabii olacaktır (Haksız fiil yeri hukuku: *lex loci delicti commissi*). Zarara sebep olan fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde Türk hukuku zararın meydana geldiği yer hukukunu

<sup>47</sup> Nomer, s. 318.



tercih etmiştir (m. 25 f. 2). Ancak zararın meydana geldiği yerin hem zarar veren hem de zarar gören açısından tesadüfi bir yer olabileceği hususu göz ardı edilmemelidir.

MÖHUK m. 25 f. 3'den yararlanılarak imalatçının sorumluluğu için uygun bir kanunlar ihtilafı kuralı bulabilmenin mümkün olup olmadığı tartışılabilir, ancak haksız fiil statüsünün imalatçının sorumluluğu alanında gözetilmesi gereken menfaatler açısından yeterli bir koruma sağlayamadığı düşüncesindeyim.

## B. MÖHUK Tasarısı<sup>48</sup>

20/5/1982 tarihli ve 2675 sayılı kanunun yirmi yılı aşkın tatbikatında bazı ihtiyaçları karşılamakta yetersiz kalan yönlerinin ıslah edilmesi için gerekli değişiklikleri yapmak, kanunun 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'yla getirilen yeni hükümlere uygunluğunu sağlamak ve AB mevzuatıyla uyumlu hâle getirilmesi gerekçeleriyle yeni bir kanun tasarısı hazırlanmıştır. Bu tasarının 35. maddesinde imalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna uygulanacak hukuk konusu şu şekilde düzenlenmiştir:

*İmal edilen şeylerin sebep olduğu zarardan doğan sorumluluğa, zarar görenin seçimine göre, zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuku uygulanır. İktisap yeri hukukunun uygulanabilmesi için zarar verenin, mamulün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması gerekir.*

Bu hüküm ile bağlama kriteri olarak zarar gören mağdur kişinin iradesine öncelik verilmiş, zarar göreni koruyup ona sınırlı bir hukuk seçimi imkanı tanınmıştır. Buna göre, zarar gören zarar verenin mutad meskeni veya işyeri ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuklarından birini seçebilecektir. Madde metninde zarar gören kişiye her ne kadar kendi mutad meskeni hukukunu seçme imkanı tanınmamış ise de malın iktisap edildiği yer ile zarar gören kişinin mutad meskeninin genellikle aynı yer olacağı unutulmamalıdır. Diğer taraftan, imalatçının mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu ülke hukuku imalatçının yakın ilişki içinde olduğu hukuklar olacaktır. Bununla be-

<sup>48</sup> Sevk Tarihi: Başbakanlığa:1/6/2005-TBMM: 07/07/2006. Yasama yılının sona ermesi nedeniyle bu tasarı kadük olmuştur.

raber tasarı, imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke ile zarar verenin hiçbir ilişkisinin bulunmaması ihtimalini de hesaba katmış ve bununla ilgili olarak bir düzenleme getirmiştir. Böylelikle imalatçının önceden tahmin edemeyeceği bir hukukla karşılaşması sonucu önlenmek istenmiştir. Böylece gerek zarar görenin gerek zarar veren imalatçının menfaat dengesinin korunması amaçlanmıştır.<sup>49</sup> Ancak zarar verenin bu korumadan yararlanabilmesi için imal edilen şeyin söz konusu ülkeye rızası dışında getirildiğini ispat etmesi gerekli görülmüştür. Tasarının metninde İsviçre Devletler Özel Kanunu'nun<sup>50</sup> aksine uygulanacak olan hukukun tazminata ilişkin hükümlerine sınır getirilmemiş olması dikkat çekmektedir.

#### IV. Değerlendirme ve Sonuç

İmalatçının sorumluluğuna ilişkin olaylarda uygulanacak hukukun tespiti noktasında farklı çözümler önerilmiştir. Bunlardan ilki, haksız fiilin vuku bulmasından sonra tarafların uygulanacak olan hukuk konusunda anlaşmalarıdır. İmalatçının sorumluluğu alanındaki birkaç olayın bu yolla çözümlenmesi bu bağlanma noktasını gündeme getirmiştir.<sup>51</sup> Ancak tarafların uygulanacak hukuk konusunda genellikle anlaşamamaları bu kuralın uygulama alanını oldukça sınırlayacaktır.

Diğer taraftan her somut olayın şartlarına göre hakimin uygulayacağı hukuku tespit etmesi<sup>52</sup> de hukuk güvenliği gerekçesiyle reddedilmiştir. Kanunlar ihtilafı kuralı olarak önerilen diğer bir çözüm ise, imalatçının sorumluluğu alanında doğacak sözleşme dışı taleplerin sözleşme statüsüne tabi kılınmasına dayanmaktadır. Bu çözüm yolu, hiç şüphesiz ki taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin var olması durumunda yerindedir, ancak imalatçının sorumluluğu alanında imalat-

<sup>49</sup> Bkz. MÖHUK tasarısının gerekçesi m. 35.

<sup>50</sup> Bkz., İsviçre Devletler Özel Kanunu m. 135 f.2. Benzer sınırlama için bkz. Alman Devletler Özel Kanunu m. 40 f.3.

<sup>51</sup> Bu konudaki mahkeme kararları için bkz. Fransız Yüksek Mahkemesi'nin 19.4.1988 tarihli Rev. Crit. 1989, 86 sayılı kararı, Patrick Grehan v. Medical Incorporated and Valley Pines Associates (1986) I.L.R.M. 627 (İrlanda Yüksek Mahkeme kararı); Alman Yüksek Mahkemesi'nin 17.3.1981 tarihli Appfelschorf im Alten Land adlı kararı için bkz. VersR 1981, 636 (Graziano, dn.13).

<sup>52</sup> Bu çözüm özellikle İrlanda Yüksek Mahkemesi'nin Patrick Grehan v. Medical Incorporated and Valley Pines Associates adlı kararında vurgulanmıştır.

çı ile zarar gören kişi arasında bir sözleşme ilişkisinin olması istisnai bir durum teşkil etmektedir.

MÖHUK tasarısında olduğu gibi, birçok hukuk sisteminde zarar gören kişinin çeşitli bağlanma noktaları arasında bir seçim imkanına sahip olması kabul edilmektedir. Buna göre, zarar gören kişi malı iktisap ettiği yer hukukunu seçebilir;<sup>53</sup> bazı hukuk sistemlerinde ise zarar gören kişinin imalatçının işyeri hukukunu veya kendi mutad meskenini seçmesine imkan tanınmıştır. Hatta bu üç ayrı yer hukuku arasında bir seçim imkanına sahip olması da mümkündür.<sup>54</sup> Zarar gören kişiye uygulanacak hukuk konusunda geniş bir seçim hakkı verilmesi özellikle sınır ötesi ticaret yapan imalatçılar açısından eleştirilmektedir. Zira bu düzenleme, bu imalatçıları malı sadece ürettiği yerde satan imalatçılara kıyasla rekabet bakımından daha zor bir duruma düşürmektedir.<sup>55</sup>

Lahey Sözleşmesi'nin kabul ettiği kanunlar ihtilafı kuralına göre ise dört farklı bağlanma yerinin (imalatçının işyeri, zarar gören kişinin mutad meskeni, malın iktisap edildiği yer, zararın meydana geldiği yer) çeşitli kombinasyonlarda bir araya gelmesi gerekmektedir.<sup>56</sup> Bu düzenleme milli mevzuatların aksine daha detaylı ve komplike bir yapıya sahiptir. Sözleşme, özellikle bu nedenle eleştirilmiş<sup>57</sup> ve sözleşmeye az sayıda ülkenin taraf olması bu eleştirilerin haklı olduğunu bir ölçüde kanıtlamıştır.

Son olarak ise imalatçının sorumluluğuna ilişkin taleplere uygulanacak olan yer hukukunun malın piyasaya veya satışa sürüldüğü yer (pazar yeri) hukuku olması gerektiği belirtilmiştir.<sup>58</sup> Pazar yeri, çeşitli hukuk sistemlerinde tek başına veya diğer bağlanma noktalarıyla beraber zikredilen bir kriter olmuş; hem zarar gören hem de imalatçı açısından uygulanacak olan yer hukukunun önceden belirlenebilen bir yer olmasının avantajlı olacağı ifade edilmiştir. Kişinin bir malı iktisap ederken imalatçısının o ülkede geçerli olan standartlar uyarınca

<sup>53</sup> İsviçre Devletler Özel Kanunu m. 135.

<sup>54</sup> İtalya Devletler Özel Kanunu m. 63; Estonya Usul Kanunu m. 166; Rusya Usul Kanunu m. 1221 f. 1; Beyaz Rusya Usul Kanunu m. 1130 f.1 ve 2 (Graziano, dn.18).

<sup>55</sup> Graziano, s. 1206.

<sup>56</sup> Bkz. Lahey Sözleşmesi m. 4 ve 5.

<sup>57</sup> Wandt, N. 4; Kropholler, § 53 V3; Kegel/Schurig, § 18 IV 3 b; Hein, ZvglRWiss 2003, s. 553.

<sup>58</sup> Graziano, s. 1206.

kendisine karşı sorumlu olacağı konusunda haklı bir beklentisi vardır. Buna karşın, malı iktisap eden kişinin, malı sonradan başka bir ülkeye götürmesi halinde imalatçısının neden malın piyasada olmadığı bir ülke hukukuna göre sorumlu olması gerektiği açıklanamamaktadır. Ancak pazaryeri bağlanma noktasına zarara uğrayan herhangi bir üçüncü kişi bakımından sınırlama getirilmelidir. Bu kişinin talepleri bakımından pazaryeri, bağlanma noktası olarak uygun olmayacaktır, onun yerine zararın meydana geldiği yer hukuku uygulama alanı bulacaktır.<sup>59</sup> Örneğin, Avusturya'da yaşayan A'nın Çek malı bir ütüyü Avusturya'da satın aldığını ve ABD'deki tatili sırasında kullandığını düşünelim. Somut olaydaki ütünün fazla ısınmaya karşı gerekli güvenlik unsurlarıyla donatılmamış, diğer bir ifadeyle ayıplı üretilmiş olması ve A'nın ellerinin bu nedenle yanması durumunda imalatçıya karşı yöneltilecek taleplere uygulanacak olan hukuk Avusturya hukuku olmalıdır. Ancak ABD'de herhangi bir üçüncü kişinin bu ütü yüzünden bir zarara uğraması halinde pazaryeri olan Avusturya değil, zararın meydana geldiği yer olan ABD bağlanma yeri olarak dikkate alınmalıdır.

AT Tüzüğü'nün pazaryeri kriterine ağırlıklı olarak yer vermesi olumlu bir gelişmedir. Her ne kadar Komisyon'un daha önce hazırladığı metinlerde de pazaryeri kriterine olumsuz bir şart olarak yer verilmişse de tüzük metninin son şeklindeki kademeli yapı daha barışlıdır. Zarar gören kişiye bir seçim hakkı tanımak yerine, uygulanacak olan yer hukukunun objektif kurallara bağlanmasının ve ancak iki bağlanma noktasının aynı ülkede olması halinde o ülke hukukunun uygulanmasının daha yerinde olacağı görüşündeyim. Sadece tek bir bağlanma noktasının uygulanacak olan hukuku tespit etmesi halinde zarar gören kişinin menfaatleriyle uyuşmayan bir hukukun uygulanması söz konusu olabilir. Örneğin, Almanya'da ikamet eden bir kişinin Fransız bir imalatçı tarafından üretilen ve Almanya'da da piyasada olan bir malı Kanada'da satın alıp bir zarara uğradığını farzedelim. Bu durumda MÖHUK tasarına göre, zarar görenin seçimi doğrultusunda ya zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku olan Fransız hukuku ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuku olan Kanada hukuku uygulanacaktır. İmalatçının Kanada hukukunun

<sup>59</sup> Wandt, N. 1086 vd; Kropholler, § 53 V3. Zarara uğrayan üçüncü kişiler için tekrar fiil yeri hukukuna bağlanma zarureti doğacağı hakkında bkz. Nomer, s. 279.

uygulanmasını önleyecek olan iddiasında başarılı olması durumunda ise mağdurun malı satın alırken öngöremeyeceği bir hukukla –Fransız hukuku– başbaşa kalması söz konusu olacaktır. Halbuki, aynı olaya Lahey Sözleşmesi'nin 4. maddesini uygularsak zararın meydana geldiği yer ile malın iktisap edildiği yer aynı olduğundan her halde Kanada hukuku; AT Tüzüğü'ne göre ise, malın da aynı ülkede piyasaya sunulmuş olması kaydıyla, zararın meydana geldiği sırada mağdurun mutad meskeni hukuku uygulama alanı bulacaktır ki bu olayımız açısından Almanya olacaktır. Dolayısıyla ancak iki bağlanma noktasının aynı yer hukukunu işaret etmesi halinde o yer hukukunun uygulanması metodunu seçmenin menfaatlerin dengelenmesi açısından daha yerinde olacağı kanaatindeyim. MÖHUK tasarısının 35. maddesinin de bu sistem göz önüne alınarak tekrar gözden geçirilmesi gerektiğini düşünüyorum.

# AİLE İÇİ ŞİDDET VE 4320 SAYILI AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN

Mehmet ERDEM\*

## I. Genel Olarak Ailenin Yasal Yoldan Korunması Gereği

Toplumsal hayatın her alanında görülen şiddet, en önemli etkilerini ve en kalıcı sonuçlarını aile içinde gerçekleştiğinde gösterir. Şiddet aile içinde meydana geldiği takdirde, şiddetin öznesi olan aile bireyinin, özellikle, bu bireyin ebeveyninden biri olması durumunda onun bu pozisyonu şiddeti, şiddet uygulanan aile bireyi açısından daha ağır hale getirmektedir. Özellikle, şiddet uygulanan çocuklar üzerinde şiddetin etkileri çok uzun yıllar devam edebilmekte hatta bazen ömür boyu sürmektedir.<sup>1</sup> Bu durum, sosyal ve psikolojik bir gerçekliktir. Şiddet sevgi, şefkat ve ilginin temeli olması gereken bir kurumda gerçekleştiği takdirde bu durum doğal karşılanmalıdır. Başka bir sosyal gerçeklik ise, aile içinde şiddet uygulayan bireylerin, çocukluklarında aile içinde şiddete maruz kalmış ve/veya şiddete tanık olmuş olmalarıdır.<sup>2</sup>

Aile içi şiddet Ceza Kanunları anlamında suç oluştursa veya Medeni Kanun anlamında boşanma sebebi olsa bile, şiddet uygulanan

---

\* Yrd. Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi.

<sup>1</sup> Karş. Bilgel Nazan/Orhan Hasan, *Aile İçi Şiddet*, in Bilgel Nazan (editör), *Aile Hekimliği*, Bursa 2006, s. 643 vd., s. 652; Polat Oğuz, *Klinik Adli Tıp, Adli Tıp Uygulamaları*, Ankara 2004, s. 148; Uçar Mehmet Ali, *Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası*, Ankara 2003, s. 102.

<sup>2</sup> Bilgel/Orhan, s. 643; Aksoy E./Çetin G./İnancı M.A./Polat O./Sözen M.Ş./Yavuz F., *İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Ders Notları*, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/6.html>. Aile Araştırma Kurumu'nun "Aile İçi Şiddetin Sebepleri ve Sonuçları (1994)" ve "Aile İçinde ve Toplumsal Alanda Şiddet (1998)" konulu araştırmalarının sonuçları bu sonucu açıkça ortaya koymaktadır.

aile bireyinin bu haklarını kullanması her zaman mümkün olmamakta, bazen de çeşitli nedenler, onun bu haklarını kullanmasına engel olmaktadır.<sup>3</sup> Türk toplumsal yapısında ailenin durumu ve eş/kocaya ekonomik anlamda bağımlılık dikkate alındığında, bu hakların kullanılmamasının nedeni daha iyi anlaşılmaktadır.<sup>4</sup>

Medeni Kanun ve ilgili diğer kanunlarda şiddete yönelik olarak dikkate alınabilecek olan koruma ve ceza hükümlerinin kullanılmamasının bir diğer nedeni de, özellikle şiddet uygulanan eşin, kendisine uygulanan şiddeti tam olarak kavrayamaması ve/veya bunu rasyonalleştirmesidir.<sup>5</sup> Öyle ki, şiddete karşı tepki vermenin şiddeti arttıracığına olan inanç, geleneksel anlayışlar, özellikle şiddet uygulanan kadının ailesinin kendisine sahip çıkmaması veya bu durumu olağan görmesi, uygulanan şiddete mümkün olduğunca dayanma gibi bir sonuç doğurmaktadır.<sup>6</sup> Şiddet uygulanan aile bireyinin bu şiddeti hak ettiğini düşünmesi de, uygulanan şiddete karşı bir şey yapılamaması nedenlerinden biridir.<sup>7</sup> Şiddetin nadir aralıklarla gerçekleşmesi durumunda, şiddetin yok sayıldığı bile görülmektedir.<sup>8</sup>

Şiddetin ilk defa gerçekleşiyor olması şiddetin var olmadığını göstermez.<sup>9</sup> İlk şiddet eyleminin arızî bir durum olup olmadığını tahmin etmek çok zordur. Ancak ilk şiddet eylemine karşı tepkisiz kalınması,

<sup>3</sup> Karş. Doğan İzzet, *Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine İlişkin Yasaya Göre Aile Mahkemeleri*, in *Legal Hukuk Dergisi*, Kasım 2006, s. 3395 vd. (atıf: *Aile Mahkemeleri*), s. 3400; Uçar, s. 89.

<sup>4</sup> Bkz., Uçar, s. 89.

<sup>5</sup> Karş. Polat, s. 153; Uçar, s. 93 vd; Aktaş Aliye Mavili, *Aile İçi Şiddet*, Ankara 2006, s. 46 vd. (ayrıca bkz., 50 vd.)

<sup>6</sup> Bkz., Polat, s. 153. Aile Araştırma Kurumu'nun "Aile İçi Şiddetin Sebep ve Sonuçları (1994)" araştırmasına göre şiddete maruz kalanların %80'i yapacak fazla bir şey olmadığına inanmaktadırlar.

<sup>7</sup> Aksoy/Çetin/İnancı/Polat/Sözen/Yavuz, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/6.html>.

<sup>8</sup> Bkz., Uçar, s. 94.

<sup>9</sup> Bilgen Işıl, *Kadın ve Şiddet*, s. 103, in *Töre Cinayetleri*, T.C. Başbakanlık, Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara 1999, s. 103 vd. Ayrıca karş. Uluğ İlknur, *Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Aile İçi Şiddetin Önlenmesi*, in *Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, Eylül 2005, s. 437 vd., s. 439 vd. Bireyin bir defa şiddete maruz kalması halinde 4320 sayılı kanun uygulanmayacağı düşüncesi ile aksi görüşte, Ayan Serkan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara 2004, s. 308. Ancak yazar yine de, şiddetin devam etmesi olasılığının bulunması halinde kanunun uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda da yazar, haklı olarak, şiddete maruz kalan bireyin bu olasılığı ispat yükümlülüğü olmadığını söylemektedir.

şiddet uygulayan aile bireyinin (genelde eşin) şiddete devam edebilmesinin önemli nedenlerinden biridir. Çoğu durumda da ilk şiddet eylemine karşı şiddet uygulanan aile bireyi (genelde karı) hareketsiz ve suskun kalmakta, olaya nasıl tepki vereceğini bilememekte ve sadece beklemekle yetinmektedir. Böyle bir suskunluk ise şiddetin devam etmesine neden olmaktadır.<sup>10</sup>

Şiddet, daha çok eğitim düzeyi düşük ailelerde görülmesine karşılık, genel kanının aksine, eğitim düzeyi yüksek ailelerde de son derece yaygındır.<sup>11</sup> Eğitim düzeyi yüksek ailelerde şiddete uğrayan kadının bu durumu gizlediği, sosyal ve ekonomik konumu gereği bundan utanarak bunu yok saydığı veya en azından çevresine veya koruma sağlayabilecek olan bir makama bildirmediği de bilinmektedir.<sup>12</sup>

Aile içi şiddetin şiddet, şiddet uygulanan birey üzerinde çok derin izler bırakır. Bu etkiler basit ve geçici psikolojik rahatsızlıklardan, intihar ve ölüme kadar giden bir alanda çok değişik şekilde görülebilir<sup>13</sup>. Şiddetin bu şekilde etkileri ve şiddete uğrayan bireyin bununla mücadele edememesi, kendisine tanınan hakları çeşitli nedenlerle kullanamaması özellikle batı toplumlarında sadece aile bireylerini, aile içinde meydana gelen şiddeti önlemeye yönelik düzenlemeler yapmaya yöneltmiştir.

Aslında Medeni Kanun Aile Hukukuna yönelik İkinci Kitabın "Evliliğin Genel Hükümleri" başlığı altında İkinci Bölümünde evlilik birliğinin korunmasına yönelik bir düzenlemeye sahiptir. Evlilik birliğinin korunmasına yönelik bu düzenlemenin niteliği ve bu korunmanın hangi halleri kapsadığı MK m.195'te belirtilmektedir. İlgili hüküm aşağıdaki şekildedir:

*"Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler.*

*Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.*

<sup>10</sup> Bkz., Bilgel/Orhan, s. 644 vd.

<sup>11</sup> Karş. Uçar, s. 87 vd. Aile Araştırma Kurumu'nun "Aile İçinde ve Toplumsal Alanda Şiddet (1998)" araştırmasına göre bireylerin eğitim düzeylerindeki artışa bağlı olarak şiddet eğilimleri azalmaktadır".

<sup>12</sup> Bkz., Uçar, s. 82 vd. ve 93 vd.

<sup>13</sup> Bkz., Uçar, s. 99 vd.



*Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır.”*

Söz konusu hüküm ve devamında korumaya yönelik alınacak tedbirlere bakıldığında, bu düzenlemenin, eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerine aykırı davranışları halinde evlilik düzenini korumak için getirilmiş olduğu hemen görülür. Bu korumaya ilişkin alınacak tedbirlerden bir tanesi olan “Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi” başlıklı MK m.197 kısmen aile içi şiddetin mevcut olduğu durumlarda da devreye girebilecek olan bir hükümdür.<sup>14</sup> Zira, şiddet, hükümde bahsedildiği şekilde şiddete uğrayan eşin kişiliğini ve ailenin huzuru tehlikeye düşürmektedir. Tek ve yetersiz bir tedbir olarak bu hükmün uygulanabilmesi için bile eşlerden birinin, şiddete uğrayan eşin talepte bulunması gerekir. Oysaki aile içi şiddetin bulunduğu durumlarda, şiddete uğrayan eşin, şiddeti rasyonelleştirmesi, haklı bulması, maruz kaldığı bu durumu bildirmekten utanması, geleneksel algılayışlar ve ekonomik kaygılar gibi çeşitli nedenlerle bu yönde hâkimin müdahalesini isteyemediği de bir gerçektir. Bu nedenlerle, kısmen dahi olsa aile içi şiddet halinde de uygulanabilecek olan söz konusu hükümlerin arzu edilen korumayı sağlayamadığı ve sağlayamayacağı bir gerçektir.

Yukarıda söz edilen nedenlerle, aile içi şiddetin olduğu durumlarda, şiddete uğrayan bireylerin taleplerine bile gerek olmadan bu şiddete karşı aile bireylerini korumak gerekmektedir. İnsana özgü ve insanoğlunun başlangıcından beri var olan şiddeti tamamen kaldırmak mümkün olmamakla birlikte, onu asgariye indirecek tedbirleri almak, özellikle aile içi şiddete karşı aile bireylerini korumak devletin temel görevlerinden biridir. Bu görevin bilincinde olan devletler, özellikle son otuz yılda, bu yolda adımlar atmaya başlamışlardır<sup>15</sup>. Bu görev Anayasa’da da “Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak

<sup>14</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Alper, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, İstanbul 2005, s. 254 vd.

<sup>15</sup> Aile içi şiddetin en önemli bölümünü oluşturan kadına yönelik şiddete, uluslararası alanda ilk defa öncelikli sorun olarak 1995 yılında Dördüncü Dünya Kadın Konferansında değinilmiştir. Bu konferansta kabul edilen Pekin Eylem Platformunun teklifleri, Türkiye’nin de aralarında bulunduğu 189 ülke tarafından kabul edilmiştir. Bu konuda bkz., Kocacık Faruk, *Aile İçi İlişkilerde Kadına Yönelik Şiddet*, Sivas 2004, s. 43 vd.

*için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar*" şeklinde ifade edilmiştir (m.41/ II). Türk kanunkoyucusu da bu akımı dikkate alarak 14 Ocak 1998 tarihinde 4320 sayılı "*Ailenin Korunmasına Dair Kanun*" ile aile içi şiddeti önlemeye yönelik düzenleme getirmiştir.

Aile içi şiddete karşı mücadelede son derece yerinde ve gerekli olan bu düzenlemeye rağmen, sadece kanuni bir düzenleme ile aile içi şiddetin tamamen sona ereceğini düşünmek son derece iyimser bir yaklaşım olur. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un yürürlüğe girmesinden bu güne kadarki durum kanunun uygulanması ve aile içi şiddete yönelik veriler de bu yaklaşımın gerçekçi olmadığını doğrulamaktadır.<sup>16</sup> Bununla birlikte, kanunun kısmen dahi olsa belli işlevleri yerine getirdiği ve aile içi şiddetle mücadelede köşe taşlarından biri olduğu da unutulmamalıdır.

Biz bu makalemizde 4320 sayılı kanun çerçevesinde aile içi şiddeti inceleyeceğiz. Bu bağlamda, öncelikle 4320 sayılı kanunda dikkate alınan ailenin kapsamına kimlerin girdiğine değinecek, yine ilgili kanun tarafından bahsedilen şiddetin ne olduğu, kapsamı ve çeşitlerini belirteceğiz. Daha sonra kanunun öngördüğü tedbirleri anlatacak, usul, yetkili ve görevli mahkemeye değinecek ve tedbir kararının niteliğini tartışacağız. Tedbir kararına uymayan eşe uygulanacak yaptırımların anlatılmasıyla çalışmamız sona erecektir.

## II. 4320 Sayılı Kanun Kapsamında Aile

4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, şiddete maruz kalarak korunması istenebilecek olan kişiler olarak eşlerden biri, çocuklar ve aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden bahsetmektedir (m. 1/I). Aslında 4320 sayılı kanunun hükümet tasarısında sadece "*eşlerden birinin veya çocukların*" şiddete maruz kalmasından bahsedilmekteydi. Ancak, kanunun Adalet Komisyonu'ndaki görüşmelerinde koruma altına alınacak kişilerin kapsamı genişletilerek *aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinde* buraya dâhil edilmiştir. Koruma kapsamındaki ailenin içinde eşlerden biri ve çocukların olduklarına kuşku yoktur.

<sup>16</sup> Sadece bir izlenim vermesi için belirtirsek, Emniyet Genel Müdürlüğü verilerine göre 2001 yılında 4 bin 586 aile içi şiddet sonucu 2 ölüm, 2 bin 836 yaralanma, 2002 yılında 5 bin 142 aile içi şiddet sonucu 4 ölüm, 3 bin 150 yaralanma, 2003 yılında 5 bin 682 aile içi şiddet sonucu 2 ölüm, 3 bin 529 yaralanma, 2004 yılında 5 bin 284 aile içi şiddet sonucu 5 ölüm, 3 bin 548 yaralanma meydana gelmiştir.

Zaten kanun, bu kişileri ailenin diğer bireyleri ifadesinden önce açıkça belirtmektedir. Kanunun gerçekten korumak istediği kişinin kadınlar olduğu da bilinmektedir. Asıl sorulması gereken, kanunun bahsettiği ailenin diğer bireylerinin kimler olduğudur. Diğer bir ifade ile ailenin kapsamına kimlerin gireceği, kanunun uygulanması açısından temel noktalardan birisidir.

Öncelikle, bir aileden söz edebilmek için Medeni Kanun anlamında kurulmuş bir evliliğin mevcut olması gerekir. Aile gibi bir arada yaşıyor olsa bile, nikahsız birliktelikler ve nikâhsız birlikteliklerin bir görünümü olan sadece dini nikâha dayanan birliktelikler, 4320 sayılı kanunun tam anlamıyla kapsamında sayılamazlar.<sup>17</sup> Birlikte yaşayan çiftler arasında resmî nikâh olmadığından aralarındaki birliktelik evlilik olarak adlandırılmayacağı için birlikte yaşayan eşler 4320 sayılı kanun kapsamında korunmazlar. Ancak taraflar arasında resmi nikâh olmamakla birlikte, tarafların ortak çocukları şüphesiz Kanunun korunmasından yararlanırlar. Tarafların ortak olmayan çocuklarının durumu ise tartışılabilir. Tarafların ortak olmayan çocukları ve bir arada yaşayan diğer kişiler, maruz kaldıkları şiddete karşı, ancak kendi anne veya babalarına karşı korumaya tabidirler. Birlikte yaşayan diğer eşin kendisinden olmayan çocuklara uyguladığı şiddet ise kanun kapsamında olmayacaktır. Bir arada yaşayan diğer kişiler de, çocuklar gibi, kendi yakınlarından uğradıkları şiddete karşı koruma altındadırlar. Ortak olmayan çocuklara veya diğer bireylere karşı birlikte yaşayan diğer kişi (eş) tarafından şiddet uygulanması halinde, her ne kadar ona karşı bir korunma istenemezse de, diğer eşin hareketsiz kalması, gerçekleştirilen şiddete engel olmaması durumunda, onun bu davranışı da ihmal suretiyle şiddet olarak nitelendirilebildiği durumlarda, ona karşı tedbirler uygulanabilir. Ancak, burada uygulanacak tedbirler

<sup>17</sup> Kanunen yok olarak kabul edilen imam nikâhlı evliliklerin (birlikteliklerin) de 4320 sayılı kanunun kapsamında olduğu düşüncesi ile karşı görüşte Ayan, s. 303. Yazar bu görüşünü 4320 sayılı kanunda aynı çatı altında yaşayan bir aileden bahsetmesine dayandırmaktadır. Yazarın dikkate aldığı menfaatleri kabul etmekle birlikte, 4320 sayılı kanun çerçevesinde böyle bir yorum kabul edilemez. Medeni Kanun anlamında olmayan birlikteliklerde (nikâhsız birliktelikler), eşlerin birbirlerinin şiddetine karşı koruma talep edebilmeleri mümkün değildir. Medeni Kanun anlamında bir evlilik mevcut değilse, 4320 sayılı kanun anlamında da birlikte yaşayan kişiler açısından bir aileden bahsetmek mümkün olmaz.

Bazı mahkemelerin de Medeni Kanun anlamında kabul edilen bir evlilik olmayan, sadece dini nikâha dayalı birliktelikler için de 4320 sayılı kanunu uyguladıkları görülmektedir. Bkz., *Hürriyet Gazetesi*, 22 Nisan 2007, s. 6.

durumun özelliği ve ihmal suretiyle yapılan şiddet göz önünde bulundurarak belirlenmelidir.

Nikâhsız birliktelik ölüm gibi bir nedenle sona ermişse, sağ kalan diğer kişiyle birlikte yaşamaya devam eden ve bu kişinin öz olmayan çocukları veya diğer kişiler artık kanunun kapsamında değerlendirilmelidir.

Bir evlilik mevcut olmakla birlikte bu evliliğin butlanını gerektiren bir nedenin olması önemli değildir. Böyle bir evlilik, butlanına karar verilene kadar kanunun kapsamındadır. 4320 sayılı kanunun eşlerin birbirlerine uyguladıkları şiddetine karşı uygulanabilmesi için evliliğin halen devam etmesi gereklidir. Evlilik boşanma veya iptal gibi bir nedenle sona erdikten sonra artık eşler (eski eşler) kanunun kapsamından çıkar.<sup>18</sup> Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, evlilik butlan, boşanma veya ölüm gibi bir nedenle sona erse bile, eşler dışında halen aile olarak bir arada yaşayan kişiler için kanunun koruması devam eder.<sup>19</sup>

4320 sayılı kanun, ailenin diğer bireyleri demekle yetinmiş, ancak ailenin bir tanımını vermediği gibi, bu diğer kişilerin kimler olabileceğini de belirtmemiştir. Bu nedenle, ailenin içine kimlerin girdiğini belirlemek öğretiyeye ve uygulamaya düşmektedir.

Ailenin kapsamını belirlerken Medeni Kanun hükümleri dikkate alınabilir. Ancak bu da çok belirleyici olmayacaktır. Öncelikle, Medeni Kanun'da da ailenin bir tanımı verilmemiş ve kapsamına kimlerin gireceği belirtilmemiştir. Medeni Kanun'un çeşitli hükümlerinde ailenin kapsamı, hükmün amacı ve korumak istediği menfaatler açısından farklı şekilde belirlenmektedir. Örneğin, aile, eşlerin hakları ve yükümlülükleri, yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi, konutun seçimi, evlilik birliğinin yö-

<sup>18</sup> Kanunun kapsamının, boşanmadan sonra gerçekleşen şiddeti de kapsamına alacak şekilde genişletilmesinin yerinde olacağı düşüncesinde Ayan, 303. Bizce, sona eren bir evlilik sonrasında artık boşanmış eşler açısından 4320 sayılı kanunun uygulanmasını gerektirecek bir menfaat kalmamaktadır. Evlilik sona erdikten sonra meydana gelen şiddete karşı eşlerin başka kanuni imkânları kullanmaları yeterlidir. Bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla 5636 sayılı kanun ile 4320 sayılı kanuna bazı eklemeler yapılmıştır. 5636 sayılı kanun "mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden (burada aile bireyleri ifadesi yerine eş ifadesinin kullanılması yerinde olurdu)" bahsederek, mevhumu muhalifinden, boşanma durumunda, 4320 sayılı kanun uygulanmayacağını belirtmektedir.

<sup>19</sup> Karş. Ayan, s. 310.

netimi, giderlere katılma ve temsil açısından evlilik birliği olarak ifade edilmiş ve böylelikle aile, evlilik birliği olarak belirtilerek sadece eşler dikkate alınmıştır (MK m. 185, 186, 188-191, 195). Sadece eşleri dikkate alan aile yanında, bazı hükümler, ailenin içine eşlerden başka çocukları da katmaktadır (MK m.335 vd.). Medeni Kanun'da daha geniş anlamda aile ise "Ev Düzeni"ni konu edinen hükümlerde belirtilmiştir (MK m. 367 vd.). Bu çok geniş anlamda aile MK 367/II'de ev halkı olarak belirtilmiş, ailenin kapsamında eşler ve çocuklardan başka, kan ve sıhrî hısımlık, işçilik, çıraklık veya benzeri sebeplerle ya da koruma ve gözetme ilişkisi içinde bir arada yaşayan kişiler de gösterilmiştir.<sup>20</sup>

Eşler ve çocuklar doğal olarak ailenin kapsamında yer alan asıl kişilerdir. 4320 sayılı kanun açısından eşlerin ve çocukların aileden sayılmaları konusunda her hangi bir ihtilaf olamaz. Zaten 4320 sayılı kanun diğer aile bireyleri ifadesinden önce eşler ve çocuklar diyerek bu kişileri ayrıca belirtmiştir. Burada sorulması gereken, MK m. 367/II'de belirtilen kişilerin hepsinin 4320 sayılı kanunun korumasına tabi olup olamayacağıdır.

4320 sayılı kanun açısından aile geniş olarak ele alınmakla birlikte, MK m. 367/m.II'de belirtilen kişilerin hepsinin bu kapsamda değerlendirilmeleri, kanunun korumak istediği menfaatler dikkate alındığında mümkün değildir. Bu nedenle, 4320 sayılı kanunun dikkate aldığı ailenin kapsamını, kanunun amacı ve korumak istediği menfaatler gözetilerek belirlenmelidir. Böyle olunca, 4320 sayılı kanun kapsamında ailenin içine, eşler ve çocuklardan başka şu kimseler girmelidir:

- Eşlerin üst soyları;
- Eşlerin ortak olmayan çocukları;
- Eşlerin vesayeti altında olan ve ev içinde birlikte yaşayan kişiler;
- Eşlerden birinin vesayetinde olmamakla birlikte devamlı surette<sup>21</sup> aile ile birlikte yaşayan ve eşlerin koruması altında olan kimseler;
- Eşlerin üst soyları veya ayrı çocukları olmamakla birlikte, ahlaki

<sup>20</sup> Öğretide Ayan (s. 313), 4320 sayılı kanun uygulamasında ailenin, Medeni Kanun (MK 367 II) anlamında en geniş anlamda aileye kadar genişletildiği görüşündedir. Bu konuda belirsiz Uluğ, s. 439 ve 455.

<sup>21</sup> Birlikte yaşamının sürekli nitelik taşıması gerektiği düşüncesi ile aynı yönde, Ayan, s. 312; Uçar, s. 151.

vazifenin ifası amacıyla devamlı surette<sup>22</sup> ailenin korunması altında yaşayan uzak hısımlar.

Yukarıda sayılan kişiler dışındakiler 4320 sayılı kanunun kapsamında kabul edilerek kanunun korunmasına dâhil edilemez. Aslında sayılan kişiler dışındaki kişilerin, ilgili kanunun korunmasına da ihtiyacı yoktur. Başka yasal yaptırımlar ve sözleşmesel ilişkilerden kaynaklanan talepler, bu kişilerin aile içinde şiddete uğramaları halinde, geçici veya sürekli surette aile içinde yaşıyor olsa bile, koruma sağlamaya yeterlidir. Örneğin, ev düzenine ilişkin MK m.367/II'de geçen işçilik, çıraklık gibi nedenlerle ev halkı olarak aile içinde yaşayan kimseler, aile içinde şiddete maruz kalsalar bile, 4320 sayılı kanunun korunması kapsamında değerlendirilemezler. Bunlar içinde buldukları hukuki ilişki, çoğunlukla bir sözleşme veya genel hükümlerden (Ceza Kanunları) yararlanarak uğradıkları şiddete karşı korunabilirler.

### III. Şiddet Kavramı, Kapsamı ve Çeşitleri

Şiddet kavramının zihinlerde uyandırdığı ilk izlenim fiziksel cebir olmakla birlikte; şiddet, sadece bundan ibaret değildir. Şiddet kavramı ve onun kapsamı fiziksel cebirden çok daha geniştir.

Şiddet farklı alanların ilgi ve araştırma konularına giren bir kavramdır. Böyle olunca onu ve özellikle aile içi şiddeti tanımlamak, kapsamını ve sınırlarını belirlemek, hukukçulardan çok sosyologların, psikologların, sosyal psikologların, aile hekimlerinin, adli tıp uzmanlarının ve belki de antropologların alanına girmektedir. Dolayısıyla hukuki anlamda şiddeti belirlerken, bu alanların uzmanlarının yaptığı tanımlamalar ve belirlemeler dikkate alınmalıdır. İlk planda dikkate alınması gereken kişiler ise aile hekimleri ve adli tıp uzmanlarıdır.

Aile içi şiddet, ailenin bir bireyi tarafından diğer bir aile bireyine karşı yapılan ve onun *fiziksel* veya *psikolojik* olarak *ciddi bir zarar* görmesine neden olan *hareket* veya *ihmallerdir*.<sup>23</sup> Aile içi şiddetin tanımı bu olmakla birlikte, 4320 sayılı kanun bu tanımda kabul edilen şid-

<sup>22</sup> Birlikte yaşamamanın sürekli nitelik taşıması gerektiği düşüncesi ile aynı yönde Ayan, s. 312; Uçar, s. 151.

<sup>23</sup> Karş., Bilgel/Orhan, s. 643; Polat, s. 145; Uçar, s. 95; Ayan, s. 307; Uluğ, s. 441. Ayrıca bkz., "Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi Bildirgesi", Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı 48/104, 20 Aralık 1993, m. 2.

deti bütünüyle kapsamına almış değildir. 4320 sayılı kanunun “Genel Gereğe”sinde şiddet, aileden bir bireyin diğer bireye yönelik fiziki, sözel ve duygusal kötü davranışı olarak tanımlanmaktadır. 4320 sayılı kanunun ilk halinde her hangi bir aile bireyi tarafından yapılan şiddeti değil, sadece eşlerden biri tarafından yapılan şiddet konu edinilmekteydi. Ancak 5636 sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonrası, sadece eşler tarafından değil, diğer aile bireyleri tarafından da uygulanan şiddet kanun kapsamına alınmıştır. Ayrıca aile içi şiddetin kapsamına, her türlü hareket ve ihmâl girmekle birlikte, tüm bu hareket ve ihmallerin 4320 sayılı kanun kapsamında olduklarını söylemek zordur. Kanunun *ratio legis*'i, korumak istediği menfaatler dikkate alınarak, hangi hareket veya ihmallerin bu kapsamda oldukları belirlenmelidir.

Öncelikle, bir hareket veya ihmalin 4320 sayılı kanun kapsamında olduğunun kabulü için, o hareket veya ihmalin Ceza Kanunları anlamında suç oluşturması gerekli değildir.<sup>24</sup> Hangi hareket ve ihmallerin kanun kapsamında olduğunu belirlemek için, önce şiddetin türlerini belirlemek ve daha sonra da etkilerini incelemek, bir sonuca varmak açısından daha yararlı olacaktır. Aile içi şiddetin en temel olarak üç farklı tipi olduğu kabul edilmektedir. Bunlar; fiziksel şiddet, psikolojik şiddet ve ekonomik şiddettir.

### A. Fiziksel Şiddet

En yoğun olarak ortaya çıkan aile içi şiddet biçimi olan fiziksel şiddet, şiddet uygulanan bireyi *dövme, hırpalama, sarsma, sürüklenme, bağlama, üzerine yürüme, yaralama, yakma, öldürme, zorla cinsel ilişkide bulunma gibi* eylemlerdir.<sup>25</sup>

### B. Psikolojik Şiddet

Bu çeşit şiddet, *bağırma, aşağılama, fiziksel şiddet uygulama konusunda tehdit etme, aşırı kıskançlık gösterme, kişisel özgürlüğü aşırı bir şekilde sınırlama, makul olmayan surette aile bireyleri ve arkadaşlarıyla iletişim kurmasını yasaklama gibi* şekillerde ortaya çıkar.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Balo Yusuf Solmaz, *Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması*, in Aile ve Toplum, Ekim-Aralık 2003, s. 23 vd., s. 26.

<sup>25</sup> Karş., Polat, s. 146; Aksoy/Çetin/İnancı/Polat/Sözen/Yavuz, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/6.html>; Uçar, s. 85; Bilgel/Orhan, s. 646.

<sup>26</sup> Karş., Aksoy/Çetin/İnancı/Polat/Sözen/Yavuz, <http://www.ttb.org.tr/eweb/>

### C. Ekonomik Şiddet

Bireylerin *çalışmalarının ve gelir sağlamalarının engellenmesi, çalışmaya zorlanmaları, kişisel kazançlara veya malvarlıklarına el koymak, bunları yönetmelerine engel olmak* şeklinde ortaya çıkan davranışlar ekonomik şiddet olarak tanımlanmaktadır.<sup>27</sup>

Şiddetin etkileri her bir şiddet türüne göre değişiklik gösterebilir. Fiziksel şiddette etkiler, daha çok vücudun çeşitli yerlerinde ortaya çıkan bedensel zararlar biçiminde görülür. Hatta bu çeşit şiddet ölüme kadar giden ağır etkiler de gösterir.<sup>28</sup> Çocuk istismarı veya ihmali olarak da tanımlanan çocuklar üzerindeki şiddet, fiziksel olduğu takdirde onlarda gelişme bozukluklarına da neden olabilir. Her türlü şiddette görülmesi muhtemel sonuçlardan bir tanesi de şiddete maruz kalan bireyin intihara yönelmesidir.<sup>29</sup>

Şiddet fiziksel olsa bile, etkileri salt fiziksel boyutta kalmayabilir. Hem fiziksel şiddette hem de psikolojik ve ekonomik şiddette depresyon, korku ve çaresizlik, iletişim bozuklukları, kişilik bozuklukları gibi psikolojik etkiler de ortaya çıkabilir.<sup>30</sup> Çocuklar üzerinde ortaya çıkan psikolojik etkilerin, büyüklere kıyasla daha ağır ve kalıcı olduğu bilinmektedir.

Aile içi şiddet sadece şiddete maruz kalan üzerinde değil, şiddet uygulayan birey üzerinde de çeşitli etkiler bırakabilir. Pişmanlık duyma, utanma, özgüven kaybı gibi psikolojik etkileri nedeniyle hekimler, aile içi şiddet uygulayan bireyin psikolojik destek ve tedaviye ihtiyaç duyduğunu belirtmektedirler.<sup>31</sup>

Şiddet kavramı ve türleri bu şekilde gösterildikten sonra, 4320 sayılı kanunun kapsamına hangi tür şiddetin girdiğini belirleyebiliriz. 4320 sayılı kanunun "*Genel Gerekeçe*"sinde şiddet, aileden bir bireyin

adli/6.html; Polat, s. 146; Uçar, s. 80; Bilgel/Orhan, s. 646.

<sup>27</sup> Karş., Aksoy/Çetin/İnancı/Polat/Sözen/Yavuz, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/6.html>; Polat, s. 146; Uçar, s. 81; Bilgel/Orhan, s. 647.

<sup>28</sup> Emniyet Genel Müdürlüğü verilerine göre aile içi şiddet sonucu 2001 yılında 2 ölüm, 2 bin 836 yaralanma, 2002 yılında 4 ölüm, 3 bin 150 yaralanma, 2003 yılında 2 ölüm, 3 bin 529 yaralanma, 2004 yılında 5 ölüm, 3 bin 548 yaralanma meydana gelmiştir

<sup>29</sup> Bkz., Uçar, s. 100 vd.

<sup>30</sup> Bkz., Uçar, s. 100 vd.; Bilgel/Orhan, s. 652 vd.

<sup>31</sup> Karş. Aksoy/Çetin/İnancı/Polat/Sözen/Yavuz, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/6.html>.



diğer bireye yönelik *fiziki, sözel ve duygusal* kötü davranışı olarak tanımlanmaktadır.

Her şeyden önce, fiziksel şiddetin kanunun kapsamında olduğundan şüphe etmemek gerekir. Zaten kanun asıl ve ilk planda bu çeşit şiddeti dikkate almaktadır. Psikolojik şiddetin bazı boyutları ve ekonomik şiddet konusunda ise tereddütler doğmaktadır. Ancak, ifade etmeliyiz ki, psikolojik ve ekonomik şiddet, fiziksel şiddetin habercisidir.<sup>32</sup>

Bilindiği gibi 4320 sayılı kanun şiddeti tam ve kesin olarak ortadan kaldırmayı amaçlamamaktadır. Kanunun amacı şiddete maruz kalan bireyi bir an önce bu şiddetten kurtarmaktır. Şiddeti kesin olarak ortadan kaldıracak çareler ise daha sonraki aşamada ve çoğunlukla şiddete maruz kalan bireyin talepleriyle gerçekleştirilebilir.

Şiddet tanımına giren her türlü hareket ve ihmal kanun kapsamında değerlendirilemez. Ayrıca bu şiddetin *belirli bir önemde* olması, şiddete maruz kalan bireyin *ciddi zararlar* görmesine neden olması gerekir.<sup>33</sup> Ciddi bir zararın neler olduğuna karar verecek olan, tedbiri uygulayacak olan hâkimdir. Şüphesiz ciddi zarar, sadece fiziksel bir etki ve/veya mevcut bir zarar olarak anlaşılmalıdır. Fiziksel olmamakla birlikte, psikolojik zararlar, çocukların gelişimini etkileyebilecek olan muhtemel gelişme bozuklukları da bu kapsamda değerlendirilmelidir.<sup>34</sup> Derhal ortaya çıkmayan, ama ileride ortaya çıkabilecek olan zararlar da şiddetin etkilerinden olarak değerlendirilmelidir.

Şiddetin ciddi zararlara neden olması şartının aranması gerektiği, özellikle ebeveynin çocuklar üzerindeki tedip hakları açısından da değerlendirilmelidir.<sup>35</sup> Çocukların eğitimi ve gelişimi için, ebeveynin

<sup>32</sup> Polat, s. 146.

<sup>33</sup> Karş., Ayan, s. 309.

<sup>34</sup> Karş., Bakır Selma, *Aile Mahkemeleri*, Ankara 2003, s. 104; Doğan, *Aile Mahkemeleri*, s. 3400.

<sup>35</sup> Tedip hakkı ile çocuğun, ölçüsüz ve amaçlarını aşan bir şekilde fiziki cezaya maruz bırakılması da anlaşılmalıdır. Nitekim, tedip hakkının bu şekilde anlaşılmasından hareketle, "Ana baba, çocuklarını tedip hakkına maliktir" diyen eski MK 267, yeni Medeni Kanun'a alınmamıştır. Ancak, tedip hakkının kanunda düzenlenmemiş olması, velinin bu hakkının bulunmadığı anlamına gelmez. Kanaatimizce, tedip hakkı velayetin doğal bir sonucudur. Makul sınırlar içinde kaldığı takdirde, çocuk gelişimi açısından da kaçınılmazdır. Farklı değerlendirme için bkz., Akıntürk Turgut, *Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku*, İstanbul 2004, s. 402 vd.),

onlar üzerindeki kontrollerinin de bir gereği olarak, onların tedip edilmelerine yönelik her türlü hareket şiddet olarak değerlendirilmemelidir. Aksi halde tedibe yönelik en basit hareket bile 4320 sayılı kanun kapsamında değerlendirilmek zorunda kalınır. Yukarıda verilmiş olan geniş anlamda şiddet tanımı içine girmekle birlikte çocuğa ciddi ve kalıcı zararlar vermeyen, asıl olarak onun gelişimi ve eğitimi için uygulanan davranışlar kanunun kapsamında değerlendirilmemelidir. Aksi halde, çocuğu cezalandırma amacıyla odaya kapatma, kulağını çekme, hafif derecede dövme gibi yanlış doğrudan ayırmalarına yönelik tüm hareketlerin ebeveyne yasaklanmış olduğu gibi bir tereddüt doğabilir. Bu durum ise çocukları şiddetten korumak olarak değerlendirilemeyeceği gibi, onların ahlaki gelişim ve eğitimlerinin mümkün olamaması gibi vahim sonuçlara neden olur. Her zaman tayini çok kolay olmayan şiddet ve tedip hakkı arasındaki sınırı hâkim tayin edecektir. Hâkim bu konuda çocuk eğitimi uzmanlarından destek alabilir.

Fiziksel şiddet dışındaki şiddetin 4320 sayılı kanun kapsamında olup olmadığını belirlemek için şu şekilde bir soru sorulabilir “*bu şiddetin derhal durdurulması şiddete maruz kalan birey için gerekli midir?*”. Eğer hâkimin, şiddeti kaldırabilecek, ailenin huzurunu sağlayacak ve özellikle evliliğin devamını sağlayabilecek nitelikte bir tedbir alması mümkün ise kanunun uygulanması kabul edilebilir. Özellikle bağırma ve aşağılama gibi psikolojik şiddet hareketleri bu anlamda değerlendirilebilir. Bununla birlikte, psikolojik şiddet fiziksel şiddet uygulama konusunda bir tehdit olarak görünüyorsa, bu başlı başına kanunun kapsamında değerlendirilebilir.<sup>36</sup> Aynı şekilde çocukların çalışmaya zorlanmaları da bu kapsamda değerlendirilmelidir. İhmal gibi bir davranışın şiddet kapsamında değerlendirilmesi ise özellikle çocuklar üzerinde mümkün, ancak çok istisnai durumlarda söz konusu olabilir.<sup>37</sup>

Psikolojik ve ekonomik şiddet örneklerinin çoğunda, 4320 sayılı kanunun tedbirleri uygulanmadan başka kanuni imkânlar kullanılarak çözüme varılabilir. Eşe karşı aşırı kıskançlık gösterme, kişisel özgürlüğünü aşırı bir şekilde sınırlama, makul olmayan surette aile bireyleri

<sup>36</sup> Benzer yaklaşım Karagülmez Ali/Ural S. Sezai, *Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri*, Ankara 2003, s. 143.

<sup>37</sup> Pasif davranışların kesinlikle şiddet olarak nitelendirilemeyeceği görüşünde, Ayan, s. 307.

ve arkadaşlarıyla iletişim kurmasını yasaklama gibi psikolojik şiddet veya bireylerin çalışmalarının ve gelir sağlamalarının engellenmesi, kişisel kazançlara veya malvarlıklarına el koymak ve bunları yönetmelerine engel olmak gibi ekonomik şiddete yönelik davranışların varlığı halinde boşanma, velayet ve vesayetin kaldırılması, ceza hükümlerine başvurulması gibi imkânlar kullanılmalıdır. Yoksa 4320 sayılı kanunun uygulanması tatmin edici bir çözüm sağlayamayacaktır.

#### IV. 4320 Sayılı Kanunun Öngördüğü Tedbirler

##### A. Genel Olarak

4320 sayılı kanun şiddet uygulayan eşe veya diğer aile bireyelerine karşı alınacak bazı tedbirler öngörmektedir (m. 1). Hâkim bu tedbirlerden sadece birine başvurabileceği gibi, birkaç tedbire de aynı anda başvurabilir. Hâkim, uygulanacak tedbirler konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olup, kanunda bahsedilen tedbirlerle de bağlı değildir.<sup>38</sup> Kanunun 1. maddesinde de açıkça bahsedildiği üzere hâkim, meselenin mahiyetini dikkate alarak başka tedbirlere de başvurabilir. Hâkim'in kanundaki bir tedbiri veya kanunun bahsettiğinden başka bir tedbiri alırken dikkate alacağı ölçüt, alınacak olan tedbirin şiddeti durdurmak konusunda uygun olup olmadığıdır.

Tedbirin niteliğini uygulanan şiddetin türü ve yoğunluğu belirler. Daha hafif bir tedbir alınmak suretiyle şiddetin önlenmesi mümkün iken, ağır bir tedbire karar verilmesi hâkim takdir yetkisini aşması demektir. Alınacak olan tedbirlerin çoğunlukla kişi hürriyetini sınırlandırabileceği dikkate alınınca hâkim bu konuda çok hassas davranmalıdır.

Hâkim, uygun olan tedbiri belirlerken, ayrıca bu tedbirin ne kadar müddetle uygulanacağına da karar verecektir. Hâkim tedbir süresi açısından sınırlı bir takdir yetkisine sahiptir. Kanunun açıkça bahsettiği üzere, alınacak tedbir kararı altı ayı geçemez. Diğer bir ifade ile hâkim, tedbiri ancak altı aylık maksimum bir süre için öngörebilir. Ancak, alınacak tedbirin niteliği ve şiddet uygulayan eşin durumu dikkate alınarak tedbir kararının daha kısa bir süre için öngörülmesinde hâkim serbesttir.

<sup>38</sup> Uçar, s. 156.

Şiddet her iki eş veya ailenin diğer bireyleri tarafından karşılıklı olarak uygulanıyor olabilir. Örneğin, bir tarafın uyguladığı şiddete karşı, diğer taraf da şiddet uyguluyorsa durum böyledir. Olayların çoğunda bir tarafın fiziksel şiddetine karşı diğer tarafın, çoğunlukla kadının sözel şiddet uyguladığı görülmektedir. Bunun tam tersi bir durum, yani şiddet sözel olarak ilk olarak bir eşten, çoğunlukla kadından kaynaklanmış; buna karşı, diğer eş, koca veya erkek diğer aile bireyi fiziksel veya psikolojik şiddete yönelmiş olabilir. Böyle bir durumda hâkim, tedbiri her iki taraf için öngörebilir. Ancak hâkim her iki taraf için tedbir almak zorunda değildir. Hatta tedbirin alınacağı tarafın şiddeti başlatan taraf olmasına da gerek yoktur. 4320 sayılı kanun öncelikle şiddet uygulanan eş olarak kadını dikkate almakla birlikte, koruma altına alınan kişi sadece onunla sınırlı değildir. Hâkim tedbiri alırken, ailenin diğer bireylerini, özellikle çocukları gözetmek zorundadır.

## B. Hakkında Tedbir Uygulanacak Kişi Olarak Aile Bireyi

Aile içi şiddet, aile bireylerinden herhangi biri tarafından gerçekleştirilebilir. Bununla birlikte, 4320 sayılı kanunun ilk halinde aileyi herhangi bir aile bireyi tarafından gerçekleştirilen şiddete karşı değil, sadece eşlerden biri tarafından gerçekleştirilen şiddete karşı korumaktaydı.<sup>39</sup> Bu sonuç kanunun tedbirin alınabileceği kişi olarak eş ifadesini kullanmasından açıkça anlaşılıyordu. Öğretide, bu durumun yerinde olmadığı, şiddetin diğer aile bireyleri tarafından uygulanması halinde de tedbir alınması gerektiği savunulmuş ve 4320 sayılı kanun düzenlemesi eleştirilmiştir.<sup>40</sup> Bu eleştirilere rağmen, kanunun ilk halinde,

<sup>39</sup> 4320 sayılı kanun 5636 sayılı kanun ile değişiklikten önceki haline yönelik olarak, aile tanımı içinde yer alan bir bireye yani kusurlu eşe bu müeyyide ve tedbirler uygulanırken, kusurlu olabileceği durumlarda diğer aile fertlerine bu müeyyide ve tedbirlerin uygulanmaması, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine ve özellikle 10. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına açıkça aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile kanunun ilgili fıkralarının itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi tarafından iptali istenmiş, ancak mahkeme ilgili fıkraların Anayasa'ya aykırı olmadıklarına karar vererek itirazın reddine karar vermiştir. Kararda, çok haklı olarak, "aile birliğinin korunması ve devamı yönünden eşlerle diğer aile bireylerinin görev ve sorumlulukları aynı olmadığından bunlar arasında eşitlik karşılaştırılması yapılamaz" denmektedir. Karar için bkz., RG 29.3.2003/25063.

<sup>40</sup> Uçar (s. 151), kusurlu eş ifadesinin kusurlu aile bireyi olarak değiştirilmesi gerektiği belirtmekteydi. Aynı görüş Ayan (s. 311), Öztürk Fatma Akyüz, 4320 sayılı Kanun, in 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve 4721 sayılı Medeni Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2003, s. 25 vd., s. 27 ve

metnin açık ifadeleri karşısında, tedbir alınacak kişi, eşler dışında şiddet uygulayan bireyleri de kapsayacak şekilde genişletilemiyordu.<sup>41</sup>

5636 sayılı kanun ile 4320 sayılı kanunda yapılan değişiklik sonrası tedbir, sadece eşlerden birine karşı değil, şiddet uygulayan diğer aile bireylerine karşı da alınabilir. Şiddet uygulayan aile bireyine karşı tedbir alınabilmesi için o aile bireyinin, yukarıda bahsettiğimiz üzere 4320 sayılı kanun kapsamında ailenin tanımına giren kişilerden olması gerekir. Dolayısıyla aile ile daimi surette bir arada yaşamayan veya bir arada yaşasa bile aileden sayılmayan kişilere karşı tedbir alınamaz.

4320 sayılı kanuna 5636 sayılı kanunla yapılan bir ekleme de eşler konusunda olmuştur. Kanunun açık ifadeleri karşısında, çocuklara veya diğer eşe şiddet uygulayan eşe karşı tedbir alınabilmesi için bu kişilerin aynı çatı altında yaşıyor olmaları gerekli değildir. Eşler fiilen veya mahkemece verilen ayrılık kararı sonucu aynı çatı altında yaşıyor olmasalar bile, şiddet uygulayan eşe karşı tedbir alınabilir. 5636 sayılı kanunun *yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin* şeklindeki ifadeleri dilbilgisi açısından hatalıdır. Burada *aile bireylerinden birinin* yerine *eşlerden birinin* denmeliydi. Kanun bu şekilde okunmalıdır.

### C. Kanunda Belirtilen Haller

1. *Aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik söz ve davranışlarda bulunmama*

Kanunun öngördüğü ilk tedbir, şiddet uygulayan aile bireyinin, bu şiddeti durdurması konusunda uyarılmasıdır. Şiddet uygulayan aile bireyine karşı böyle bir uyarının ne kadar etkili olabileceği konusunda tereddütler olabilir. Her türlü tereddüde rağmen, böyle bir uyarının faydasız olacağı bilinse bile bu uyarı yapılmalıdır. Ancak, bu tedbirin tek başına yararlı olmayacağı anlaşılıyorsa, bu tedbirin yanında başka tedbirlere de başvurulmalıdır. Şiddet uygulaması çok yeni ise, yani şiddete ilişkin davranışlar henüz başlangıç aşamasındaysa sadece

Uluğ (s. 455) tarafından da ileri sürülmüştür. 5636 sayılı kanun, 4320 sayılı kanun, yazarların önerdikleri şekilde değiştirmiştir.

<sup>41</sup> Eski düzenleme zamanında Ayan (s. 310) karı ve koca dışında, aile ile birlikte yaşayan ana ve babanın da şiddetine karşı tedbirin uygulanabileceğini belirtmekteydi. Yeni düzenleme ile artık bu konuda bir tereddüt kalmamıştır.

uyarı etkili olabilir. Unutulmamalıdır ki, ilk şiddet hareketlerine sessiz kalınması, şiddetin devamını tetikleyen en önemli etkidir.<sup>42</sup>

Hâkim, tedbire uyulmaması halinde hapis cezası uygulanacağı konusunda şiddet uygulayan aile bireyini ihtar eder. Sadece bu tedbire başvurulması bile, şiddet uygulayan aile bireyinin kanunun öngördüğü hapis cezası baskısı ile şiddete son vermesini sağlayabilir.

*2. Müşterek evden uzaklaştırılarak bu evin diğer aile bireylerine tahsisi ile bu bireylerin birlikte ya da ayrı oturmakta olduğu eve veya işyerlerine yaklaşmama*

Kanunun öngördüğü tedbirlerden bir diğeri, şiddet uygulayan aile bireyinin diğer aile bireylerinin oturdukları eve ve/veya işyerlerine yaklaşmaması konusunda uyarılmasıdır. Şiddet uygulayan aile bireyi aynı evde oturuyorsa ev diğer aile bireylerine tahsis edilir.

Uygulanan şiddetin yoğunluğu bu tedbirin alınmasını haklı kılabilir. Sadece fiziksel şiddet halinde değil, psikolojik ve hatta ekonomik şiddetin olduğu durumlarda da bu tedbirin alınması uygun olabilir. Şüphesiz bu tedbirin alınması gerekliliğini ve bunun uygun olup olmadığını hâkim takdir eder. Hâkim bu tedbiri alırken özellikle çocukların durumlarını (yaşları, cinsiyetleri, psikolojik durumları gibi) dikkate almalıdır.

Tedbir konuta yaklaşmanın yanında, diğer aile bireylerinin işyerlerine yaklaşmamayı da içerebilir. Kanun şiddetin gerçekleşebileceği her alandan şiddet uygulayan aile bireyini uzaklaştırmak istemektedir. Ancak, işyeri, şiddet uygulayan aile bireyi ile birlikte diğer aile bireylerine ait ise ve/veya aile bireylerinin ortak işyeri olduğu durumlarda hâkim menfaatler durumunu ve hükmolunacak nafakayı dikkate alarak bir karar vermelidir. Taraflar bir iş yerinde işçi olarak bulunuyorlarsa, iş yerinin durumu da dikkate alınarak karar verilebilir. Özellikle, büyük bir iş yerinde, iş yerinin durumu ve işin özelliği imkân verdiği oranda, iş yerinde diğer aile bireylerine belli mesafelere kadar yaklaşmama konusunda tedbir alınabilir.

Tedbirde yaklaşılması istenilen konutun aile konutu olmasının

<sup>42</sup> Karş., Bilgel/Orhan, s. 644.

önemi yoktur.<sup>43</sup> Aile konutu olmasa bile, ailenin geçici olarak oturduğu konuta yaklaşılması da istenebilir.

Tedbir kararı, konuta ve işyerlerine yaklaşmamanın yanında diğer aile bireylerinin okullarına ve/veya geçici olarak buldukları (yurt, hastane gibi) başka yerlere yaklaşılmasını da içerebilir.

Hâkim tedbir kararında söz konusu yerlere hangi mesafelere kadar yaklaşılmayacağını belirleyebilir. Böyle bir belirleme yoksa yaklaşmama kararı, aile bireyleri tarafından görülemeyecek olan bir alanı kapsar.

### 3. Aile bireylerinin eşyalarına zarar vermeme

Aile bireylerinin eşyalarına zarar verilmesi ekonomik şiddetin bir görünümü olarak ortaya çıkabileceği gibi, fiziksel şiddetin bir sonucu olarak da ortaya çıkabilir. Tedbir alınacağı hallerde, şiddet uygulayan aile bireyi, henüz herhangi bir eşyaya zarar vermemekle birlikte, şiddet uygulamaması konusunda uyarılması durumunda, şiddetini diğer aile bireylerinin eşyalarına yöneltebilir. Hâkim böyle bir durumun meydana geleceğini düşünüyorsa, bu tedbire başvurması yerinde olur.

Zarar verilmemesi istenilen eşyalar şiddet uygulayan aile bireyine ait olmakla birlikte, ailenin ortak kullanımına tahsis edilmiş ise tedbir bu eşyalara yönelik olarak da öngörülebilir.<sup>44</sup> Eşyanın taşınır veya taşınmaz olmasının veya sadece manevi değerinin olmasının önemi yoktur.<sup>45</sup>

Zarar verme ifadesi geniş olarak yorumlanmalıdır. Eşyanın değerini azaltan veya kullanımını işlevsiz kılan herhangi bir davranış (malı tahrip etme, kasten hasara uğramasına neden olma, satma, devretme vs.) bu bağlamda değerlendirilmelidir. Ancak, satma ve devretme gibi işlemler, ilgili eşyanın şiddet uygulayan aile bireyine ait olup ta ailenin ortak kullanımına tahsis edilmiş olması durumunda daha hassas değerlendirilmelidir. Zira, böyle bir tedbir mülkiyet hakkının sınırlandırılmasını konu edinmiş olacaktır (bk. Anayasa m. 35/II).

<sup>43</sup> Ayan, s. 326; Uluğ, s. 445.

<sup>44</sup> Uçar, s. 157; Uluğ, s. 446.

<sup>45</sup> Uluğ, s. 446.

#### 4. Aile bireylerini iletişim araçları ile rahatsız etmeme

Kanun, başka tedbirler ile evden ve/veya iş yerinden uzaklaştırılan şiddet uygulayan aile bireyinin iletişim araçlarıyla diğer aile bireylerine psikolojik şiddet uygulamasına engel olmak istemektedir. İletişim aracının ne olduğunun önemi yoktur. Telefon, telgraf, faks, posta, elektronik posta gibi tüm iletişim araçları bu kapsamdadır. Kanunun bu konuda geniş yorumlanması gerekir. Bu nedenle, herhangi bir kişiyle haber gönderilmesi de bu kapsama girer.

Ayan'ın da haklı olarak belirttiği üzere, kanun diğer aile bireyleriyle kurulan her türlü iletişim yasaklamamaktadır.<sup>46</sup> Burada, ilgili kişilerin iletişim araçlarıyla *rahatsız edilmesi*, onların *huzurunun kaçırılması* yasaklanmaktadır. Şiddet uygulayan aile bireyi, rahatsız etme niteliğinde olmamak şartıyla diğer aile bireyleri ile iletişim kurabilir. Ancak, haklı nedenlerin varlığı halinde hâkim her türlü iletişimi yasaklayabilir.

#### 5. Varsa silah veya benzeri araçlarını genel kolluk kuvvetlerine teslim etme

Şiddet uygulayan aile bireyinin, silah ya da benzeri araçlarla diğer aile bireylerine zarar verme tehlikesi varsa, hâkim tedbir olarak bu silah veya benzeri araçların genel kolluk kuvvetlerine teslim edilmesini emredebilir. Bu tedbire başvurulabilmesi için, şiddet uygulayan aile bireyinin o zamana kadar şiddet uygulamalarında bu araçlara başvurmuş olmasına gerek yoktur. Hatta, uygulanan şiddet fiziksel şiddet olmasa bile hâkim bir tehlikenin var olduğunu düşünüyorsa, bu tedbire başvurabilir.

Silah benzeri araçların neler olduklarını takdir etmek hâkime düşer. Ancak gerçek silah olmasa bile yaralayıcı nitelikteki ateşli silah benzerleri, tüfek, bazı delici veya kesici aletler bu kapsamda değerlendirilebilir.

Hâkim, bu araçların teslimi için şiddet uygulayan aile bireyine, teslim konusunda bir süre tayin etmelidir. Belirlenen teslim süresinde söz konusu araçlar teslim edilmediği takdirde, emre uyulmaması nedeniyle kanunda bahsedilen hapis cezasına karar verilir.

<sup>46</sup> Karş., Ayan, s. 328.



6. *Alkollü veya uyuşturucu herhangi bir madde kullanılmış olarak şiddet mağdurunun yaşamakta olduğu konuta veya işyerine gelmeme veya bu yerlerde bu maddeleri kullanmama*

Bu tedbirin uygulanması, özellikle alkol ve/veya uyuşturucunun şiddete neden olduğu, tetiklediği veya uygulanan şiddeti arttırdığı hallerde önem ifade eder.<sup>47</sup> Tedbir bu maddelerin ortak konutta kullanılmaması ile birlikte bu maddeleri kullanmış olarak, onların etkisi altında konuta gelmemeyi de içermelidir. Koruma tedbirinin amacı alkol ve uyuşturucu kullanılmasını yasaklamak değil, bunların etkisiyle ortaya çıkabilecek olan şiddeti engellemektir. Dolayısıyla bu iki tedbir birbirinden ayrılamaz.

Tedbire rağmen ortak konutta alkol veya uyuşturucu kullanmak ya da söz konusu maddelerin etkisi altında ortak konuta gelmek tedbire aykırı davranılması anlamındadır. Yani, tedbire aykırı davranıldığına kabulü için bu maddelerin etkisi altında şiddet uygulanmış olması aranmaz.

Kanaatimizce, şiddet uygulayan eşin hiçbir suretle alkol kullanmamasına ilişkin tedbir kararı vermek mümkün değildir. Bu tarz bir tedbir kararı kişi özgürlüklerini, kanunun amacını aşan bir şekilde, aşırı olarak kısıtlama anlamına geleceği için kabul edilemez.

Hâkim, şiddet uygulayan aile bireyinin ortak konuttan uzaklaştırılması, diğer aile bireylerinin oturmakta olduğu konuta ve/veya iş yerlerine yaklaşmaması konusunda bir tedbir almış ise, artık bahsedilen bu tedbire gerek yoktur.

#### 7. *Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurma*

4320 sayılı kanunun ilk halinde böyle bir tedbir öngörülmemektedir. 5636 sayılı kanun ile getirilmiş olan bu tedbir bizce son derece yerinde olmuştur. Hatta 5636 sayılı kanun ile getirilen değişiklik ve yenilikler içinde en uygun olanı bu tedbir olmuştur.

Aile hekimlerinin ve adli tıp uzmanlarının da belirttiği üzere şiddetin kaynağında bazı biyolojik nedenler yer alabilir.<sup>48</sup> Bu nedenler,

<sup>47</sup> Aile Araştırma Kurumu'nun "Aile İçinde ve Toplumsal Alanda Şiddet (1998)" konulu araştırmasına göre alkol ile şiddet arasında da açık bir ilişki görülmektedir.

<sup>48</sup> Bilgel/Orhan, s. 644; Aksoy/Çetin/İnancı/Polat/Sözen/Yavuz, <http://www.>

özellikle erkeklik hormonlarının etkisi, şizofreni, paranoid şizofreni gibi akıl hastalıkları ve anti-sosyal kişilik bozukluğu gibi ruhsal rahatsızlıklar olabilir. Şiddetin temelinde böylesi rahatsızlıklar olması ihtimali çok kuvvetlidir.<sup>49</sup> Bu nedenle, şiddet uygulayan eşin bu tür rahatsızlıkların etkisinde olması şüphesi ile hâkim, şiddet uygulayan eşin tıbbi destek alması konusunda tedbir almalıdır.

Yine, adli tıp uzmanlarının belirttiği üzere şiddetin, şiddet uygulayan aile bireyi üzerinde de etkileri olabilir. Bu etkiler de dikkate alınarak, onlara *mutlaka psikolojik tedavi ve destek sağlanmalıdır*<sup>50</sup>. Sağlıklı bir ruh yapısına sahip olan bir bireyin şiddet uygulama gibi bir davranışa girmesi çoğunlukla mümkün görülemeyeceği için, şiddet davranışı gösteren bireylerin psikolojik destek ve tedaviye tabi tutulmaları son derece yerinde olacaktır. Tedavi ve desteğin türü ve süresini hekimlerin görüşleri doğrultusunda hâkim belirler. Şayet şartları gerçekleştiyse hâkim, MK m. 432 vd. hükümlerine göre şiddet uygulayan aile bireyinin koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması suretiyle tedavi altına alınmasına da karar verebilir. Şiddet uygulama fiili MK m.432 anlamında serserilik olarak nitelendirilebilir.

#### D. Başka Tedbirler

Yukarıda da değindiğimiz gibi hâkimin alabileceği tedbirler kanunda bahsedilenlerle sınırlı değildir.<sup>51</sup> Hâkim somut olayın özelliklerini dikkate alarak şiddetin durmasını sağlayabilecek olan tedbirleri serbestçe takdir eder. Kanunda bahsedilen bir veya birkaç tedbiri aynı anda öngörmesi mümkün olduğu gibi, kanundaki tedbirlerle birlikte başka bir veya birkaç tedbire de karar verebilir.

Tedbir alınırken şiddetin seviyesi, sıklığı ve özellikle şiddetin türü belirleyici olmalıdır. Ayrıca, şiddetin nedenleri de hâkim tarafından özellikle incelenmelidir. Şiddetin uygulandığı bireylerin kişisel özellikleri ve korunma ihtiyaçları açısından da alınacak tedbir önem taşır.

ttb.org.tr/eweb/adli/6.html.

<sup>49</sup> Karş., Bilgel/Orhan, s. 644.

<sup>50</sup> Bilgel/Orhan, s. 653. Ayrıca bkz., Göktepe İnci, *4320 Sayılı Kanunun Uygulanmasına Dair Örnekler*, in 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve 4721 sayılı Medeni Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2003, s. 31 vd., s. 33.

<sup>51</sup> Karş., Uçar, s. 156 ve 159; Balo, s. 26.

Öncelikle şiddet hareketleri Ceza Kanunları anlamında kamu davası açılmasını gerektiriyorsa, hâkim Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunmalıdır.

Yine şiddet uygulayan aile bireyinin, bu şiddet eyleminin temelinde yer alan ve şiddeti tetikleyen veya arttıran davranışları akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı gibi Medeni Kanun'da bahsedilen kişinin kısıtlanmasını gerektirecek nedenlerden kaynaklanıyorsa, hâkim şiddet uygulayan kişinin kısıtlanmasına karar verebilir.<sup>52</sup> Tedbir kararını verecek olan mahkeme, kısıtlama kararı vermek konusunda yetkili olan mahkeme değilse, hâkim, durumu yetkili vesayet makamına bildirmelidir.

Şiddetin çocuklara uygulanması halinde hâkim, şiddet uygulayan eşin çocuklar üzerindeki velayetinin MK m. 348 hükmüne binaen kaldırılmasına karar verebilir.<sup>53</sup> Bu durumda velayet kuralı olarak diğer eşe bırakılır. Diğer eş, çocuk üzerinde uygulanan şiddet konusunda isteyerek veya istemeden sessiz kalmış olması durumunda hâkim onun velayetini de kaldırabilir. Bu durumda çocuklara bir vasi atanır (MK m. 348/II). Tedbir kararını uygulayan mahkeme velayet konusunda yetkili mahkeme değilse durumu derhal yetkili mahkemeye bildirmelidir.

Aynı şekilde çocuklar üzerinde uygulanan şiddet halinde velayetin kaldırılmasına gerek olmadan MK 347 I gereğince çocuk veya çocukların ana ve babadan alınarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesine karar verebilir.<sup>54</sup> Tedbiri uygulayacak olan mahkeme MK m. 347/I'de belirtilen tedbirin alınması konusunda yetkili değilse durumu yetkili mahkeme bildirmelidir.

Şiddet uygulayan aile bireyi herhangi bir kişinin (aile bireylerinden biri veya aile dışı bir kişi) vasisi ise, bu davranışı vesayet görevinin yürütülmesi konusunda *görevin ağır surette savsaklanması ve/veya güven sarsıcı bir davranış* olarak nitelendirilmelidir.<sup>55</sup> Bu nedenle, şiddet uygulayan aile bireyinin MK m. 483/I gereğince vasilik görevinden alınması gerekir. Tedbir kararını alan mahkeme durumu yetkili vesayet makamına bildirmelidir.

<sup>52</sup> Kısıtlama konusunda bkz., Dural/Öğüz/Gümüş, s. 577 vd.

<sup>53</sup> Karş., Dural/Öğüz/Gümüş, s. 531 vd.

<sup>54</sup> Karş., Dural/Öğüz/Gümüş, s. 529 vd.

<sup>55</sup> Karş., Dural/Öğüz/Gümüş, s. 672 ve 673.

Şiddet uygulayan aile bireyinin değil, diğer aile bireylerinden birinin bir vasilik görevi varsa ve vesayet altındaki kişi aile ile birlikte yaşıyorsa, bu durumda da vasi görevden alınmalıdır. Şiddet vesayet altındaki kişiye yönelik olmasa bile, vasi görevden alınması bu halde bir gereklilik olarak belirmektedir. Zira aile ile birlikte yaşayan vesayet altındaki kişi, şiddet kendisine yönelmemiş olsa bile fiziksel ve ruhsal olarak muhtemel ve hatta yakın bir tehlike içindedir. Vasinin bu durumda kusuru olmasa bile, MK m.483/II anlamında görevini yapmakta yetersizliği söz konusudur.<sup>56</sup>

### V. Tedbir Kararının Niteliği ve Kusurlu Eş İfadesinin Anlamı ve Sonuçları

Şiddetin varlığını şiddete maruz kalan kişinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi üzerine öğrenen hâkim, 4320 sayılı kanun gereği re'sen harekete geçer.<sup>57</sup> Şiddete maruz kalan kişinin talebinin gerekli olmaması, aile içi şiddet olgusu dikkate alındığında, son derece yerindedir.<sup>58</sup>

Kanun şiddet gerçekleşmesi durumunda hâkimin acilen duruma müdahale ederek bunun kaldırılması için gerekli olanları yapmasını, bazı tedbirler almasını öngörmektedir. Şiddete ilişkin ciddi iddiaların ve bilgilerin varlığı halinde şiddetin mutlak surette gerçekleştiğine ilişkin kapsamlı bir araştırma yapması hâkimden beklenilemez.<sup>59</sup> Haddizatında şiddetin gerçekten olup olmadığına ilişkin böylesine kapsamlı bir araştırma, acilen şiddetin durdurulmasına yönelik koruma sağla-

<sup>56</sup> Karş., Dural/Öğüz/Gümüş, s. 674.

<sup>57</sup> Bazı mahkemelerinin, davadan feragat edilmesi ve HUMK 409 uyarınca davanın açılmamış sayılması, takipsizlik nedeniyle davanın müracaata kalması yönünde 4320 sayılı kanuna aykırı, son derece hatalı kararları da bulunmaktadır. Bu kararlardan bazıları için bkz., Uçar, s. 170, 171, 174 ve 175. Oysaki 4320 sayılı kanun uygulamasında davadan feragat veya takipsizlik nedeniyle davanın müracaata bırakılması söz konusu olamaz.

<sup>58</sup> Ayan, s. 314.

<sup>59</sup> Yargıtay 2. HD 18.9.2003, 9980/11604, in Şahin Emin, Aile Hukuku Davaları Tatbikatı, Ankara 2004, s. 1427 vd Başka kararlar için bkz., Şahin, s. 1428 vd. Ayrıca bkz., Doğan İzzet, 4320 Sayılı Ailenin Korunması Hakkında Yasanın Uygulanmasına İlişkin Bir İnceleme, in Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2004, s. 2235 vd. (atf: *İnceleme*), s. 2237; Ayan, s. 316. İhtiyati tedbirler açısından "yaklaşık ispatın yeterli olması" kuralı için bkz., Yılmaz Ejder, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, Cilt I, Ankara 2001, s. 893 vd.

yan bir kanun açısından da yerinde olmaz. Uygulamanın da bu yönde olduğu görülmekte, hâkimin şiddetin var olduğuna ilişkin kanaate varması yeterli kabul edilmektedir.<sup>60</sup> Şiddetin var olduğu konusunda ciddi bir şüphe tedbir almak açısından yeterlidir. Hâkim, şiddet uyguladığı iddia edilen tarafı dinlemeden de karar verebilir.<sup>61</sup>

Kanunun gerçekleştirmek istediği koruma ve koruma amacına yönelik tedbirlerin geçici niteliği, mahkemenin verdiği koruma kararının niteliğini tartışmayı gerektirir. Sadece bahsettiğimiz bu nitelikleri bile 4320 sayılı kanun dairesinde verilen kararların, diğer mahkeme kararlarından farklı olduğunu göstermektedir. Aslında, burada nitelik ve kararın alınma tarzı açısından bir mahkeme kararından çok, bir idari karar benzeri durumun var olduğu görülmektedir. Ancak, kişi özgürlükleri ile doğrudan bağlantılı olması nedeniyle böyle bir kararın, tedbirin her hangi bir idari makam tarafından alınmasını uygun görmeyen kanunkoyucu, bu kararın alınmasını yerinde bir davranışla hâkime bırakmıştır. Ancak, bu niteliği ile karar, etkileri bakımından diğer mahkeme kararlarından ayrı değerlendirilmelidir. Belki tedbire ilişkin hâkim kararı *bağımsız bir kazaî sonucu olmayan bir işlem*<sup>62</sup> olarak değerlendirilebilir.

4320 sayılı kanun çerçevesinde alınan *geçici hukuki koruma* sağlayan tedbirler, Yargıtay'ın haklı olarak belirttiği üzere hukuki nitelik itibarıyla *ihtiyati tedbir* niteliğindedirler.<sup>63</sup> Kanaatimizce, burada, *düzenleme amaçlı* bir ihtiyati tedbir söz konusudur.<sup>64</sup> 4320 sayılı kanun gereği alınan tedbirler, kural olarak, ihtiyati tedbiri genel olarak düzenleyen HUMK 101 vd. maddeleri uygulamasına tabi değildir. 4320 sayılı kanunun öncelikli olarak uygulanacağı bu tedbirler, ancak ilgili kanunda uygulanacak bir hüküm bulunmaması halinde, HUMK 101

<sup>60</sup> Bkz., Doğan, *Aile Mahkemeleri*, s. 3400.

<sup>61</sup> Yargıtay 2. HD 18.9.2003, 9980/11604, in Şahin, s. 1427 vd Başka kararlar için bkz., Şahin, s. 1428 vd.

<sup>62</sup> EMK 132 hükmü çerçevesinde ihtar açısından yapılan aynı nitelendirme için bkz., 27.3.1957 tarih ve 10/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, RG 9641. 2001 tarihli MK 164 II, EMK 132'den farklı olarak bu konuda açıklık getirmiştir.

<sup>63</sup> Yargıtay 2. HD 18.9.2003, 9980/11604, in Şahin, s. 1427 vd. Başka kararlar için bkz., Şahin, s. 1428 vd. Bkz., Öztürk, s. 26. Ayrıca bkz., Yılmaz, s. 170 ve özellikle s. 759 vd.

<sup>64</sup> İhtiyati tedbirlerin amaçlarına göre yapılan ayırım konusunda bkz., Üstündağ Saim, *İhtiyati Tedbirler*, İstanbul 1981, s. 13 vd., ve ayrıca bkz., s. 30 vd.; Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul 2006, s. 619. Ayrıca bkz., Yılmaz, s. 170.

vd. maddelerinin uygulamasını gerektirir.<sup>65</sup> Bununla birlikte, 4320 sayılı kanun gereğince alınacak olan tedbirlerin özel niteliği, HUMK'nun ihtiyati tedbire ilişkin bütün hükümlerinin uygulanmasına imkân vermez. HUMK 101 vd. maddeleri, ancak 4320 sayılı kanunun niteliğine uygun düşmesi halinde uygulanma imkânına sahiptir.<sup>66</sup>

Yargıtay, 4320 sayılı kanuna göre alınan tedbirler açısından, HUMK m.109 dışında, HUMK m. 105, 106, 107 ve 108'in uygulanmasını gerektiğini kabul etmektedir.<sup>67</sup> Yargıtay'ın bu yöndeki içtihadı ilke olarak kabul edilse bile, HUMK'nun bahsedilen ilgili hükümlerin tümünün 4320 sayılı kanun kapsamında uygulanması bizce mümkün değildir. Öncelikle, HUMK m. 105'in uygulanması, 4320 sayılı kanunun tedbirin nasıl alınacağını belirtmesi karşısında uygulama imkânına sahip değildir.<sup>68</sup> Hâkim, tedbir almadan önce veya sonra duruşma açmaya karar verse bile, HUMK m. 105, Tebligat Kanunu m. 5 ve Tebligat Tüzüğü m. 6 uygulanamaz.

4320 sayılı kanun gereği yapılan başvuru gerçek anlamda bir dava değildir. Dava açmak söz konusu olmadığı gibi, şiddet uygulanan kişinin de başvurması gibi bir zorunluluk yoktur. Şiddetin varlığını Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bildirmesi üzerine öğrenen hâkim, 4320 sayılı kanun gereği re'sen harekete geçer. Durum böyle olunca, davacının talebini dikkate alan HUMK m. 105 ve diğer ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanması 4320 sayılı kanunun amacına aykırıdır. Dolayısıyla, tebligat masraflarının devlet tarafından karşılanması kabul edilmek zorundadır.

Yine, HUMK m. 106, tedbir kararlarını uygulayacak makam 4320 sayılı kanunun 2. maddesinde belirtildiği üzere, uygulama alanına sahip değildir. Bununla birlikte, ihtiyati tedbir kararlarına karşı itirazı düzenleyen HUMK m. 107, 4320 sayılı kanun kapsamındaki tedbirlere

<sup>65</sup> Bkz., Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 620.

<sup>66</sup> Karş., Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 620. İhtiyati tedbirlere ilişkin özel hükümlerin bulunması halinde, artık genel hükümlerin uygulama alanı bulamayacağı düşüncesinde Üstündağ, s. 7. Kanaatimizce yazarın buradaki ifadesi, özel düzenlemenin bulunduğu durumlarda, genel düzenlemenin özeli dışlar biçimde ve ilk planda uygulanamayacağı şeklinde anlaşılmalı gerektir. Yoksa yazar, bizce, özel hükümde boşluk bulunması halinde, genel hükmün uygulanamayacağını ifade etmemektedir.

<sup>67</sup> Yargıtay 2. HD 18.9.2003, 9980/11604, in Şahin, s. 1427 vd.

<sup>68</sup> Öztürk, s. 26.

karşı da uygulanma imkânına sahiptir. Kanaatimizce bu itiraz, HUMK m. 108/I'de belirtildiği şekilde dilekçe ile yapılmak zorunda değildir. Mahkemeye sözlü itiraz da geçerli kabul edilmelidir.<sup>69</sup> Ayrıca itiraz herhangi bir süreye tabi değildir. Tedbir kararı geçerli olduğu sürece, karara itiraz edilebilir. HUMK m.108/II'deki 10 günlük itiraz süresi burada uygulanmaz.<sup>70</sup>

4320 sayılı tedbir kararına uyulmaması halinde, cezai yaptırım yine ilgili kanun tarafından öngörülmüş olup, HUMK m. 113/A'da öngörülen cezai yaptırım, tedbir uygulanan aile bireyine karşı uygulanmaz.<sup>71</sup>

4320 sayılı kanuna göre verilen kararlar kesindir.<sup>72</sup> Bunlara karşı herhangi bir kanun yoluna başvurulamaz. Daha üst bir mahkemeye şikâyet yolu kapalıdır. Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeleri esnasında kanuna bir hüküm eklenerek, tedbir kararına karşı *Asliye Hukuk Mahkemesine itiraz imkânı* getirilmişti. Ancak, kanunun Genel Kurul görüşmelerinde komisyon tarafından eklenen bu hükme karşı çıkılmış, mahkemenin kararının kesin olması gerektiği görüşü dile getirilmiştir. Yapılan eleştirilerin Genel Kurul'da kabul görmesi üzerine düzenleme, Adalet Komisyonu'nda eklenen *Asliye Hukuk Mahkemesi'ne itiraz imkânı* kaldırılarak, kanunlaşmıştır.

Kanunun amacının, son derece yerinde olarak, şiddeti bir an önce durdurmak ve şiddete uğrayan bireylere bir an önce nefes aldirmek olduğu ortadadır. Ancak tedbir kararının kişi hürriyetlerine müdahalesi gözden uzak tutulmamalıdır. Üstelik tedbir kararları hâkimin re'sen harekete geçtiği ve şiddet şüphesi halinde bile öngörülebilecek olan bir usulü mümkün kılar. Böyle olunca, bu kararlara karşı herhangi bir itiraz yolunun öngörülmemiş olması son derece sakıncalıdır. Kanaatimizce, Adalet Komisyonu tarafından kanuna eklenen *Asliye Hukuk Mahkemesi'ne itiraz imkânı* korunmalıydı. Hâkimin re'sen harekete geçtiği ve mağdurun şikâyetine bakılmaksızın, üstelik *Asliye Hukuk Mahkemesi'ne* yapılacak itirazın tedbir kararının yürütülmesini durdurmayacak olması durumu karşısında, bu eklemenin herhangi bir

<sup>69</sup> Karş., Ayan, s. 318.

<sup>70</sup> Aksi görüş Karınca Eray, *Aile İçi Şiddet Mağdurunun Hukuki Korunmasına İlişkin Düzenlemeler*, in Terazi Hukuk Dergisi, Mayıs 2007, s. 127 vd, s. 132.

<sup>71</sup> Ayan, s. 317 dn. 379.

<sup>72</sup> Yargıtay 2. HD 18.9.2003, 9980/11604, in Şahin, s. 1427 vd. Başka kararlar için bkz., Şahin, s. 1428 vd. Aynı yönde Uçar, s. 153.

sakınca doğuracağı ve şiddeti arttıracacağı şeklindeki eleştiriye katılmıyorum. Temel hak ve özgürlükleri bu denli doğrudan etkileyen kararların, hiç bir kontrole tabi olmaması, hukuki güvenlik açısından son derece sakıncalıdır.<sup>73</sup>

4320 sayılı kanun tedbirlerin alınacağı kişi olarak eşi belirtirken, *şiddet uygulayan, uyguladığı şüphesi olan veya uyguladığı iddia edilen eş* ifadesi kullanmak yerine, doğrudan kusurlu eş ifadesini kullanmaktır (m. 1). Böyle bir ifadenin kullanılması da yerinde olmamıştır. Bu ifadenin kanunda kullanılmış olması karşısında, bunun hukuki sonuçlarını değerlendirmek gerekir.

Tedbir kararının alınış biçimi, bu kararın başka kararlara etkisi olmaması sonucunu doğurur. Diğer bir ifade ile tedbir kararının *maddi anlamda kesin hüküm etkisi yoktur*.<sup>74</sup> Bunun sonucu olarak, tedbir kararı, örneğin eşler arasındaki boşanma davasında kesin delil olarak ileri sürülemez.<sup>75</sup> Kendisi hakkında şiddet uyguladığı iddiası üzerine tedbir alınan eşe karşı boşanma davası açılması durumunda, tedbir kararındaki kusurlu eş ifadesi ile yetinilmeyerek, onun kusurlu olduğu boşanma davasında ayrıca karşı tarafça ispatlanmalıdır. Uygulamada *kesin hükmün kesin delil olma etkisinden yararlanmak amacıyla, kötü niyetli olarak boşanma davası açmak isteyen eşin, boşanma davasından önce 4320 sayılı kanun çerçevesinde şikâyette bulunduğu bilinmektedir*. Bu türlü suiistimallerin önüne geçmek açısından da, boşanma davasına bakacak hâkim, alınan tedbir kararını ve kararda geçen kusurlu eş ibaresini hiçbir surette dikkate almamalıdır. Boşanma davasında eşin kusurlu olup olmadığı bağımsız olarak ayrıca değerlendirilmelidir.<sup>76</sup>

Boşanma davası açacak olan eş, karşı tarafı kusurlu durumda göstermek için, gerçek olmamasına rağmen, diğer eşin şiddet uygu-

<sup>73</sup> Öğretide Ayan (s. 319), verilen tedbir kararlarına karşı temyize başvurulması imkânının getirilmesi gerektiği ileri sürmektedir. Bizce temyiz gerekli olmamakla birlikte, en azından Asliye Hukuk Mahkemesine itiraz imkânı tanınmalıydı. Ayrıca bkz., Yılmaz, s. 925 vd.

<sup>74</sup> Karş., Üstündağ, s. 54; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 622; Alangoya Yavuz/Yıldırım M. Kamil/Yıldırım Nevhis, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 5. Bası, İstanbul 2005, s. 443;

<sup>75</sup> Bkz., Doğan, *İnceleme*, s. 2238.

<sup>76</sup> Vardığımız bu sonuç, davanın esasını çözümleyecek biçimde ihtiyati tedbir kararı verilemez ilkesinin doğal bir sonucudur. Bu konu hakkında bkz., Kuru Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Bası, Cilt IV, İstanbul 2001, s. 4312 vd.



ladığını ileri sürerek 4320 sayılı kanun çerçevesinde tedbir alınmasını istemiş veya kendi bilgisi altında üçüncü bir kişi böyle bir bildirimde bulunmuş ise, sadece bu durumun varlığı bile *kendisinin* kusurlu olduğunu göstermektedir. Böyle bir davranışın sonucunda evlilik birliği temelinden sarsılmış olursa, şiddete maruz kaldığını iddia ederek 4320 sayılı kanun gereği tedbir alınmasını isteyen eşin kusurlu kabul edileceği, çoğu durumda açık bir biçimde ortadadır.<sup>77</sup>

## VI. Görevli ve Yetkili Mahkeme

4320 sayılı kanun m. 1/1’de görevli mahkeme Sulh Hukuk Mahkemesi olarak belirtilmekteydi. Ancak, daha sonra 4787 sayılı “*Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun*” ile Sulh Hukuk Mahkemesi’ne verilen görev, aile mahkemelerine devredilmiştir. 4787 sayılı kanunun m. 9 b. 1 “14.1.1998 tarihli ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un 1. maddesinin birinci fıkrasındaki ‘Sulh Hâkimi’ ibaresi ‘Aile Mahkemesi Hâkimi’ olarak değiştirilmiştir” hükmü ile görevli mahkemeyi belirtmektedir. Aile Mahkemesi bulunmayan bir yerde görevli mahkeme Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemesi’dir (4787 m. 2/II).

4320 sayılı kanun uygulanmasında yetkili mahkeme konusunda herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Herhangi bir yer mahkemesi 4320 sayılı kanun kapsamında tedbir almaya yetkilidir.<sup>78</sup>

## VII. Tedbirle Birlikte Nafakaya Hükmolunması

Hâkim gerekli gördüğü takdirde tedbir kararı ile birlikte, re’sen tedbir nafakasına da karar verebilir. Tedbir nafakasına kural olarak, aile bireyinin konuttan uzaklaştırılması halinde hükmedilecektir. Bununla birlikte hâkim, durumun özelliklerine göre, aile bireyinin konuttan

<sup>77</sup> Benzer bir durumda Yargıtay, çok eski bir kararında kadının kocası aleyhine hırsızlık ihbarında bulunması ve bunun doğru çıkmaması halinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını ve ihbarda bulunan kadının kusurlu olduğunu kabul etmiştir, Yargıtay 2. HD, 2.5.1933, 770/665, in Olgaç Senai, *Türk Medeni Kanunu Şerhi*, İstanbul 1967, mad. 130 N 48.

<sup>78</sup> Doğan, *Aile Mahkemeleri*, s. 3400 (ve ayrıca *İnceleme*, s. 2238); Şahin, s. 1427; Ayan, s. 306; Uluğ, s. 450.

uzaklaştırılmadığı durumlarda da tedbir nafakasına karar verebilir.<sup>79</sup> Tedbir nafakası konusunda hâkim, MK m.169' u kıyasen uygular.<sup>80</sup>

Şiddet uygulayan eş aleyhine daha önceden Türk Medenî Kanunu uyarınca nafaka bağlanmasına karar verilmiş ise artık 4320 sayılı kanun gereğince ayrıca nafakaya hükmedilemeyecektir (m. 2/ III).

Nafakaya karar verilmesi halinde, bunun ödenmesi icra hukuku kurallarına göre talep edilir.<sup>81</sup> 4320 sayılı kanunun 5636 sayılı kanunla değişmeden önceki halinde nafaka taleplerinin icraya konulmasında, genel icra hukuku kuralları gereği harç yatırmak gerekiyordu. Ancak yapılan değişiklik ile artık tedbir kararında belirlenen nafaka taleplerine yönelik icra işlemlerinden harç alınmayacaktır.

Tedbir nafakası sadece eş aleyhine değil, şiddet uygulayan diğer aile bireyleri aleyhine de hükmolunabilir. Ancak, eşler dışındaki aile bireyleri aleyhine nafakaya hükmolunabilmesi için, o bireyin ailenin geçimini sağlayan veya ailenin geçimine katkıda bulunan bir kişi olması gerekir. Bu kişiler aleyhine hükmolunacak nafaka miktarı, onların önceden yaptıkları harcamalardan ve katkılardan daha fazla takdir edilmemelidir.

### VIII. Karara Uyulmamasının Yaptırımları

Kanunun belirttiği üzere tedbir kararında, tedbire uyulmaması halinde, aleyhine tedbir verilen kişinin tutuklanacağı ve hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedileceği hususu ihtar olunur (m. 1/II *in fine*). Tedbir kararının ihtarı, şiddet uyguladığı iddia edilen kişiye tefhim veya tebliğ suretiyle gerçekleştirilir.<sup>82</sup> Kendisine ihtar da bulunulmamış olan kişi hakkında, tedbir kararına uymadığı gerekçesi ile ceza davası açılmaz.<sup>83</sup> Tedbir kararının başlangıç anı eşe ihtar anıdır.

Tedbir kararına uyulmaması halinde Cumhuriyet Başsavcılığı koruma kararın aykırı davranan eş hakkında Sulh Ceza Mahkemesi'nde, herhangi bir şikâyete gerek olmadan, kamu davası açar (mad. 2 III).<sup>84</sup>

<sup>79</sup> Uluğ, s. 453. Aksi görüş Ayan, s. 331.

<sup>80</sup> Tedbir nafakası konusunda bkz., Dural/Öğüz/Gümüş, s. 130 vd.

<sup>81</sup> Uçar, s. 153.

<sup>82</sup> Karardan haberdar olmanın yeterli olduğu görüşünde Karınca, s. 134.

<sup>83</sup> Bkz., Yargıtay 7. CD 25.5.2001, 8757/9614.

<sup>84</sup> Bazı mahkemelerin 4320 sayılı kanuna aykırılıktan açılan davalarda zarar gören

Açılan kamu davası üzerine tedbire uymama davranışı başka bir suç oluştursa bile, ayrıca 3 aydan altı aya kadar hapis cezasına hükmolunur (m. 2 IV).

4320 sayılı kanun ile getirilen bu cezanın, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlali olduğu ileri sürülmektedir. Bu fikre göre hâkim, sadece kanunda belirtilen tedbirleri değil, kanunda öngörülmeyen başka tedbirlere de karar verebildiği için, bu karar uyulmaması halinde öngörülen suç kıyas yasağını ihlal etmektedir.<sup>85</sup> 4320 sayılı kanun ile öngörülen suçun maddi unsuru mahkeme tarafından verilen karara uyulmamasıdır.<sup>86</sup> Maddi unsur bu şekilde belirlendikten sonra, mahkeme kararının içeriği, suçun maddi unsurunda herhangi bir değişiklik yaratmaz. Mahkeme kararının içeriği kanunda öngörülen bir tedbir veya hâkimin takdirine bırakılan başka bir tedbir olabilir. Burada kıyastan bahsetmek de söz konusu değildir. Haddizatında bu nitelikte bir suç, ilk defa 4320 sayılı kanunla getirilmiş değildir. Örneğin, eski TCK'nın "Buyruğu Dinlememek" başlıklı 526. maddesi de benzer bir hüküm içermektedir. Yine 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesi "Emre Aykırı Davranış" başlığı ile aynı nitelikte, benzer bir hüküm içermektedir. Hatta bu hükme göre, riayet edilmeyen emir sadece bir mahkeme kararı olmak zorunda değildir. Verilen emir herhangi bir idari makam tarafından verilmiş olsa da suç gerçekleşmektedir. Bu hallerde, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmek yerinde değildir. Mahkeme kararının içeriği ne olursa olsun, suç o karara uyulmaması halinde gerçekleşir.

4320 sayılı kanununun 3. maddesi, ceza davasının duruşmasının "Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Kanunu" hükümlerine göre yapılacağını belirtmektedir. Ancak, 8.6.1936 tarihli ve 3005 sayılı "Meşhud

---

kişinin şikâyetinden vazgeçmesini dikkate alarak, yerinde olmayan bir şekilde, beraat kararı verdiği görülmektedir. Bu kararlardan bazıları için bkz., Uçar, s. 180 ve 183. 4320 sayılı kanun tedbir kararına aykırılık halinde kamu davası açılacağını öngörmektedir. Kamu davasında suçtan mağdur olan kişinin şikâyetinden vazgeçmesi nedeniyle beraat kararı verilmesi mümkün değildir. Aynı yönde Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 20.8.1998 tarihli ve 3.2.55.1998 sayılı Görüş Yazısı.

<sup>85</sup> Hacıoğlu Burhan Caner, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'la İhdas edilen 'Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a Muhalefet Suçu' Üzerine Bir İnceleme, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/BFHacioglu.html>, N 17 (aynı zamanda in Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt III, Sayı 1, s. 40 vd).

<sup>86</sup> Karş. Hacıoğlu, N 17.

*Suçların Muhakeme Usulü Kanunu*” 23.3.2005 tarih ve 5320 sayılı “*Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*”un 18. maddesi ile 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla, artık yargılama 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre yapılacaktır.

## AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN

**Kanun Numarası** : 4320  
**Kabul Tarihi** : 14/1/1998  
**Yayımlandığı R. Gazete** : Tarih: 17/1/1998 Sayısı: 23233

### Madde 1 - (Değişik: 26/4/2007-5636/1 md.)

Türk Medenî Kanununda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak, eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığını kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığı’nın bildirmesi üzerine Aile Mahkemesi hâkimi meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re’sen aşağıda sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başka tedbirlere de hükmedebilir:

Kusurlu eşin veya diğer aile bireyinin;

a. Aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik söz ve davranışlarda bulunmaması,

b. Müşterek evden uzaklaştırılarak bu evin diğer aile bireylerine tahsisi ile bu bireylerin birlikte ya da ayrı oturmakta olduğu eve veya işyerlerine yaklaşmaması,

c. Aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesi,

ç. Aile bireylerini iletişim araçları ile rahatsız etmemesi,

d. Varsa silah veya benzeri araçlarını genel kolluk kuvvetlerine teslim etmesi,

e. Alkollü veya uyuşturucu herhangi bir madde kullanılmış olarak şiddet mağdurunun yaşamakta olduğu konuta veya işyerine gelmemesi veya bu yerlerde bu maddeleri kullanmaması,

f. Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması.

Yukarıdaki hükümlerin uygulanması amacıyla öngörülen süre altı ayı geçemez ve kararda hükmolunan tedbirlere aykırı davranılması halinde tutuklanacağı ve hakkında hapis cezasına hükmedileceği hususu şiddet uygulayan eş veya diğer aile bireyine ihtar olunur.

Eğer şiddeti uygulayan eş veya diğer aile bireyi aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi ise hâkim bu konuda mağdurların yaşam düzeylerini göz önünde bulundurarak daha önce Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre nafakaya hkmedilmemiş olması kaydıyla talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedebilir.

Bu Kanun kapsamındaki başvurular ve verilen kararın infazı için yapılan icraē işlemler harca tâbi değildir.

### **Madde 2 - (Değişik: 26/4/2007-5636/2 md.)**

Koruma kararının bir rneği mahkemece Cumhuriyet Başsavcılığı'na tevdi olunur. Cumhuriyet Başsavcılığı kararın uygulanmasını genel kolluk kuvvetleri marifeti ile izler.

Koruma kararına uyulmaması halinde genel kolluk kuvvetleri, mağdurların şikâyet dilekçesi vermesine gerek kalmadan re'sen soruşturma yaparak evrakı en kısa zamanda Cumhuriyet Başsavcılığı'na intikal ettirir.

Cumhuriyet Başsavcılığı koruma kararına uymayan eş veya diğer aile bireyleri hakkında Sulh Ceza Mahkemesi'nde kamu davası aar.

Fiili başka bir suç oluşursa bile, koruma kararına aykırı davranan eş veya diğer aile bireyleri hakkında ayrıca üç aydan altı aya kadar hapis cezasına hükmolunur.

Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin hususlar netmelikle düzenlenir.

**Madde 3 -** Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

**Madde 4 -** Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

# ÇEVRE DÜZENİ PLANINA İLİŞKİN GÜNCEL DÜZENLEMELER VE SORUNLAR

Halit YILMAZ\*

Üst ölçekli planlamaya ilişkin hukuk kurallarının tutarlılığı ve zorlayıcılığı, planlama kültürü ve ciddiyetinin göstergelerinden biri olsa gerekir. 3194 sayılı İmar Kanunu, üst ölçekli planları “*varsa*” bağlayıcı kabul ederek bu konudaki ilk zaafı bugüne kadar sürdürmüştür. Örneğin, 3194 sayılı kanunun 5. maddesi, nazım imar planını tanımlarken tanımın bir unsurunu “*varsa bölge veya çevre düzeni planlarına*” uygunluk olarak ortaya koymuştur. Benzer bir düzenleme aynı kanunun 8(b) maddesinde tekrar edilmiştir.<sup>1</sup>

Sorunun bir diğer boyutu, düzenlemelerin 3194 sayılı kanunun 5. maddesindeki kadar açık olmamasından kaynaklanmış, özellikle çevre düzeni planı yapma konusundaki gelişim, bu sefer yetki sorunlarıyla aksamaya başlamıştır. Planlama konusunda merkezi yönetim/yerel yönetim dengesini bir türlü tutturamayan sistem, bir de merkezi yönetim birimlerinin kendi aralarındaki yetki sorunlarını yaşamıştır. Öyle ki sorun, bir bakanlığın diğerinin işlemine karşı iptal davası açtığı ilginç boyutlar kazanmıştır.<sup>2</sup>

Son yıllarda üst ölçekli bir plan türü olan çevre düzeni planı konusundaki düzenlemelerde, önemli yeniliklere tanık olduk. Yasa koyu-

---

\* Yrd. Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> “3194 sayılı kanunun 8. maddesinin (b) bendinde, nazım imar planı ve uygulama imar planının mevcut ise çevre düzeni planına uygun olacağı belirtildiğinden, 1/25.000 ölçekli çevre düzeni planının bulunmadığı durumlarda 1/5000 ve 1/1000 ölçekli planların yapılabileceği, çevre düzeni planının mahkemece iptal edilmesi durumunda ise, üst ölçekli imar planı bulunmasa dahi idarenin nazım imar planı ve uygulama imar planı yapma yetkisi bulunduğundan,...iptal kararındaki gerekçelerin de değerlendirilmesi ve plan yapımına ilişkin ilkelere uyulması suretiyle 1/5000 ve 1/1000 ölçekli planların yapılabileceği. ...” D., 1. Daire, E.:2006/765, K.: 2007/79, K.T.:05/02/2007, D.D., S. 115, 2007, s. 11.

<sup>2</sup> Bkz. Keleş, Ruşen (2003): *İmar Hukukuna Giriş*, s. 144.

cunun, planlama, özellikle üst ölçekli planlama konusundaki düzenlemeleri geliştirme konusundaki eğilimi umut verici olsa da, getirilen yeniliklerin, bazı özensizlikler nedeniyle, yeni bazı sorunları beraberinde getirmesi muhtemel görünmektedir.

## I. ÇEVRE DÜZENİ PLANININ ANLAM VE İÇERİĞİ

3984 sayılı İmar Kanunu'nun "Tanımlar" başlığını taşıyan 5. maddesinde çevre düzeni planı, "Ülke ve bölge plan kararlarına uygun olarak konut, sanayi, tarım, turizm, ulaşım gibi yerleşme ve arazi kullanılması kararlarını belirleyen plan" şeklinde tanımlanmıştır.

01/05/2003 tarih ve 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2/(h) maddesi bakanlığın görevlerinden birini saymakla birlikte, bu görev tanımından çevre düzeni planına ilişkin bir tanım çıkarılması mümkündür. Bu düzenlemeden şu şekilde bir tanım çıkarılabilir: "Dengeli ve sürekli kalkınma amacına uygun olarak ekonomik kararlarla ekolojik kararların bir arada düşünülmesine imkân veren rasyonel doğal kaynak kullanımını sağlamak üzere, kalkınma plânları ve bölge plânları temel alınarak yapılan planlar çevre düzeni plânlarıdır." 3984 sayılı kanun, çevre düzeni planını konusu itibariyle tanımlarken; 4856 sayılı kanun'dan çıkan tanım da daha çok amaç unsuru ön plana çıkmaktadır.

04/11/2000 tarihli *Resmî Gazete*'de yayımlanan ve halen yürürlükte olan Çevre Bakanlığı'nın çıkardığı Çevre Düzeni Planlarının Yapılması Esaslarına Dair Yönetmelik'in "Tanımlar" başlığını taşıyan 4. maddesi çevre düzeni planını "Ülke ve Bölge plan kararlarına uygun olarak konut, sanayi, tarım, turizm, ulaşım gibi yerleşme ve arazi kullanım kararlarını belirleyen ve 1/25.000, 1/50.000, 1/100.000 veya daha küçük ölçekli olarak hazırlanan plan" şeklinde tanımlamıştır.

Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nca çıkarılmış olan Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik'in<sup>3</sup> "Tanımlar" başlığını taşıyan 3. mad-

<sup>3</sup> Bu Yönetmelik'in "çevre düzeni planı" na ilişkin hükümleri 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun'un Geçici 6. maddesi uyarınca Bayındırlık ve İskân Bakanlığının onaylayacağı planlar açısından yürürlükte dir. (Bkz. D., İ.D.D.K., E.:2003/87, K.:2005/196, K.T.:31/03/2005, D.D., S. 110, 2005, s. 56-57.) Diğer bir deyişle söz konusu Yönetmelik hükümleri bugün yürürlükte olan yasaların öngördüğü çevre düzeni planları açısından bağlayıcı değildir. Biz burada Yönetmelik'in tanımını sadece imar hukukundaki çevre düzeni planı kavramının

desinde çevre düzeni planı, “Konut, sanayi, tarım, turizm, ulaşım gibi sektörler ile kentsel-kırsal yapı ve gelişme ile doğal ve kültürel değerler arasında koruma-kullanma dengesini sağlayan ve arazi kullanım kararlarını belirleyen yönetsel, mekansal ve işlevsel bütünlük gösteren sınırlar içinde, varsa bölge planı kararlarına uygun olarak yapılan, idareler arası koordinasyon esaslarını belirleyen, 1/25.000, 1/50.000, 1/100.000, veya 1/200.000 ölçekte hazırlanan, plan notları ve raporuyla bir bütün olan plandır.” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı Yönetmelik’in 4/1. maddesine göre, “Çevre düzeni planı sınırları, yönetsel, mekânsal ve işlevsel bütünlük arz eden bir veya birden fazla il sınırları bütününe veya bir kısmını kapsayacak şekilde belirlenir.”

Verilen örneklerden yola çıkarak, çevre düzeni planının tanımını şu şekilde toparlayabiliriz: “Ülke ve bölge plan kararlarına uygun olarak, dengeli ve sürekli kalkınma amacını gerçekleştirmek üzere koruma kullanma dengesini sağlayan, mekansal, işlevsel ve yönetsel bütünlük gösteren alanlarda temel arazi kullanım kararlarını belirleyen, 1/25.000, 1/50.000, 1/100.000, veya 1/200.000 ölçekte hazırlanan, plan notları ve raporuyla bir bütün olan plandır.”<sup>4</sup> Hukukumuzda çevre düzeni planının amaç, içerik ve ölçek bakımından genel olarak bu şekilde anlaşıldığı açıktır.

Bu noktada çevre düzeni planının temel karakteristiğini ve amacını ortaya koymak güç değildir. Çevre düzeni planı, arazi kullanımına ilişkin ana kararları içerir. Diğer bir deyişle, çevre düzeni planında nerede ve ne büyüklükte sanayi, turizm, tarım bölgeleri, kentsel veya kırsal yerleşmeler, su toplama havzası ve su kaynaklarını koruma kuşakları vs. belirlenir.<sup>5</sup>

Bu belirlemeler yapılırken öne çıkan en önemli özellik, koruma-kullanma dengesinin sağlanmasıdır.<sup>6</sup> Esasen 4856 sayılı kanunda yer alan “ekonomik kararlarla ekolojik kararların bir arada düşünülmesine imkân verme ve rasyonel doğal kaynak kullanımını sağlama” özelliği, koruma-

---

yerleşik anlamını ortaya koyabilmek için veriyoruz.

<sup>4</sup> Daha kapsamlı bir tanım için bkz. Kalabalık, Halil (2002): İmar Hukuku, s. 59.

<sup>5</sup> Ünal, Şeref (2003): Türk Şehir Planlama Hukuku, s. 28.

<sup>6</sup> “...ele alınacak tüm plan çalışmaları özünde bir koruma planı olarak değerlendirilmelidir. Bilindiği gibi planlama eyleminde temel hedef, eldeki kaynakların koruma kullanma dengesi içinde değerlendirilmesi olmak durumundadır.” Kiper, Perihan (2005): “Koruma Amaçlı İmar Planına Eleştirel Bir Bakış”, Planlama, S. 31, s. 26. O halde imar hukukundaki planlama olgusunun özünü teşkil eden bu özelliği sadece çevre düzeni planına özgülemek doğru değildir. Bununla birlikte koruma kullanma dengesinin, temel çerçevesi ve ilkelerinin çevre düzeni planında belirlendiğini söyleyebiliriz.



kullanma dengesinin bir başka ifade biçimidir. Bu özellik nedeniyle çevre düzeni planının, arazi kullanımına ilişkin temel ilkeleri koymak bakımından, fiziki düzenleme yönünden daha çok ekolojik kaygıları ön plana çıkararak, çevre koruma amaçlı bir plan türü olduğu şeklinde yorumlar yapılmıştır.<sup>7</sup> Aşağıda üzerinde duracağımız 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda yapılan değişiklikler, yasa koyucunun çevre düzeni planını çevre koruma işlevine bağlamak konusundaki eğilimini çok daha açık bir biçimde ortaya koymaktadır.

Çevre düzeni planının bir başka özelliği, içerdiği sınırların, yönetsel, mekânsal ve işlevsel bütünlük arz etmesi gereğidir. Bu özellik, çevre düzeni planının kapsayacağı düzenleme alanının tespitinde önem taşır.

## II. ÇEVRE DÜZENİ PLANI TÜRLERİ

Çevre düzeni planlarını yapma yetkisi konusunda, Çevre Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskân Bakanlığı arasında uzun süren yetki tartışması,<sup>8</sup> bugün çözülmüş görünmektedir. 01/05/2003 tarih ve 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2/(h) maddesinde, "*Dengeli ve sürekli kalkınma amacına uygun olarak ekonomik kararlarla ekolojik kararların bir arada düşünülmesine imkân veren rasyonel doğal kaynak kullanımını sağlamak üzere, kalkınma plânları ve bölge plânları temel alınarak çevre düzeni plânlarını hazırlamak veya hazırlatmak, onaylamak, uygulanmasını sağlamak*" Çevre ve Orman Bakanlığının yetki ve görevleri arasında sayılmıştır.<sup>9</sup>

Yetki sorunu bu noktada açıklığa kavuşturulmuşken; bu sefer 22/02/2005 tarih ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ile "*İl Çevre Düzeni Planı*" hem de yerel yönetimlerin yetkili kılınmasıyla imar hukukumuzda girmiş, merkezi yönetimdeki yetki sorununun bu sefer merkezi yönetim/yerel yönetim arasında doğması ihtimali ortaya çıkmıştır. Bu ihtimalden olsa gerek bir başka düzenleme yapılmış, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 9. maddesi 26/04/2006 tarih ve 5491 sayılı kanunun 6. maddesiyle değiştirilmiş ve çevre düzeni planı konusun-

<sup>7</sup> Orta, Elif (2006): İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi ve Plan Çatışması, s. 154.

<sup>8</sup> Bkz. Orta, Elif (2006): s. 47-52; Ünal(2003): s. 34-35.

<sup>9</sup> Bir Danıştay kararı da çevre düzeni planlarını yapma yetkisinin Çevre ve Orman Bakanlığına ait olduğunu dolaylı da olsa teyit etmekteydi. Bkz. D., İ.D.D.G.K., E.: 2001/380, K.: 2004/552, K.T.: 06/05/2004, D.K.D., S.6, s. 47. Çevre ve Orman Bakanlığının çevre düzeni planlarında yetkili kılınması olasılığı yerinde bulunmayarak eleştirilmişti. Bkz. Ünal(2003): s. 111.

da merkezi yönetimin yetkisi yeniden tanımlanmıştır. Bu değişiklik, yetkinin Çevre ve Orman Bakanlığı'na ait olduğunu bir kez daha teyit etmektedir; ama Bakanlığın yapacağı çevre düzeni planı ile il çevre düzeni planı arasında herhangi bir ilişki kurmadığı için, bazı belirsizlikleri de sürdürmektedir.

Bakanlığın yapacağı çevre düzeni planı ile il çevre düzeni planı arasındaki ilişkiyi, mevcut düzenlemeler çerçevesinde ortaya koymaya çalışacağız. Ancak buna girişmeden önce, kısaca aktarılan bu sürecin Türkiye'de zaten zayıf olan planlamaya ilişkin mevzuattaki plansızlığı ve rasgele gelişimi ortaya koyduğunu belirtmek isteriz.<sup>10</sup>

### A. İl Çevre Düzeni Planı

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesinde, "İl Çevre Düzeni Planları" ile ilgili olarak, mevzuatımızda daha önce bulunmayan düzenlemeler getirilmiştir. Söz konusu kanunun 6/1(a) maddesine göre, il özel idaresi "...Belediye sınırları il sınırı olan Büyükşehir Belediyeleri hariç ilin çevre düzeni plânını, ...yapmakla görevli ve yetkilidir." Aynı maddenin 4. fıkrasına göre de, "İl çevre düzeni plânı; valinin koordinasyonunda, büyükşehirlerde büyükşehir belediyeleri, diğer illerde il belediyesi ve il özel idaresi ile birlikte yapılır. İl çevre düzeni plânı belediye meclisi ile il genel meclisi tarafından onaylanır. Belediye sınırları il sınırı olan Büyükşehir Belediyelerinde il çevre düzeni planı ilgili Büyükşehir Belediyeleri tarafından yapılır veya yaptırılır ve doğrudan Belediye Meclisi tarafından onaylanır." 03/07/2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun "Meclisin Görev ve Yetkileri" başlığını taşıyan 18(c) maddesi, belediye meclisinin, "Belediyenin imar plânlarını görüşmek ve onaylamak, büyükşehir ve il belediyelerinde il çevre düzeni plânını kabul etmek" görev ve yetkisinin bulunduğunu düzenlemiştir. Düzenlemenin devamında "Belediye sınırları il sınırı olan Büyükşehir Belediyelerinde il çevre düzeni planı ilgili Büyükşehir Belediyeleri tarafından yapılır veya yaptırılır ve doğrudan Belediye Meclisi tarafından onaylanır." düzenlemesi getirilmiştir. O halde 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ve 5393 sayılı Belediye Kanunu "il çevre düzeni planı" adını taşıyan bir plan türü öngörmüş ve bu konuda yetkiyi yerel yönetimlere vermiştir.

<sup>10</sup> Yukarıda sözü edilen yasaların gerekçelerine bakıldığında bu değişikliklerin niçin bu şekilde birbirini takip etmiş olduğunu ve amacın ne olduğunu açıklayan anlamlı bir gerekçe bulmak mümkün değildir.

İl çevre düzeni planının özel bir tanımı yapılmamıştır. O halde çevre düzeni planına ilişkin bizim başlangıçta vermeye çalıştığımız klasik nitelik burada da geçerlidir. Aslında burada “il çevre düzeni planı” ifadesinde, il ölçeği zikredilerek yer yönünden yetki ifade edilmek istenmiştir. Diğer bir deyişle, il çevre düzeni planını farklı kılan maddi boyut, esas değil yer yönünden yetki boyutudur. Burada hemen belirtmek gerekir ki, çevre düzeni planının amacı ve içeriği göz önünde bulundurulduğunda, bu plana ilişkin yetkinin, suni bir belirleme olan “il” ölçeğiyle sınırlandırılması eleştirilebilir.<sup>11</sup> Ancak birazdan söz edeceğimiz merkezi yönetimin yetkisi, bu eleştiriyi büyük ölçüde bertaraf edecek niteliktedir.

İl çevre düzeni planının ölçeğine ilişkin herhangi bir açık belirleme yapılmamıştır. 5216 sayılı kanunun 7. maddesinde büyükşehir belediyesinin görev ve yetkileri sayılırken, (b) bendinde “Çevre düzeni plânına uygun olmak kaydıyla, büyükşehir belediye ve mücavir alan sınırları içinde 1/5.000 ile 1/25.000 arasındaki her ölçekte nazım imar plânını yapmak, yaptırmak ve onaylayarak uygulamak” yetkisi de düzenmiştir. Aynı kanunun Geçici 1. maddesi de “Büyükşehir belediyeleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde büyükşehirin 1/25.000 ölçekli nazım imar plânlarını yapar veya yaptırır.” düzenlemesini getirmiştir. Kanun nazım imar planı ile çevre düzeni planından ayrı ayrı söz ettiğine ve nazım imar planı için üst sınır olarak 1/25.000 ölçeğini kabul ettiğine göre, il çevre düzeni planını en azından büyükşehir belediyelerinin bulunduğu illerde 1/50.000 ve daha üst ölçekli bir plan olarak kabul etmek gerekir.<sup>12</sup> Ölçeğe ilişkin sorunları yetki bağlamında aşağıda ele alacağız.

Burada son olarak bazı usul sorunlarına değinmek gerekir. Belediye sınırları il sınırı olan Büyükşehir Belediyeleri açısından, il çevre düzeni planının yapımı konusunda herhangi bir yetki ve usul sorunu yoktur. Belediye sınırları il sınırı olan büyükşehir belediyeleri için, sadece büyükşehir belediyesinin yetkili kılınmış olması, bu durumlarda

<sup>11</sup> Bkz. Orta, (2006): s. 160.

<sup>12</sup> Öğretide 1/50.000 ölçekli planlar için “metropoliten alan çevre düzeni planı”, 1/25.000 ölçekli planlar için de “çevre düzeni nazım planı” adlarını kullananlar vardır. Bkz. Ünal (2003): s. 28. Yine bu noktada 1/50.000 ölçekli olup da “nazım imar planı” olarak adlandırılan planların varlığı bir başka sorundur. Bkz. D., İ.D.D.G.K., E.: 2004/745, K.: 2004/861, K.T.: 21/10/2004, D.K.D., S.6, 2005, s. 48-50. Bunun için esasına ne ölçüde tesir edeceği plancılarının tartışacağı bir sorun olmakla birlikte, yasanın ölçekler bakımından ortaya koyduğu kavram tercihleri açıktır.

il özel idaresinin planlama yetkisi bulunmadığı için olağandır.<sup>13</sup> Diğer durumlarda, çevre düzeni planının yapımında il özel idaresi, büyükşehir belediyesi veya il belediyesinin müştereken yetkili kılınmış olmaları, özellikle belediyelerin yapacakları imar planlarının il çevre düzeni planına uygun olması gereği bakımından yerindedir. Ancak bu yerinde çözümler bazı usul belirsizlikleri tarafından gölgelenmektedir. Belirsizlikler belediye sınırları il sınırı olmayan büyükşehir belediyeleri ile il belediyeleri söz konusu olduğunda başlamaktadır. Bu durumda il çevre düzeni planı yapma konusunda, belediye meclisi ile il genel meclisi yetkilidir. Ancak meclisler, kararlarını iki aşamada ayrı ayrı mı vereceklerdir? Meclisler, kararlarını ayrı ayrı vereceklerse hazırlanan plan önce hangi mecliste onaylanacaktır? Meclisler önlerine gelen planı değiştirerek onama yetkisine sahip midir? Eğer değiştirerek onama yetkisi var ise, diğer meclisin bu değişiklik konusundaki yetkisi ne olmalıdır ve bu tür bir durumda nasıl bir usul izlenmelidir?

Valinin koordinasyon yetkisinin, çıkması muhtemel sorunların hepsinin üstesinden geleceği şüphelidir. İki ayrı karar organının iradesi ile oluşacak olan bir işlemin yapılış, usulündeki bu tür belirsizliklerin sorunlara yol açması muhtemeldir.

Onaylanmış bir il çevre düzeni planında değişiklik yapılması gerektiğinde, planın yapılmasında izlenen usul ve yetki kuralları izlenmelidir. Bu bakımdan yine valinin koordinasyonunda değişiklik planının hazırlanması ve belediye ile il genel meclisleri tarafından onaylanması gerekir.

İl çevre düzeni planına ilişkin ayrıntıların bir yönetmelikle düzenlenmesi ihtiyacı vardır. Bu yönetmeliği, İçişleri Bakanlığı ile Çevre ve Orman Bakanlığı'nın çıkarması yerinde bir tercih olacaktır.

## B. Bakanlığın Yetkili Olduğu Çevre Düzeni Planı

4856, 5302 ve 5393 sayılı kanunların çevre düzeni planı yapma yetkisi konusundaki hükümleri, merkezi yönetim ve yerel yönetimler arasında çevre düzeni planı yapma konusundaki yetki paylaşımı

<sup>13</sup> 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 10(c) maddesine göre, il özel idareleri belediye sınırları dışında kalan alanlarda nazım ve uygulama imar planları yapmaya yetkilidir. O halde büyükşehir belediye sınırı ile il sınırı birbiriyle aynı olan bir ilde il özel idaresinin nazım ve uygulama imar planı yapma yetkisi yoktur.

ile ilgili olarak sorunlara yol açabilecek belirsizlikler içermekteydi. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu belirsizliği gidermek amacıyla olsa gerek 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 9. maddesi 26/04/2006 tarih ve 5491 sayılı kanununun 6. maddesiyle değiştirilmiş ve çevre düzeni planı konusunda merkezi yönetimin yetkisini yeniden tanımlamıştır. 2872 sayılı kanunun değişik 9(b) maddesine göre, "Ülke fizikî mekânında, sürdürülebilir kalkınma ilkesi doğrultusunda, koruma-kullanma dengesi gözetilerek kentsel ve kırsal nüfusun barınma, çalışma, dinlenme, ulaşım gibi ihtiyaçların karşılanması sonucu oluşabilecek çevre kirliliğini önlemek amacıyla nazım ve uygulama imar plânlarına esas teşkil etmek üzere bölge ve havza bazında 1/50000-1/100000 ölçekli çevre düzeni plânları Bakanlıkça yapılır, yaptırılır ve onaylanır. Bölge ve havza bazında çevre düzeni plânlarının yapılmasına ilişkin usûl ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir." Bu değişiklikle, 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2(h) maddesinde klasik anlamıyla gösterilen çevre düzeni planı yapma görevi daha ayrıntılı bir şekilde yeniden tanımlanmıştır. Bu bakımdan, Çevre ve Orman Bakanlığı'nun çevre düzeni planı yapma yetkisi, daha çok 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2(h) maddesi çerçevesinde değil, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 9(b) maddesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. 2872 sayılı kanunda düzenlenen çevre düzeni planı genel nitelikli bir çevre düzeni planı değil de, özel amaçlı ve konulu bir çevre düzeni planı gibi bir anlam taşımakla birlikte, biz 2872 sayılı kanunda getirilen çevre düzeni planı içeriğinin, çevre düzeni planının klasik anlamından koptuğunu, ondan ayrıldığını sanmıyoruz. Aynı nedenle, 2872 sayılı kanunun 9(b) maddesindeki değişikliğin, 4856 sayılı kanunun 2(h) maddesini örtülü olarak yürürlükten kaldırdığını düşünmüyoruz.

Bu bakış açısından, 2872 sayılı kanunun 9(b) maddesinin ve 4856 sayılı kanunun 2(h) maddesinin amaç ve içerik bakımından tamamen ayrı hükümler olduğu; dolayısıyla Çevre ve Orman Bakanlığı'nun genel anlamıyla çevre düzeni planı yapma yetkisinin 4856 sayılı kanunun 2(h) maddesi uyarınca sürdüğü; yasa koyucunun aslında "genel nitelikli çevre düzeni planı", "çevre koruma amaçlı çevre düzeni planı" ve "il çevre düzeni planı" olarak üç tür çevre düzeni planı öngörmek amacında olduğunu söylemenin uç bir yorum olduğunu ve bu tür bir yorumda katılmayacağımızı belirtelim. 4856 sayılı kanunun 2(h) maddesinde adı geçen çevre düzeni planı, klasik anlamı itibariyle çevre kirliliğini

önleme, çevre ve havzaları koruma özelliğini zaten bünyesinde taşı-maktaydı.<sup>14</sup> O halde 2872 sayılı kanunda yapılan bir değişiklikle çevre kirliliğini önleme amacına vurgu yapan bir çevre düzeni planı içeriğinin tekrar belirlenmesinin, eğer bu abesle iştigal değilse bir anlamının olması gerektiği ileri sürülebilir. Kanaatimce 2872 sayılı kanunda yapılan değişiklik, Bakanlığın yapacağı çevre düzeni planının niteliğinde esaslı bir farklılaşma getirmemekle beraber, çevre düzeni planlarının değerlendirilmesinde ve oluşmasında çevreyi koruma, çevre kirliliğini önleme ve havzaları koruma amacını ön plana çıkarmaktadır. Olması gereken de budur. İnsan-çevre ilişkileri bakımından çevreyi koruma ve sürdürülebilirlik ilkelerini öne çıkarmayan bir planlama faaliyeti zaten düşünülemez. Dolayısıyla çevre düzeni planına ilişkin yeni bir vurgudan söz etmekle birlikte; bu vurgunun çevre düzeni planının niteliğini tamamen dönüştürmediğini belirtelim.

### III. ÇEVRE DÜZENİ PLANINDA YETKİ PAYLAŞIMI VE PLAN HİYERARŞİSİ

#### A. Yer Bakımından Yetki

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere karşımızda yetki bakımından iki tür çevre düzeni planı bulunmaktadır. Birincisi il bazında yapılan il çevre düzeni planı, ikincisi bölge ve havza bazında yapılan çevre düzeni planıdır. Birincisinde yer yönünden yetki yapay bir ölçütle "il" olarak belirlenmiş, ikincisinde bilimsel esaslara ve gerekliliklere göre belirlenecek olan bölge ve havza ölçütü benimsenmiştir. Çevreyi ve su havzalarını koruma amacını öne çıkaran planlama faaliyetinin, fiziki alan açısından yapay sınırlarla sınırlanması doğru olmazdı. Bu bakımdan, yasanın genel bir şekilde bölge ve havza kavramlarını kullanması yerinde olmuştur. Bir başka açıdan değerlendirildiğinde, il çevre düzeni planının yapay sınırlarının doğurabileceği olumsuzluklar bakanlığın yapmaya yetkili olduğu çevre düzeni planı ile giderilecektir.

Bölge ve havzanın sınırlarının ne olacağı planın, arazi kullanım kararlarını belirlerken, çevre kirliliğini önleme amacı çerçevesinde bilimsel esaslara belirlenecektir. Bu durumda, bakanlığın birden çok ili

<sup>14</sup> D., 6. Daire, E.:1996/523, K.:1996/5823, K.T.:17/12/1996, D.D., S. 93, 1997, s. 330-333; D., 10. ve 6. Daireler, E.: 1991/88, K.:1992/253, K.T.:28/01/1992, [danistay.gov.tr].

kapsayacak şekilde ya da birden çok ilin sadece belli kısımlarını kapsayacak şekilde çevre düzeni planı yapabileceğini belirtelim.

2872, 5302 ve 5393 sayılı kanunların çevre düzeni planına ilişkin hükümleri bir arada değerlendirildiğinde Çevre ve Orman Bakanlığı'nın tek bir il ölçeğinde plan yapamayacağı gibi bir sonuç çıkabilir. Ancak bu her durumda geçerli olmayabilir. Bazı özel durumlarda çevre kirliliğinin önlenmesi ya da ekolojik dengenin korunması amacının, idari bütünlükle gerçekleştirilmesi zorunluluğu doğduğunda tek bir il bölge kabul edilip, Bakanlık tarafından çevre düzeni planı yapılabilir. Bir ilin sadece belli bir kısmı da, gösterdiği özellik bakımından bölge kavramı içinde düşünülebilir. O halde Bakanlığın yapacağı çevre düzeni planlarında yukarıda zikrettiğimiz yönetsel, mekânsal ve işlevsel bütünlük arz etme özelliği gözetilmelidir.

## B. Plan Ölçeği ve Plan Hiyerarşisi

Bakanlığın yapabileceği çevre düzeni planı ölçeği bakımından belirlenmiştir. Bakanlık 1/50.000-1/100.000 ölçeklerinde çevre düzeni planı yapabilir. Bu tür bir sınırlamanın temel amacının 1/25.000'lik planların il çevre düzeni planı şeklinde yapılmasının düşünülmesi olabilir.<sup>15</sup> Hiç şüphesiz 1/25.000, 1/50.000, 1/100.000, 1/200.000 ölçekli çevre düzeni planları arasında planlama ve hukuk mantığının gerektirdiği bir hiyerarşi mevcuttur.<sup>16</sup> Böylece 1/25.000 ölçekli il çevre düzeni planları ile Bakanlığın yaptığı 1/50.000 ve 1/100.000 ölçekli çevre düzeni planları arasında hiyerarşi kurulacaktır.

Bununla birlikte, il çevre düzeni planlarını 1/25.000 ölçeğiyle sınırlamanın mümkün olmadığı kanısındayız. 2872 sayılı kanunda 1/50.000 ve 1/100.000 ölçekli çevre düzeni planlarının Bakanlık tarafından yapılacağını yasada açıkça belirlenmiş olmasının, yerel yönetimlerin yetkisinde olan il çevre düzeni planlarının bu ölçeklerde

<sup>15</sup> Daha önce, Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin 3. maddesindeki çevre düzeni planı tanımında 1/25.000 ölçeği yer aldığından, 1/25.000 ölçeğindeki planların çevre düzeni planı niteliğinde olduğu ve çevre düzeni planı konusunda da Bayındırlık ve İskân Bakanlığının yetkili olduğu, dolayısıyla yerel yönetimlerin 1/25.000 ölçekli plan yapma yetkisinin bulunmadığı Danıştay tarafından kabul edilmişti. D., 6. Daire, E.: 2002/2797, K.: 2003/7024, K.T.: 19/12/2003, D.K.D., S. 4, 2004, s. 181-184.

<sup>16</sup> Bkz. Ünal (2003): s. 28-29.

yapılamayacağı anlamına gelmediğini düşünüyoruz. İl çevre düzeni planları için herhangi bir özel ve doğrudan sınırlama mevcut değildir. Konuyu açıklamak için birkaç ihtimal üzerinde durmakta fayda var. Bakanlık bir ilin belli bir kısmını, örneğin bir su havzasını içerecek şekilde 1/50.000 ölçekli çevre düzeni planı yapabilir. Bu durumda Bakanlığın yaptığı 1/50.000 ölçekli çevre düzeni planı ile bütünleşecek nitelikte 1/50.000 ölçekli il çevre düzeni planı yapılabilir. Burada önemli olan il çevre düzeni planının, Bakanlığın yaptığı çevre düzeni planı ile bütünleşmesi ve onun gereklerini de yansıtmasıdır. Diğer bir deyişle, aynı ölçekte de olsa il çevre düzeni planı, Bakanlığın çevre düzeni planı ile çelişemez ve onun gereklerine aykırı olamaz. Her durumda, ölçeği ne olursa olsun çevre düzeni planı, il çevre düzeni planının üzerinde kabul edilmelidir. Aksi halde merkezi yönetimin, çevre düzeni planı konusunda 2872 sayılı kanunda düzenlediği şekliyle yetkilendirilmesinin bir anlamı kalmaz. Bu bakımdan plan, hiyerarşisi mantığına ters gibi görünse de 1/100.000 ölçekli bir il çevre düzeni planı, örneğin havza bazında yapılan 1/50.000 ölçekli bir planın gereklerini olduğu gibi yansıtmak zorundadır. Bir başka ihtimal de, il çevre düzeni planı bulunan bir yerin tamamını ya da bir kısmını kapsayacak şekilde sonradan çevre düzeni planı yapılmış olmasıdır. Bu durumda, çevre düzeni planı yürürlüğe girdikten sonra, yapılacak bütün uygulamalar bu plana göre gerçekleştirilmelidir.

Bakanlık birden çok ili içine alacak şekilde 1/100.000 ölçekli bir çevre düzeni planı yapmış ise, planın kapsadığı ilin bütününde artık 1/100.000 ölçekli il çevre düzeni planı değil, 1/50.000 ölçekli il çevre düzeni planı yapılabilir. Bu tür bir plan, bakanlığın yapacağı 1/100.000 ölçekli bir başka planla çatıştığında, hiç şüphesiz bakanlığın yaptığı plan esas alınacaktır.

Özetle ve genel olarak belirtmek gerekirse Bakanlığın çevre düzeni planı, il çevre düzeni planından hiyerarşik olarak üstündür. 2872 sayılı kanunun değişik 9(b) maddesinde, bakanlığın, nazım ve uygulama imar plânlarına esas teşkil etmek üzere çevre düzeni planı yapacağını belirtmesi ve dolayısıyla çevre düzeni planı ile il çevre düzeni planı arasında herhangi bir hiyerarşik ilişki kurmamış olması, Bakanlığın çevre düzeni planının hiyerarşik olarak üstte olmadığı anlamına gelmez.



### C. 1/25.000 Ölçekli Nazım İmar Planları ve Metropoliten İmar Planı

Burada ölçek konusunu ele alırken ilginç bir başka soruna da değinmekte fayda var. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun Geçici 1. maddesine göre "*Büyükşehir belediyeleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde büyükşehirin 1/25.000 ölçekli nazım imar plânlarını yapar veya yaptırır.*" 1/25.000 ölçekli planlar için öğretide "*çevre düzeni nazım planı*" adını kullananların<sup>17</sup> bulunduğunu hatırlatıp, 5216 sayılı kanunun geçici 1. maddesinde Büyükşehir Belediyelerinin görevi olarak belirlenen 1/25.000'lik nazım imar planının aynı ölçekli il çevre düzeni planından bir farkının bulunup bulunmadığı tartışmasını plancılara bırakalım. Bize göre, büyükşehir belediyelerinin büyükşehir belediye sınırları içinde yaptıkları 1/25.000 ölçekli planlar mevcutken, ilin geri kalan kısımlarında yapılacak olan 1/25.000 ölçekli plan il çevre düzeni planı değil, artık nazım imar planı olarak adlandırılmalıdır. Bu durumda büyükşehir belediyelerinin bulunduğu illerde en azından 1/25.000 ölçekli il çevre düzeni planı yapmanın kanaatimce pratik bir değeri kalmamıştır. Bu durum, il çevre düzeni planlarının 1/25.000 ölçeğiyle sınırlandırılmaması gerektiğini ya da mevcut düzenlemeleri bu şekilde yorumlamamız gerektiğini de ortaya koymaktadır. Eğer il çevre düzeni planını, 1/25.000 ölçeğiyle sınırlı bir çevre düzeni planı olarak görürsek, özellikle il sınırları ile büyükşehir belediye sınırı aynı olan illerde il çevre düzeni planı yapmasının bir anlamı kalmayacaktır.

Aynı şekilde, mevcut düzenlemeler çerçevesinde, 3194 sayılı kanunun 9/1. maddesinde düzenlenen "*birden fazla belediyeyi ilgilendiren metropoliten imar planı*"nın da, en azından bu ad altında artık yapılamayacağı açıktır. Çünkü metropoliten imar planı denen plan da, aslında çevre düzeni planıdır. Büyükşehirlerde yapılacak olan 1/25.000 ölçekli nazım imar planı, il çevre düzeni planı, çevre düzeni planı mevcutken bir de metropoliten imar planından söz etmek planlamayı iyice karmaşık bir hale getirmekten öte bir anlam taşımayacaktır. Metropoliten imar planı olarak adlandırılan planların pratik değeri kalmamıştır. Bu bakımdan 3194 sayılı kanunun 9/1. maddesine dayanarak Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nın bir ilde metropoliten imar planı yapma yetkisinin sürdüğünü söylemek mümkün değildir.

<sup>17</sup> Ünal (2003): s. 28.

## D. Özel Çevre Koruma Bölgeleri ve Bu Yerlere İlişkin Planlama

2872 sayılı kanunun 9(b) maddesinin öngördüğü çevreyi koruma, çevre kirliliğini önleme amacının<sup>18</sup> Bakanlığın yapacağı çevre düzeni planı açısından önemli olduğunu, ancak bunun özel amaç bakımından çevre düzeni planının yeni bir türü olarak algılanmaması gerektiğini tekrar belirtelim. Daha önce de belirtildiği üzere koruma-kullanma dengesi kavramı içerisinde çevre koruma amacı çevre düzeni planı ya da ne ad altında olursa olsun üst ölçekli planlamada içkin bir özellik olarak görülmelidir. 2872 sayılı kanunun 9(b) maddesinin bu özelliği açıkça ifade etmesi karşısında Bakanlık çevre koruma amacını gütmeyen ya da planda yer alan unsurları çevre koruma amacıyla gerekçelendirmeyen bir çevre düzeni planı yapamaz. Hiç şüphesiz planın amacıyla ilgili bu çıkarım il çevre düzeni planları için de geçerlidir.

Bu noktada “çevre koruma bölgesi” kararı ve bu karar üzerine yapılacak olan planlama faaliyeti üzerinde durmakta fayda vardır. 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 9(d) maddesine göre, “Ülke ve dünya ölçeğinde ekolojik önemi olan, çevre kirlenmeleri ve bozulmalarına duyarlı toprak ve su alanlarını, biyolojik çeşitliliğin, doğal kaynakların ve bunlarla ilgili kültürel kaynakların gelecek kuşaklara ulaşmasını emniyet altına almak üzere gerekli düzenlemelerin yapılabilmesi amacıyla, Özel Çevre Koruma Bölgesi olarak tespit ve ilan etmeye, bu alanlarda uygulanacak koruma ve kullanma esasları ile plân ve projelerin hangi bakanlıkça hazırlanıp yürütüleceğini belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir.”

4856 sayılı kanunun 31. maddesinde, Çevre ve Orman Bakanlığı’nın bağlı kuruluşu olarak nitelendirilen “Özel Çevre Koruma Kurumu”, 383 sayılı Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı Kurulmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname’nin 1. maddesi uyarınca, “2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 9. maddesine göre ‘Özel Çevre Koruma Bölgesi’ olarak ilan edilen ve edilecek alanların sahip olduğu çevre değerlerini korumak ve mevcut çevre sorunlarını gidermek için tüm tedbirleri almak, bu alanların koruma ve kullanma esaslarını belirlemek, imar planlarını yapmak, mevcut her ölçekteki plan ve plan kararlarını revize etmek ve re’sen onaylamak” yetkisine sahip kılınmıştır. Bu hükme göre, “özel çevre koruma bölgesi” olarak ilan edilen

<sup>18</sup> 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 2. maddesine göre, “Çevre korunması: Çevresel değerlerin ve ekolojik dengenin tahribini, bozulmasını ve yok olmasını önlemeye, mevcut bozulmaları gidermeye, çevreyi iyileştirmeye ve geliştirmeye, çevre kirliliğini önlemeye yönelik çalışmaların bütünü” ifade eder.

alanlarla sınırlı bir şekilde imar planlarını yapmak, mevcut her ölçekteki planı revize etme ve re'sen onamak yetkisi Özel Çevre Koruma Kurumu'na aittir. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere Özel Çevre Koruma Kurumu özel çevre koruma bölgesi ilan edilen yerlerde yeni imar planı yapabileceği gibi mevcut planları revize etmekle de yetinebilir.

Bu düzenlemelerle birlikte, mevzuat ve yetki karmaşası bir kat daha artmaktadır. Özellikle, Çevre Orman Bakanlığı'nun çevre koruma amacını taşıyan çevre düzeni planı ile özel çevre koruma bölgesi ilan edilen alanlardaki planlama yetkisine sahip olan Özel Çevre Koruma Kurumu'nun planlarının amaç ve içerik bakımından birbirinden farklı olup olmadığını ele almak gerekir. Burada şunu hemen belirtmek gerekir ki bu iki plan arasındaki ilişki belirsizliğinin<sup>19</sup> bugün de çözüldüğünü söylemek güçtür. Bununla beraber bazı belirlemeler yapma olanağı da mevcuttur.

Çevre ve Orman Bakanlığının çevre düzeni planı yapma yetkisinin, "özel çevre koruma bölgesi" ilan edilen yerlerle doğrudan bir bağlantısı yoktur. Diğer bir deyişle Çevre ve Orman Bakanlığı'nun belli bir bölge ya da havzada çevre düzeni planı yapması o bölge ya da havzanın çevre koruma bölgesi ilan edilmesine bağlı değildir. Çevre ve Orman Bakanlığının çevre koruma amacını güden çevre düzeni planı çok daha genel bir açıdan insanın bulunduğu her yerde sağlıklı bir çevrenin sürdürülebilirliği ve korunmasına ilişkin bir süreci kapsar.<sup>20</sup> Oysa çevre koruma bölgesi ilanı ve buna bağlı olarak yapılacak olan planların çok daha derin, özel ve sıkı bir koruma mantığını yansıttığı ve çok daha özel bir uzmanlığı gerektirdiği 2872 sayılı kanunun 9(d) maddesindeki düzenlemeden açıkça anlaşılıyor.

O halde bir bölge özel çevre koruma bölgesi ilan edilmişse, bu kararın gereklerinin bütünüyle çevre düzeni planına yansıtılması gereklidir. Eğer mevcut bir çevre düzeni planı varsa bu çevre düzeni planı da Bakanlar Kurulu kararının gereklerini yansıtacak şekilde değiştirilmelidir.<sup>21</sup> Çevre koruma alanı olarak belirlenmiş alanlar çevre düzeni planlarında bu niteliğiyle gösterilmelidir.<sup>22</sup> Çevre düzeni planı daha

<sup>19</sup> Ünal (2003): s. 111.

<sup>20</sup> Kalabalık (2002): s. 58.

<sup>21</sup> Bkz. D., 6. Daire, E.: 1992/4912, K.: 1993/3976, K.T.:05/10/1993, [danistay.gov.tr].

<sup>22</sup> "...koruma tedbirlerinin plan kararlarında yer almasının önem taşıdığı belirtilerek hazır-

önce çevre koruma alanı olarak belirlenmiş olan alanların niteliği konusunda değişiklik getiremez. Çevre düzeni planında özel çevre koruma bölgesi kararlarının gereklerine aykırı düzenlemeler getirilemez. Hatta özel çevre koruma bölgesi ilan edilen yerlerde çevre koruma amacının çok daha somut bir şekilde ortaya çıkması açısından çevre düzeni planının üst ölçekli bir plan olarak öncelikle uyarlanması gerekir.

Özel çevre koruma bölgesi kararının gerektirdiği özel değişikliklerin, planlara yansıtılmasıyla ilgili yetkili idare konusunda düzenlemeler açıktır. Özel Çevre Koruma Kurumu'nun özel çevre koruma bölgesi olarak ilan edilen ve edilecek alanlarda imar planlarını yapmak, mevcut her ölçekteki plan ve plan kararlarını revize etmek ve re'sen onama yetkisi 383 sayılı KHK'nin 1. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Buradaki imar planı yapmak yetkisi açıktır. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 6. maddesi imar planını nazım ve uygulama imar planı olarak ikiye ayırmıştır. O halde özel çevre koruma bölgesi ilan edilen alanlarda nazım ve uygulama imar planlarını yapma yetkisi hâlihazırda Özel Çevre Koruma Kurumundadır.

Burada tereddüt doğurabilecek bir durum, Özel Çevre Koruma Kurumunun özel çevre koruma bölgesi ilan edilen alanlarda her ölçekteki plan ve plan kararlarını revize etme ve re'sen onaylama yetkisidir. Şunu hemen belirtmek gerekir ki üst ölçekli bir plan türü olarak özel çevre koruma bölge ya da bölgelerini de içeren "*il çevre düzeni planı*" konusunda Özel Çevre Koruma Kurumu 383 sayılı KHK'nin 1. maddesinde tanımlanan yetkilere sahiptir.<sup>23</sup> Bu açıdan Özel Çevre Koruma Kurumu'nun yerel yönetimlerce yapılan il çevre düzeni planını değiştirme veya onama yetkisi bir vesayet yetkisi olarak görülmemelidir. 383 sayılı KHK'nin 1. maddesi açıktır. Buna göre Bakanlar Kurulu'nun kararının ardından planlama yetkisi o bölge ile sınırlı olarak tamamıyla Özel Çevre Koruma Kurumu'na geçmektedir. Özel Çevre Koruma

---

*lanın notun plan hükümlerine geçirilmesinin istenilmesi üzerine Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca anılan yazı ve eki krokiye uygun olarak yapılaşma yasağı getirilen deniz kaplumbağaları koruma alanlarının 1/25000 ölçekli Doğu Antalya Çevre Düzeni Planına işlenerek 29.5.1990 tarihinde onandığı anlaşılmış olup, dava konusu işlemlerde mevzuata aykırılık görülmemiştir..." D., 6. ve 10. Daire, E.:1991/88, K.:1992/253, K.T.:28/01/1992, [danişay.gov.tr].*

<sup>23</sup> Örneğin il çevre düzeni planı yapılmış bir ilde belli bir bölge sonradan özel çevre koruma bölgesi ilan edilmişse Özel Çevre Koruma Kurumu il çevre düzeni planını bu kararın gereklerine göre revize edebilir.

Kurumu'nun yaptığı ya da yapacağı planlar ölçeği ne olursa olsun bağlayıcıdır. Örneğin Özel Çevre Koruma Kurumu sadece nazım ve uygulana imar planı yapmış ise 1/25.000 ölçekli nazım imar planı ve daha üst ölçekli il çevre düzeni planı Özel Çevre Koruma Kurumu'nun yaptığı imar planlarında alınan kararları değiştiremez ve onun gereklerini yansıtmak zorundadır. Bu durumda daha sonra yapılacak olan üst ölçekli planların özel çevre koruma bölgesi ilan edilen yerlerle ilgili olarak Özel Çevre Koruma Kurumu'nun onayıyla hukuksal varlık kazanacaklarını da belirtmek gerekir.

Özel Çevre Koruma Kurumu'nun mevcut her ölçekteki plan ve plan kararlarını revize etme ve re'sen onaylama yetkisi, Çevre ve Orman Bakanlığı'nın çevre düzeni planlarını da kapsar. Kamu tüzel kişiliğine sahip Özel Çevre Koruma Kurumu'nun Çevre ve Orman Bakanlığı'nın bağlı kuruluşu olması 383 sayılı KHK'nin açık hükmü karşısında tereddüt doğurmamalıdır. Bu bakımdan Özel Çevre Koruma Kurumu Bakanlığın yapmış olduğu bir çevre düzeni planını tanımlanan yetkileri çerçevesinde değiştirebilir. Ayrıca çevre düzeni planı aynı zamanda özel çevre koruma bölgesini de kapsıyorsa en azından bu kısmının yürürlüğe girmesi Özel Çevre Koruma Kurumu'nun onayıyla gerçekleşecektir. Özel Çevre Koruma Kurumu gerek görüyorsa ve pratik olarak mümkünse özel çevre koruma bölgesi ilan edilen bölgede çevre düzeni planı adı altında plan da yapabilir.

Burada son olarak belirtmek gerekir ki, gerek Bakanlığın yapacağı çevre düzeni planında gerekse özel çevre koruma bölgesinde yapılacak olan imar planlarında, öncelikle bu planların amaçlarının, bunun yanında da klasik planlama ilkelerinin gözetilmesi gerekir.<sup>24</sup>

#### IV. SONUÇ

Yasa koyucunun son yıllardaki yasa değişiklikleriyle, üst ölçekli planlama tutarlılığını geliştirme konusundaki eğilimi umut vericidir. Özellikle büyükşehir belediyeleri için 1/25.000 ölçekli planların zorunluluk şeklinde düzenlenmiş olması yerinde olmuştur.

Diğer taraftan üst ölçekli planlamanın en önemli halkalarından birisi olan çevre düzeni planı konusunda, "il çevre düzeni planı" adı altın-

<sup>24</sup> Bkz. D., 6. Daire, E.: 1992/2839, K.: 1993/1725, K.T.:27/04/1993, [danistay.gov.tr].

da yerel yönetimlerin yetkili kılınmış olması, son derece önemli bir gelişmedir. Bu önemli ve olumlu gelişmeye, önceki bazı yetki sıkıntıları ve ihtiyaçlar dikkate alındığında, az önce zikredilen bir başka olumlu gelişme, 1/25.000 ölçekli planların yapımında Büyükşehirlerin yetkili ve görevli kılınması eşlik etmektedir.

Üst ölçekli planlamanın idari sınırları aşan doğal yönü de ihmal edilmemiş, çevre düzeni planı konusunda merkezi idarenin yetkileri de pekiştirilmiş ve yeniden tanımlanmıştır. Fakat bu yapılırken yerel yönetimlerin yapmakta yetkili olduğu il çevre düzeni planıyla bir ilişki kurulmamış ve böylece başka bazı sorunların çıkması ihtimaline kapı aralanmıştır.

Gerçekten yetki paylaşımı ve planlar arasındaki ilişkiler konusunda, geçmişte doğmuş olan sıkıntı ve tereddütler, özellikle çevre düzeni planı girişiminin önündeki en önemli engellerden biri olma deneyimini yaşatmışken, mevcut durumun doğurduğu endişeler yersiz değildir.

Burada ele aldığımız düzenlemelerin belirsiz ve tereddüt doğuran yönlerinin, yargı kararlarıyla biçimleneceğini beklemenin de, oluşturmaya çalıştığımız hukuk kültürü adına bir olumsuzluk olduğunu belirtmek gerekir. Beklentilerimiz son derece ayrıntılı düzenlemelere yönelik değildir; sadece daha açık ve birbiriyle tutarlı bir bütünlük gösteren ve birbiriyle tutarlı bir ilgi kuran sistemli düzenlemelere yöneliktir.

Neyse ki, sorumluluk almaya niyetli yönetimlerin, en azından düzenleyici işlemleriyle sorunların çözümüne ilişkin, yasalara uygun düzenlemeler getirme olanağı hâlâ mevcuttur.

#### KAYNAKÇA

- Kalabalık, Halil (2002): İmar Hukuku.  
 Keleş, Ruşen (2003): İmar Hukukuna Giriş.  
 Kiper, Perihan (2005): "Koruma Amaçlı İmar Planına Eleştirel Bir Bakış", Planlama, S. 31, s. 26-27.  
 Ünal, Şeref (2003): Türk Şehir Planlama Hukuku.  
 Orta, Elif (2006): İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi Ve Plan Çatışması.

# TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU TASARISI'NIN VATANDAŞLIĞIN İRADE DIŞI KAYBI YOLLARINA YAKLAŞIMI

Dr. Necla ÖZTÜRK\*

## Giriş

Ülkemizde vatandaşlık konusunu düzenleyen temel kanun, 22 Mayıs 1964 tarihinde yürürlüğe giren 11 Şubat 1964 tarihli 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'dur (TVK).<sup>1</sup> O tarihten bu yana ortaya çıkan ihtiyaçlar doğrultusunda ve bu ihtiyaçların zorlaması ile, Kanunda pek çok değişiklikler yapılmış,<sup>2</sup> yapılan bu değişikliklerle Kanunun sistematigi bozulmuş ve bozulan bu sistematigin hukuk ilkelerine uygun olarak yeniden düzenlenmesi gereği ortaya çıkmıştır.<sup>3</sup>

Bununla birlikte, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun, 2001

---

\* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı, araştırma görevlisi.

<sup>1</sup> RG 22 Şubat 1964, S. 11638; <http://www.hukuki.net/kanun/403.15.frameset.asp> (Erişim tarihi: 28 Nisan 2006); Adı geçen kanunun 47. maddesinin 'bu Kanun yayımlanandan üç ay sonra yürürlüğe girer' hükmü nedeniyle, Kanun 22 Mayıs 1964 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>2</sup> Türk Vatandaşlığı Kanunu, 13 Şubat 1981 tarihinde 2383 sayılı kanunla, 20 Nisan 1989 tarihinde 3540 sayılı kanunla, 27 Mayıs 1992 tarihinde 3808 sayılı kanunla ve 7 Haziran 1995 tarihinde 4212 sayılı kanunla muhtelif kereler değiştirilmiştir. Adı geçen kanunda yapılan bir diğer değişiklik ise, 2003 yılının Haziran ayında yayımlanan iki kanunla yapılmıştır. Bunlardan ilki, 3 Haziran 2003 tarihli *Resmî Gazete*'de yayımlanan 4862 sayılı kanun ile, diğeri ise, 12 Haziran 2003 tarihli *Resmî Gazete*'de yayımlanan 4866 sayılı kanunla yapılan değişikliklerdir. Türk Vatandaşlığı Kanunundaki son değişiklik ise, 29 Haziran 2004 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 5203 sayılı kanunla yapılmıştır.

<sup>3</sup> Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Genel Gereçesi: <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=632> (Erişim tarihi: 5 Mayıs 2007); ayrıca, doktrinde de, benzer gerekçelerle yeni bir kanun hazırlanması gereği ileri sürülmüştür: Sargın, Fügen: "Türk Vatandaşlığı Kanunun'da Değişiklik Yapılan 2003 Tarihli ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme", *AÜHFD*, C. 53, S. 1, 2004, s. 27-28.

yılında 1982 Anayasası'nda yapılan değişiklikler ve 2002 yılında yürürlüğe giren Türk Medenî Kanunu'nun getirdiği düzenlemelerle uyumlu hale getirilebilmesi ihtiyacı da kaçınılmaz olmuştur. Ayrıca, 1 Mart 2000 tarihinde, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi<sup>4</sup> yürürlüğe girmiş, bu sözleşmedeki düzenlemelere paralel olarak, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda bazı değişikliklerin yapılması gündeme gelmiş ve bu amaçlar doğrultusunda Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı (TVKT) hazırlanmıştır.<sup>5</sup>

Hazırlanan tasarı, 1/1192 esas numarası ile 7 Nisan 2006 tarihinde meclise gönderilmiş, Meclis İçişleri Komisyonu ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu'nda tasarı ele alınmış ve adı geçen Komisyonlar Tasarı hakkındaki raporlarını göndermişlerdir.<sup>6</sup>

Bu gerekçelerle hazırlanan Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı, ülkemizde 22 Temmuz 2007 tarihinde yapılan seçimler nedeniyle -verildiği yasama döneminde kanunlaşmadığı için- kadük duruma düşmüş olmakla birlikte, yeni yasama döneminde, tasarının tekrar gündeme gelmesi beklenmektedir.

Bu makalenin amacı, öncelikle vatandaşlığın irade dışı kaybı halleri ile ilgili olarak Türk hukukundaki gelişmelere değinmek ve vatandaşlığın irade dışı kaybı yolları konusunda, yürürlükteki 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ile tasarımı birlikte ele alarak konuyu bu çerçevede değerlendirmektir.

<sup>4</sup> Sözleşme metni için bkz., <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/166.htm>. (Erişim tarihi: 10 Mayıs 2007). Sözleşmeyi imzalayan ülkelerin listesi için bkz., <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=166&CM=8&DF=7/30/2007&CL=ENG>. (Erişim tarihi: 10 Mayıs 2007). Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi hakkında bkz., Güngör, Gülin: '*Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi*', MHB Yılmaz Altuğ'a Armağan Özel Sayısı, Yıl: 17-18, Sayı: 1-2, İstanbul 1997-1998, s. 229-250; ayrıca Sözleşme hükümlerinin Türk hukuku ile karşılaştırılması konusunda bkz., Tanrıbilir, F. Bilge: '*Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku*', MHB., Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Yıl: 22, Sayı: 2, İstanbul 2002, s. 791-818.

<sup>5</sup> Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Genel Gerekçesi.

<sup>6</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1232m.htm>. (Erişim tarihi: 7 Ağustos 2007). TBMM'nin resmî internet sitesine göre, tasarının görüşülmek üzere gönderildiği Adalet ve Dışişleri Komisyonları henüz raporlarını göndermemişlerdir: [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun\\_tasarisi\\_gd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=42557](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=42557). (Erişim tarihi: 7 Ağustos 2007).



## I. Vatandaşlığın Kaybının Türk Vatandaşlık Hukukundaki Gelişimine Genel Bakış

En genel anlamıyla vatandaşlığın kaybı, kişinin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devletle olan hukukî ve siyasî bağının kesilmesi ve o ana kadar sahip olduğu vatandaşlıktan ayrılması anlamına gelir.<sup>7</sup>

Vatandaşlığın kaybı konusunda, vatandaşlığın kazanılmasında olduğu gibi, yerleşmiş müesseseler yoktur. Örneğin, vatandaşlığın kazanılması konusunda yer alan, kan esası, toprak esası, telsik gibi müesseselere vatandaşlığın kaybında rastlanmadığı gibi, vatandaşlığın kaybı nedenleri konusunda da görüş birliği bulunmamaktadır.<sup>8</sup>

Vatandaşlığın kaybı, '*vatandaşlığın sürekliliği*' ilkesinin geçerli olduğu dönemlerde mümkün görülmezken, çağdaş vatandaşlık hukukunun en önemli konularından biri haline gelmiştir. Zira, bu ilkeye rağmen, kişilerin bir ülkeden başka bir ülkeye gitmeleri ve zamanla gittikleri ülkenin vatandaşlığını telsik yoluyla kazanmaları önlenememiştir. Zaman içinde vatandaşlık hukukunda kişinin iradesinin önemi ortaya çıkmış ve vatandaşlık bağının sürekli ve ülkesel olması gerektiği yönündeki ilkenin değiştirilmesi, hem devletin, hem de kişinin menfaatine uygun görülmüştür.<sup>9</sup>

Vatandaşlığın kaybında, devletle kişinin menfaatleri genellikle karşı karşıyadır. Vatandaşlığın, kişinin iradesi dışında kaybı hallerinde ise, devlet menfaatleri ön plana çıkmakta, ilgilinin iradesi önem taşımamaktadır. İrade dışı vatandaşlığın kaybındaki temel düşünce, devletin siyasî, sosyal ya da ekonomik nedenlerle kişiyi artık vatandaşlığında istememesidir. Kişinin iradesi dışında vatandaşlığın kaybında, ilgili kişi vatansız da kalabilir. Bu hal, '*herkesin bir vatandaşlığı olmalıdır*' şeklindeki vatandaşlık hukukunun direktif ilkelerinden birine aykırı olmasına rağmen, devletler, menfaatlerinin gerektirdiği durumlarda, kişinin vatandaşlığına son verebilmektedirler.<sup>10</sup>

Kişinin iradesi dışında, idarenin tek taraflı tasarrufu ile vatandaşlığın kaybı, milletlerarası hukuka aykırı görülmemiş ve 10 Aralık 1948

<sup>7</sup> Berki, O. Fazıl, 'Yetkili Makam Kararı İle Türk Vatandaşlığının Kaybı', *AÜHFHD*, 1975, C. 32, S. 1-4, s. 117-134.

<sup>8</sup> Göger, Erdoğan, *Türk Tâbiyet Hukuku*, B. 4, Ankara 1979, s. 118.

<sup>9</sup> Göger, s. 117.

<sup>10</sup> Nomer, Ergin, *Vatandaşlık Hukuku*, B.14, İstanbul 2003, s. 109.

tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde<sup>11</sup> de bazı sınırlamalarla kabul edilmiştir. Beyannamenin 15. maddesinin ikinci fıkrasına göre, 'hiç kimse, keyfi olarak vatandaşlığından veya vatandaşlığını değiştirme hakkından yoksun bırakılamaz'. Dolayısıyla, milletlerarası hukukta 'keyfi' olmamak şartıyla devletin tek yanlı olarak, kişinin iradesi dışında vatandaşlığına son verilebileceği kabul edilmektedir. Benzer şekilde, Avrupa Vatandaşlığı Sözleşmesi'nin 4. maddesinin (c) fıkrasında da 'hiç kimse keyfi olarak vatandaşlığından mahrum bırakılamayacaktır' hükmü bulunmaktadır.

Kişinin iradesi dışında vatandaşlığını kaybetmesinde, 'keyfi' olmama şartının Türk Vatandaşlığı Kanununda da benimsendiği görülmektedir. Şöyle ki, irade dışı vatandaşlığın kaybı sonucunu doğuracak haller, ancak, kanunla objektif olarak tespit edilir. Kanunda gösterilen nedenler dışında bir nedenle, ilgilinin Türk vatandaşlığını kaybetmesi mümkün değildir. Ayrıca bu husus, Anayasa'nın 66. maddesinin üçüncü fıkrası ile de güvence altına alınmıştır. Buna ek olarak, Anayasanın 66. maddesinin dördüncü fıkrası (ve ayrıca 125. madde ile) vatandaşlığın kaybı sonucunu doğuran idarî kararlara karşı yargı yolu da açık tutularak keyfilik önlenmeye çalışılmıştır.<sup>12</sup>

Vatandaşlığın kaybı konusunda, ülkemizdeki ilk düzenleme 19. yüzyılın ikinci yarısında yapılmıştır. 28 Ocak 1869 tarihli Tâbiyyet-i Osmaniye Kanunnamesi<sup>13</sup> öncesinde, vatandaşlığın kaybı hakkında açık ve kesin bir kural bulunmamaktaydı.

Bu kanunnameye göre, vatandaşlığın kaybı (ıskat), iki halde mümkün olabilirdi. Bunlardan birincisi, hükümetten izin almaksızın, yurt dışında, yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmadır. Diğer neden ise, yabancı bir devletin askerlik hizmetini kabul etme halidir.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/iheb.html>. (Erişim tarihi: 05. Haziran 2007).

<sup>12</sup> Nomer, s. 109.

<sup>13</sup> Kanun dokuz maddeden meydana gelmiştir ve 1851 Fransız Vatandaşlık Kanununun etkisi altında kalmıştır: Göger, s. 19-20, Aybay, Rona, *Vatandaşlık Hukuku*, B. 2, İstanbul 2006, s. 69; ayrıca, kanun metni için bkz., Unat, İlhan, *Türk Vatandaşlık Hukuku, Metinler-Mahkeme Kararları*, Ankara 1966, s. 8 vd. Osmanlı Devleti'ni bu Kanunnameyi yapmaya hazırlayan tarihi nedenler için bkz., Seviğ, M. Raşit, *Devletler Hususi Hukuku -Giriş, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku-*, İstanbul 1983, s. 72 vd.

<sup>14</sup> Fişek, Hicri, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Açısından Vatana Bağlılıkla Bağdaşmayan Eylemler', Prof. Dr. Fadıl Sur'un Anısına Armağan, Ankara 1983, s. 381, Göger, s. 120.

Tâbiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'nde 1917 yılında yapılan değişiklikle, belirtilen kayıp hallerine yenileri eklenmiştir.<sup>15</sup> Bu değişiklikle eklenen vatandaşlığın kaybı halleri şunlardır:

- Yabancı bir devletin, askerlikten başka bir hizmetine, kendi isteği ile girme ve bu hususu resmî makamlara bildirmeme.

- Yukarıda belirtilen bildiri yapılarak, yabancı bir devletin askerlikten başka bir hizmetinde çalışmakta iken, bu hizmetin terki için yapılan duyuruya rağmen, belirlenen süre içinde hizmeti terk etmeme.

- Seferberlik zamanında askerlik görevi ile ilgili bazı yükümlülükleri yerine getirmeme.

- Firar etme.

Tâbiyet-i Osmaniye Kanunnamesi altmış yıl yürürlükte kaldıktan sonra, Cumhuriyet döneminde, 23 Mayıs 1928 tarihli 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu<sup>16</sup> kabul edilmiştir. Bu kanun da, kendisinden önceki mevzuatın genel ilkelerinden ayrılmamış<sup>17</sup> olmakla birlikte, daha ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir.

1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun öngördüğü ıskat nedenlerini bütün Türk vatandaşlarına uygulanacak olan nedenler ve Türk vatandaşlarını sonradan kazanmış kişilere uygulanacak olan nedenler olarak iki başlık altında toplamak mümkündür.<sup>18</sup>

1312 sayılı kanunun 9. ve 10. maddelerinde, bütün Türk vatandaşlarına uygulanacak hükümler düzenlenmiştir. Bu maddelere göre,

- Hükümetten izin almadan, kendi isteği ile, yabancı bir devlet vatandaşlığına geçme.

- Yabancı bir devletin askerlikten başka bir hizmetinde çalışırken, bu hizmetin terk edilmesi için verilen emre, süresi içinde uymama.

- Türkiye ile savaş halindeki bir devletin hizmetinde, hükümetten izin almadan çalışmaya devam etme.

<sup>15</sup> Fişek, *Vatana Bağlılıkla Bağdaşmayan Eylemler*, s. 381

<sup>16</sup> On yedi maddeden meydana gelen 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda nüfusu arttırmak fikri hakimdir ve devlet menfaati üstün tutulmuştur: Göger, s. 20.

<sup>17</sup> Göger, s. 120-121.

<sup>18</sup> Berki, s. 106-108, Fişek, *Vatana Bağlılıkla Bağdaşmayan Eylemler*, s. 383 vd.

- Türkiye'nin seferberlik ilan ettiği zamanda, askerlik hizmeti ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmeme.

- Yabancı bir ülkede ikâmet ettiği halde, beş yıldan fazla bir süre ile kendisini Türk konsolosluklarına tescil ettirmeme, vatandaşlığın kaybı nedeni olarak düzenlenmiştir.

1312 sayılı kanunun 11. maddesi ise, Türk vatandaşlığını sonradan kazanmış kişilere özgü ıskat hallerini düzenlemiştir. Bu maddeye göre,

- Türkiye Cumhuriyeti'nin iç ve dış güvenliğine aykırı eylemlere girişme.

- Askerlik hakkındaki kanunları emrettiği yükümlülükleri yerine getirmeme, ıskat nedenleri olarak sayılmıştır.

Görüldüğü gibi, gerek Tâbiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'nde, gerekse 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda konu '*ıskat*' başlığı altında düzenlenmiştir ve Tâbiyeti-i Osmaniye Kanunnamesi'nde konu, başlangıçta çok genel olarak düzenlemiş iken, 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu daha ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır.

Buna karşılık, vatandaşlığın irade dışı kaybı yolları olarak aşağıda inceleyeceğimiz '*kaybettirme*' ve '*vatandaşlığa alınmanın iptali*' müesseseleri ise, ne Tâbiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'nde, ne de 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda düzenlenmiştir.<sup>19</sup>

## II. 403 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ile Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Hükümleri Uyarınca Vatandaşlığın İrade Dışı Kaybı Yolları

Halen yürürlükte olan, 11 Şubat 1964 tarihli 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu<sup>20</sup> '*Türk Vatandaşlığının Kaybı*' üst başlığını kullanarak bir düzenleme yapmış ve Türk Vatandaşlığının kaybı yolları olarak üçlü bir ayırım benimsemiştir; Kanun Yolu ile Kayıp (TVK m. 19), Yet-

<sup>19</sup> Berki, *Vatandaşlığın Kaybı*, s. 124.

<sup>20</sup> Büyük ölçüde 29 Eylül 1952 tarihli İsviçre Vatandaşlığının Kazanılması ve Kaybı Hakkında Federal Kanundan etkilenen bu kanun metni için bkz., Tiryakioğlu, Bilgin/Aygün M./Şengür E., *Türk Uluslararası Özel Hukuk Mevzuatı*, B.2, Ankara 2006. Ayrıca bkz., <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/364.html>. (Erişim tarihi: 1 Ekim 2007).

kili Makam Kararı ile Kayıp (TVK m. 20 vd.) ve Seçme Hakkı ile Kayıp (TVK m. 27-28).

Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısında ise, Türk Vatandaşlığının kaybı halleri, üçüncü bölümde (TVKT m. 23 vd.) ikili bir ayırım yapılarak düzenlemiştir.<sup>21</sup> Yetkili Makam Kararı ile Kayıp Yolları (TVKT m. 24 vd) ve Seçme Hakkı ile Türk Vatandaşlığının Kaybı (TVKT m. 34-35).<sup>22</sup>

403 sayılı TVK'na göre, Türk vatandaşlığının irade dışı kayıp halleri, kaybettirme, çıkarma ve vatandaşlığın iptalidir. Yürürlükteki Kanundan farklı olarak, tasarıda vatandaşlıktan çıkarma düzenlenmemiştir. Bu nedenle, bu başlık altında, öncelikle hem 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda hem de tasarıda düzenlenmiş olan vatandaşlığın irade dışı kaybı nedenlerini –kaybettirme ve vatandaşlığa alınmanın iptali– daha sonra ise TVK da düzenlenmiş olup, tasarıda yer almayan irade dışı kayıp hali –çıkarma– incelenecektir.

Bunun yanı sıra kaybettirme müessesesi; 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nunda düzenlenmiş olup, tasarıda yer almayan kaybettirme nedenleri, hem TVK'da hem de tasarıda düzenlenmiş olan ortak kaybettirme nedenleri ve sadece Tasarıda düzenlenmiş olan kaybettirme nedeni alt başlıklarında ele alınacaktır.

## A. Vatandaşlığın İrade Dışı Kaybında Ortak Müesseseler

Vatandaşlığın irade dışı kaybında ortak müesseseler başlığı altında, tasarıdaki sıralama esas alınarak, öncelikle '*kaybettirme*' daha sonra ise '*vatandaşlığa alınmanın iptali*' (tasarıdaki adıyla '*Türk vatandaşlığının iptali*') müesseseleri ele alınacaktır.

### 1. Kaybettirme

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun '*Yetkili Makam Kararı ile Kayıp*' alt başlığında düzenlenmiş olan vatandaşlığın kaybı hallerin-

<sup>21</sup> Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nda, yürürlükteki kanundan farklı olarak, kanun yolu ile Türk vatandaşlığının kaybı konusu düzenleme dışı bırakılmıştır.

<sup>22</sup> TVKT 34. maddesi '*Türk vatandaşlığını kazanmış olan çocuklar*', 33. maddesi ise '*Seçme hakkı ile Türk vatandaşlığını kaybetmenin geçerliliği ve sonuçları*' başlığını taşımaktadır.

den biri 'Vatana Bağlılıkla Bağdaşmayan Eylemler' başlığı altında düzenlenmiş olan kaybettirmedir ve kanunun 25. maddesinde kaybettirme nedenleri sekiz bent halinde sayılmıştır. Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nda da, yetkili makam kararı ile kayıp yolları başlığı altında düzenlenmiş olan konulardan biri, 29. madde ve devamında yer alan 'kaybettirme' müessesesidir. Dolayısıyla, hem 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda hem de tasarıda düzenlenmiş olan, vatandaşlığın irade dışı kayıp yollarından ilki kaybettirmedir.

Kaybettirme müessesesi her iki düzenlemede de ortak olarak yer almasına rağmen, kaybettirme nedenleri bakımından bazı farklar bulunmaktadır.

### a. Türk Vatandaşlığı Kanununda Düzenlenip Tasarıda Yer Almayan Kaybettirme Halleri

#### aa. İzin Almaksızın Kendi İstekleriyle Yabancı Bir Devlet Vatandaşlığını Kazananlar

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 25. maddesinin (a) bendinde düzenlenmiş olan ilk kaybettirme nedeni, kişinin, izin almaksızın kendi isteğiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmasıdır.<sup>23</sup>

Hükümün uygulanabilmesi için gerekli şartlar şunlardır:

- Kişi, yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmalıdır.

- Kişi, yabancı devlet vatandaşlığını, kendi isteği ile yani iradesi ile kazanmış olmalıdır. Kişi iradesi olmadan yabancı devlet vatandaşlığını kazanmış ise, bu hüküm uygulanamaz. Zira, hükümün uygulanabilmesi için yabancı devlet vatandaşlığının iradî olarak kazanılmış olması gerekir. Örneğin, yabancı bir erkekle evlenmekle, kocasının vatandaşlığını kendiliğinden, iradesi dışında kazanan kadın hakkında bu hüküm dolayısıyla kaybettirme kararı verilemez.

<sup>23</sup> İzin almaksızın, kendi isteğiyle yabancı devlet vatandaşlığının kazanılması nedeniyle Türk vatandaşlığının kaybedilmesi konusu, milletvekili seçilmiş birinin, aynı zamanda yabancı devlet vatandaşı olması nedeniyle, Türk siyasal yaşamında tartışmalara neden olmuştur. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Onar, Erdal/Tiryakioğlu, Bilgin, '1982 Anayasasında Milletvekilliği - Vatandaşlık İlişkisi (Merve Kavakçı Olayı)', *Faruk Erem Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 1999, s. 557-599.

- Kişi, çıkma izni almamış olmalıdır. Başka bir anlatımla, kişi, yabancı devlet vatandaşlığını izinsiz olarak kazanmış olmalıdır. Aksi halde, izin almak suretiyle yabancı devlet vatandaşlığını kazanmış olanlar hakkında kaybettirme kararı verilemez.

Bu şartlar gerçekleştiğinde, ilgili hakkında Bakanlar Kurulu kaybettirme kararı verebilir.

Bu hüküm Tâbiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'nden beri vatandaşlık mevzuatımızda yer almaktadır ve getiriliş nedeni; kapitülasyonların olduğu dönemde, kötü niyetli kişileri önlemek; kapitülasyonların kaldırılmasından sonra ise, çifte vatandaşlık hallerini önlemektir.<sup>24</sup> Oysa, artık çifte vatandaşlığı önlemek için bir hükme gerek olmadığı gibi, izin almadan başka bir devlet vatandaşlığını kazanmayı, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylem olarak değerlendirmek de güçtür.<sup>25</sup>

Her ne kadar Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde<sup>26</sup> ilgilinin yabancı bir devlet vatandaşlığını kendi isteğiyle kazanması, bir kaybettirme nedeni olarak sayılmışsa da, sözleşmede belirtilen nedenler, âkit devletlerin millî hukuk düzenlemelerinde yer verebileceği nedenler olup, bu nedenlerden hangilerini iç hukuklarına dahil edecekleri konusunda devletlerin münhasır yetkisi bulunmaktadır.<sup>27</sup> Öte yandan, ilgilinin yabancı bir devlet vatandaşlığını izin almadan kazanmış olmasının, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylem olarak kabul edilmesi ve kaybettirme yaptırımına tâbi tutulması da eleştiriye açıktır. Kanatımızca, yapılan eylem ile eyleme uygulanan yaptırım arasında bir ölçülülük bulunması gerekir. İlgilinin izin almaksızın kendi isteği ile yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanması halinde, ilgili kişiye başka yaptırımların uygulanması mümkündür; ilgilinin vatandaşlığının kaybettirilmesi yoluna gitmeye gerek yoktur. Bu nedenlerle, izin almadan başka bir devlet vatandaşlığını kazanmanın kaybettirme nedeni olarak tasarıda yer almamasının uygun olduğunu düşünüyoruz.

<sup>24</sup> Göger, s. 156.

<sup>25</sup> Aynı yönde görüş için bkz., Fişek, *Vatana Bağlılıkla Bağdaşmayan Eylemler*, s. 386.

<sup>26</sup> Sözleşmenin 7. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, ilgilinin yabancı devlet vatandaşlığını kendi isteği ile kazanması hali, âkit devletlerce vatandaşlığın kaybında hukukî sebeplerden biri olarak sayılmıştır.

<sup>27</sup> Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 3. maddesinin birinci fıkrasında, vatandaşlık hukuku alanında, devletin kendi vatandaşlarını kendisinin belirleyeceği konusunda münhasır bir yetkiye sahip olduğu esası kabul edilmektedir.

### bb. Muvazzaf Askerlik Hizmetini Yapmak veya Yurt Savunmasına Katılmak İçin Yapılan Çağrıya Uymamak

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 25. maddesinin (ç) bendine göre, yurt dışında bulunup da muvazzaf askerlik görevini yapmak veya Türkiye'de savaş ilanı üzerine, yurt dışında bulunup da yurt savunmasına katılmak için yetkili kılınmış makamlar tarafından usulen yapılacak çağrıya mazeretsiz olarak üç ay içinde icabet etmeyenler hakkında kaybettirme kararı verilebilir.

Bu bendin uygulanabilmesi için gerekli şartlar şunlardır:

- Öncelikle, ilgili yurt dışında bulunmalıdır. Kişinin yurt dışında bulunma sebebi önemli değildir.

- İlgiliye çağrıda bulunulmuş olmalıdır. Bu çağrının nedeni, ilgilinin muvazzaf askerlik hizmetini yapması ya da savaş halinin ortaya çıkmış olması nedeniyle ülke savunmasına katılmasını istemek olmalıdır.

- İlgiliye yapılan bu çağrı, yetkili makamlar tarafından ve usulüne uygun olarak yapılmış olmalıdır. Eğer, ilgiliye yapılan çağrı usulüne uygun olarak yapılmamışsa, bu çağrıya uymama, bir kaybettirme nedeni olamaz.<sup>28</sup> Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin (TVKUY)<sup>29</sup> 36. maddesinin (ç) bendine göre, usulen yapılacak çağrı, Türk kanunları ile, ilgilinin oturduğu yabancı memleket mevzuatının tespit ettiği şekle göre belirlenir. Örneğin, adresi bulunamayan bir kişiye, *Resmî Gazete'* de ilan yoluyla çağrı yapılması, usulüne uygun bir çağrı olarak nitelendirilemez.<sup>30</sup>

- İlgiliye, yapılan çağrı ile üç aydan az olmamak üzere bir süre verilmiş olmalıdır.

- İlgilinin, çağrıya uymaması bir mazerete dayanmamalıdır. Kanundaki 'mazeret' ile neyin kastedildiği ise, yönetmeliğin adı geçen hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, mazeret, askerlik kanunları çerçevesinde düşünülecek ve değerlendirilecektir.

<sup>28</sup> Doğan, s. 129.

<sup>29</sup> Metinde 'Yönetmelik' olarak da adlandırılmıştır.

<sup>30</sup> Fişek, *Vatana Bağlılıkla Bağdaşmayan Eylemler*, s. 390.



### cc. Askere Sevk Sırasında veya Kıtalarına Katıldıktan Sonra Yurt Dışına Kaçıp da Kanunî Süre İçinde Dönmeyenler

Askerlikle ilgili bir diğer kaybettirme nedeni, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 25. maddesinin (d) bendinde düzenlenmiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için gerekli koşulları ise şunlardır:

- İlgili kişi, yurt içinde fiilen askere alınmış olmalıdır.

- Askere alınan kişi, kıtasına sevk edilirken ya da kıtasına katıldıktan sonra firar etmiş olmalıdır. Askere sevk edilmeden önce askerlikten kaçan kişiler hakkında bu hükme dayanarak kaybettirme kararı verilemez.

- İlgili, yurt dışına kaçmış olmalıdır. Askere sevk sırasında ya da kıtasına katıldıktan sonra, askerden kaçan kişiler, eğer yurt içindelerse, bu kişiler hakkında kaybettirme kararı verilemez. Askerlikten kaçanlar hakkında vatandaşlığın kaybettirilmesi kararı verilebilmesi için, bu kişilerin yurt dışına kaçmış olmaları gerekir.

- İlgili, kanunî süre içinde dönmemiş olmalıdır. Burada kanunî süreyi belirlemede esas alınacak kanun, Askerlik Kanunu'dur.

### dd. Silahlı Kuvvetler Mensupları İle Askerlik Görevini Yapmakta Olanlardan Görev, İzin, Hava Değişimi veya Tedavi İçin Yurt Dışında Bulunup da, Süresi Bittiği Halde Mazeretsiz Olarak Üç Ay İçinde Geri Dönmeyenler

Askerlikle ilgili son kaybettirme nedeni 25. maddenin (e) bendinde düzenlenmiş olup, hükmün uygulanabilmesi için gerekli koşullar şunlardır:

- İlgili, ya silahlı kuvvetler mensubu ya da askerlik görevini yapmakta olmalıdır.

- Silahlı kuvvetler mensubu olan ya da askerlik görevini yapmakta olan ilgilinin, görev, izin, hava değişimi ya da tedavi amacıyla yurt dışına çıkmış olması gerekir. İlgili yurt dışına, usulüne uygun olarak ve belli bir süre için çıkmış olmalıdır. Yurt dışına çıkış, usulüne uygun değilse, bu madde hükmüne dayanılarak kaybettirme kararı verilemez.

- Usulüne uygun olarak yurt dışına çıkmış olan kişiye verilmiş olan muayyen süre bitmiş olmalıdır. Buna ek olarak, ilgili muayyen sürenin bitmesinden sonraki üç ay içinde de göreve dönmemiş olmalıdır.

- İlgilinin, göreve dönmemesinin mazereti olmamalıdır. Burada hangi hallerin mazeret olarak kabul edileceği yine askeri kanunlar çerçevesinde belirlenecektir.

Askerliğe ilişkin kaybettirme nedenlerini bu şekilde belirttikten sonra, öncelikle şunu belirtmekte fayda vardır. 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 25. maddesinin (ç), (d) ve (e) bentlerinde düzenlenmiş olan bu kaybettirme nedenlerinin sonuç doğurabilmesi için, Millî Savunma Bakanlığı'nun teklifi ve Bakanlar Kurulu'nun kararı gerekir. Ayrıca, bu hallerde, ilgili, Bakanlar Kurulu'nca kaybettirme kararı verilmeden önce yurda dönerse, artık hakkında kaybettirme kararı verilemez.

Askerlikle ilgili kaybettirme nedenlerinin düzenlendiği, 25. maddenin (ç), (d) ve (e) bentleri de Tasarıda yer almamaktadır. Gerçekten de, askerlik hizmetinin vatandaşlık kazanmada ya da kaybetmede bir şart olup olmaması gerektiği yönündeki soru, toplumdan topluma ve zamandan zamana farklılık göstermiştir. 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda askerlik hizmetine vatandaşlığın kaybı açısından geniş yer verilmiş ve sekiz kaybettirme nedeninden üçü askerlik konusu ile ilişkilendirilmiştir. Oysa ki, kişinin devlete karşı askerlik hizmetinden daha önemli yükümlülükleri bulunmaktadır. Ayrıca, ilgilinin devlete karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesinin yaptırımının vatandaşlığını kaybetmek olması da hakkaniyete aykırıdır.<sup>31</sup> Bu nedenlerle tasarıda askerliğe ilişkin kaybettirme nedenlerine yer verilmemesinin isabetli bir tercih olduğu kanısındayız.

Şu ana kadar incelediğimiz bu dört kaybettirme nedeniyle ilgili olarak, tasarinın 44. maddesinde bir düzenleme bulunmaktadır. '403 sayılı Kanuna göre Türk vatandaşlığını kaybedenler' başlığını taşıyan bu madde, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 25. maddesinin (a), (ç), (d) ve (e) bentleri uyarınca Türk vatandaşlığını kaybetmiş olanların durumuna ilişkindir. Buna maddeye göre, anılan bentlere göre Türk vatandaşlığını kaybetmiş olan kişiler başvurmaları halinde, millî güvenlik ve kamu düzeni açısından engel teşkil edecek bir hali bulunmak kaydıyla, Türkiye'de ikâmet etme şartı aranmaksızın, Bakanlar Kurulu Kararı ile yeniden Türk vatandaşlığına alınabilirler.

<sup>31</sup> Göger, s. 150-151.

### ee. Yetkili Makam Kararı ile Türk Vatandaşlığını Kazananlara İlişkin Kaybettirme Nedeni

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nunda yer alıp, tasarıda yer almayan bir diğer kaybettirme nedeni, 25. maddenin (f) bendinde düzenlenmiş olan, yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanmış olanlara yönelik kayıp halidir. Bu hükme göre, yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazandıktan sonra kesintisiz olarak yedi yıl Türkiye'de oturmuş ve Türkiye ile ilgi ve bağlılığını kesmediğine ve Türk vatandaşlığını devam ettirmeye istediğine dair resmî temas ve işlemlerde bulunmayanlar hakkında kaybettirme kararı verilebilir.

Bu hükme göre, kaybettirme kararı verilebilmesinin şartları şunlardır:

- İlgili, Türk vatandaşlığını, yetkili makam kararı ile -genel olarak vatandaşlığa alınma (m. 6), istisnâ olarak vatandaşlığa alınma (m. 7) veya yeniden vatandaşlığa alınma (m. 8) yollarından biri ile kazanmış olmalıdır. Türk vatandaşlığı, yetkili makam kararı ile değil de, başka bir sebeple kazanılmış ise, bu hükme dayanılarak, kaybettirme kararı verilemez. Türk vatandaşlığını, evlenme ya da evlat edinme gibi nedenlerle, hukukî bir işlemin kanunî sonucu olarak kazanmış kişiler hakkında bu madde hükmü uygulanamaz.

- İlgilinin, kesintisiz yedi yıl Türkiye dışında oturmuş olması gerekir. Burada, oturmuş olma ya da sakin olma yeterli olup, kişinin ikâmetgah sahibi olmasına gerek yoktur.

- İlgili, en az yedi yıl Türkiye ile ilgisini ve bağlılığını kesmiş olmalıdır. Bu yedi yıllık sürenin başlangıcı, yurt dışına çıkış tarihi değil, Türkiye ile ilgi ve bağlılığını gösteren son işlem tarihidir.<sup>32</sup>

- İlgili, Türkiye ile ilgisini ve bağlılığını kesmediğine ve Türk vatandaşlığını muhafaza etmek istediğine delalet edecek resmî temas ve işlemlerde bulunmamalıdır. İlgili Türkiye'ye gelmiyor, ancak, doğum, ölüm, evlenme gibi kişisel bilgilerini Türk konsoloslukuna bildiriyor, askerliğe ilişkin işlemlerini yine konsolosluk aracılığı ile takip ediyor olabilir. Bu gibi hallerde, ilgilinin Türkiye ile ilgi ve bağının devam ettiği kabul edilir ve bu hükme dayanarak kaybettirme kararı verilemez.

<sup>32</sup> Doğan, s. 131.

Bu bende göre, kaybettirme kararının verilebilmesi için, ilgilinin belirlenen süre içinde Türkiye ile ilgi ve bağlılığının devam edip etmediğini tespit etmek gerekmektedir. Ancak, bunun tespiti güç olduğu gibi, nasıl tespit edileceği de ayrı bir sorundur.

Öte yandan, yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanmış kişilere ilişkin bu kaybettirme nedeni, Anayasanın 66. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan '*hukukîlik ilkesi*' ve '*müktesep vatandaş ile an'asil vatandaş arasında ayırım yapılamamalıdır*' hükmünü getiren, Avrupa Vatandaşlığı Sözleşmesinin 5. maddesinin ikinci fıkrası ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenlerle hükmün Tasarıda yer almaması uygun olmuştur.

#### **ff. Birden Fazla Vatandaşlığa Sahip Olan Türk Vatandaşlarına İlişkin Kaybettirme**

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda düzenlenmiş olup da, Tasarıda yer almayan son kaybettirme nedeni, 25. maddenin (h) bendinde yer alan düzenlemedir. Bu bende göre, herhangi bir yolla yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olup, kesintisiz en az yedi yıl Türkiye dışında oturan ve Türkiye ile ilgi ve bağlılığını kesmediğine ve Türk vatandaşlığını muhafaza etmek istediğine delalet edecek resmî temas ve işlemlerde bulunmayanlar hakkında Bakanlar Kurulu kaybettirme kararı verebilir.

Bu hükme göre kaybettirme kararı verilebilmesi için aranan şartlar şunlardır:

- İlgilinin, Türk vatandaşlığını koruyarak, başka bir devlet vatandaşlığını kazanmış olması gerekir. Başka bir anlatımla, ilgili birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olmalıdır. Bu hükme göre, kaybettirme müeyyidesinin uygulanabilmesi için, kişinin yabancı devlet vatandaşlığını herhangi bir yolla kazanmış olması yeterli olup, ilgilinin iradî ya da irade dışı yabancı devlet vatandaşlığını kazanmış olmasının herhangi bir önemi yoktur.

- İlgili, kesintisiz, en az yedi yıl, Türkiye dışında oturmuş olmalıdır. Bu bende göre de, ikâmetgah sahibi olmaktan bahsedilmemekte, sadece oturması yeterli görülmektedir.

- İlgili, Türkiye ile ilgi ve bağlılığını kesmediğine ve Türk vatandaşlığını korumak istediğine delalet edecek resmî temas ve işlemlerde bulunmamalıdır. İlgilinin, Türkiye’de taşınmaz mallarının veya işyerinin bulunması, aile üyelerinden bir kısmının Türkiye’de yaşıyor olması ve bunlarla ilişkilerini sürdürüyor olması, medenî hal değişiklikleri gibi olayları Türk makamlarına bildiriyor olması ya da askerlikle ilgili işlemlerini takip etmesi gibi olaylar, ilgilinin Türkiye ile ilgi ve bağının devam ettiğine delalet eden temas ve işlemlerdir.

TVK’nın 25. maddesinin (f) bendinde olduğu gibi burada da ilgilinin, Türkiye ile ilgi ve bağlılığının devam edip etmediğinin tespiti kolay değildir.

Hem 25. maddenin (f), hem (h) bendinde yer alan kaybettirme sebepleri diğer nedenlerle de eleştiriye açıktır. Bir kere, bu bentlerde belirtilmiş olan nedenleri, vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylem olarak kabul etmek güçtür. Diğer bir husus ise, kanun koyucunun bu hükümleri getirirken dayandığı esaslardır. Kanun koyucu, yukarıda incelediğimiz son iki bentte, iki grup Türk vatandaşı –yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığını kazananlar ile herhangi bir yolla yabancı devlet vatandaşlığını kazananlar- için, vatandaşa devlet arasında gerçek bir bağın kalmadığı esasına dayanarak kaybettirme nedenleri belirlemeye çalışmıştır. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi de, ‘ülke dışında mutaden sakin vatandaş ile millî devlet arasında gerçek bir bağın bulunmaması’ nı vatandaşlığın kaybı nedeni olarak kabul etmektedir. Her ne kadar, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 25. maddesinin (f) ve (h) bentlerinde düzenlenen kaybettirme hallerinin ‘tabiiyetin gerçekliği ilkesi’ne hizmet ettiği ileri sürülebilirse de, böyle bir kayıp sebebinin sadece yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanmış olanlar ya da sonradan başka bir devlet vatandaşlığını kazanmış olan Türk vatandaşları bakımından düzenlenmesi tutarlı bir yaklaşım olarak kabul edilemez. Kanunkoyucu, vatandaş ile devlet arasında gerçek bir bağın kalmamasını, kaybettirme nedeni olarak kabul ediyorsa, bunu müktesep vatandaş – an’asıl vatandaş ayrımı gözetmeksizin yapmalıdır. Aynı şekilde, gerçek bir bağın kalmaması kaybettirme sebebi olacak ise, çifte/çok vatandaşlığa sahip olan Türk vatandaşları ile sadece Türk vatandaşlığına sahip olanlar arasında da bir ayırım yapılmamalıdır. Yürürlükteki kanunun 25. maddesinin (f) bendindeki hüküm, müktesep vatandaşlar ile aslî vatandaşlar; (h) bendindeki hüküm ise,

çifte vatandaşlığa sahip Türk vatandaşları ile çifte vatandaşlığa sahip olmayan Türk vatandaşları arasında ayırıcılık yapmaktadır.

Dolayısıyla, yukarıda belirtilen nedenlerle, tasarıda bu tür kaybettirme sebeplerine yer verilmemiş olmasının uygun olduğunu düşünüyoruz. Kaldı ki, tasarının çifte/çok vatandaşlığa karşı yaklaşımının olumlu olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Tasarının 'tanımlar' başlığını taşıyan 3. maddesinde çok vatandaşlığın tanımının yapılması ve ayrıca 45. maddede<sup>33</sup> çifte/çok vatandaşlar için özel bir düzenlemeye yer verilmiş olması tasarının çifte/çok vatandaşlığa karşı olumlu yaklaşımını açıkça ortaya koymaktadır. tasarının, bir yandan çifte vatandaşlığa olumlu yaklaşırken, öte yandan çifte vatandaşlığa sahip olanlar için 25. maddenin (f) ve (h) bentlerindeki kaybettirme sebeplerini muhafaza etmesi çelişkili olurdu.

## **b. Türk Vatandaşlığı Kanunu ile Tasarıda Düzenlenen Ortak Kaybettirme Halleri**

Hem 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda, hem de Tasarıda ortak olarak düzenlenmiş, iki kaybettirme nedeni bulunmaktadır. Bu başlık altında bu kaybettirme nedenleri ve şartları incelenecektir.

### **aa. Yabancı Bir Devletin Türkiye'nin Menfaatine Uymayan Hizmetinde Bulunanlar**

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nunda ve tasarıda düzenlenmiş olan, ortak kaybettirme nedenlerinden ilki, kanunun 25. maddesinin (b) bendinde, tasarının ise '*Türk vatandaşlığını kaybettirme*' başlığını taşıyan 29. maddesinin (a) bendinde düzenlenmiştir. Kanunun 25. maddesinin (b) bendine göre, yabancı bir devletin, Türkiye'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunup da hükümetçe, bu görevi bırakmaları kendilerine yurt dışında elçilik veya konsolosluklarımız, yurt içinde ise mahalli mülkîye amîrleri tarafından bildirilmesine rağmen üç aydan az olmamak üzere verilecek münasip bir süre içerisinde kendi istekleriyle bırakmayanlar hakkında vatandaşlığın kaybına karar verilebilir.

<sup>33</sup> Bu maddeye göre, herhangi bir nedenle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin, bu durumlarına ilişkin belgeleri ibraz etmeleri halinde, nüfus kütüklerine, çok vatandaşlığa sahip olduklarına ilişkin açıklama yapılır.

Bu bende göre, Türk vatandaşlığının kaybettirilebilmesi için gerekli şartları şu şekilde belirlemek mümkündür:

- İlgili, yabancı bir devletin, Türkiye'nin menfaatine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunuyor olmalıdır. Yönetmeliğin 36. maddesinin (b) bendine göre, bu hizmetin yapıldığı yerin yurt içi veya yurt dışı olmasının önemi olmadığı gibi, hizmetin resmî ya da özel, askerî veya sivil olmasının da önemi yoktur. Önemli olan, yapılan hizmetin Türkiye'nin menfaatlerine uygun olmamasıdır. Bu bentte yer alan '*menfaat*' kavramı açık değildir ve bu nedenle, vatandaşlık hukukunda aranan istikrar ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmektedir.<sup>34</sup> Yönetmeliğin aynı maddesi uyarınca, hangi tür hizmetlerin Türkiye'nin menfaatlerine uygun olmadığına karar verme yetkisi, Bakanlar Kuruluna aittir.

- Yetkili makamlarca ilgiliye, yabancı devlete hizmet niteliği taşıyan görevini bırakması gerektiği yönünde bildirimde bulunmuş olmalıdır. İlgili hangi tür hizmetlerin Türkiye'nin menfaatine aykırı olduğunu bilebilecek durumda olmadığından, görevi bırakması konusunda bildirim yapılmadan, hakkında kaybettirme kararı verilmesi mümkün değildir. Ayrıca, bu bildirim yazılı olması gerekmektedir.<sup>35</sup>

- İlgiliye görevi bırakması yönündeki bildirim, yurt içinde mahalli mülkiye amîrleri, yurt dışında elçilik veya konsolosluklarca yapılmalıdır.

- İlgiliye görevi bırakması için üç aydan az olmayan, uygun bir süre verilmiş olmalıdır. İlgiliye verilecek süre, kişinin durumu ve hizmeti bırakabilme imkânı nazara alınarak tespit edilmelidir. Ancak, ilgiliye verilecek bu süre, her halde üç aydan az olmamalıdır.

Yapılan bildirimde rağmen verilen süre içinde ilgili iradî olarak hizmete devam ediyor olmalıdır. Şayet, ilgili kendi iradesi dışında hizmete devam ettirilmiş ise, bu durumda kişiye kaybettirme müeyyidesinin uygulanması mümkün değildir. Çünkü bu halde kişi kendi iradesi ile değil, cebir veya şiddet kullanılarak hizmete devam ettirilmektedir.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Göger, s. 155.

<sup>35</sup> Aybay, s. 236.

<sup>36</sup> Nomer, s. 119; Doğan, s. 128.

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'ndaki bu düzenleme tasarıda da yer almıştır. Tasarının 25. maddesinin (a) bendindeki düzenlemede birkaç nüans bulunmaktadır ve düzenleme aynen şöyledir: '*Yabancı bir devletin, Türkiye'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunup da bu görevi bırakmaları kendilerine yurt dışında dış temsilcilikler, yurt içinde ise mülki amîrleri tarafından bildirilmesine rağmen, üç aydan az olmamak üzere verilecek uygun bir süre içerisinde kendi istekleri ile bu görevi bırakmayanlar*'. Görüleceği üzere, kanundaki '*Hükümetçe*' ibaresi tasarıda bulunmamaktadır ve '*elçilikler veya konsolosluklar*' ibaresi yerine, yine aynı anlama gelen, '*dış temsilcilikler*' kavramı uygun görülmüştür.

Tasarı ile kabul edilen bu ilk kaybettirme nedeni -yabancı bir devletin, Türkiye'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunmak- diğer şartların da gerçekleşmesiyle bir kaybettirme nedeni olarak tespit edilmiştir. Türkiye'nin menfaatine uymayan hizmet, zamana ve koşullara göre değişen bir kavram olma özelliğini taşıdığı için, tasarıda bu kavramın tanımlanması yoluna gidilmediği gibi, hangi durumların bu kavram içine gireceğini de belirtilmemiştir. Dolayısıyla, tasarının bu konudaki yaklaşımının isabetli olduğunu düşünüyoruz. Kaldı ki, bu konudaki değerlendirmeyi yapacak olan makamın Bakanlar Kurulu olmasının, ilgili kişi bakımından güvence sağlayacağı hususunun da göz ardı edilmemesi gerekir.<sup>37</sup>

Tasarının 25. maddesinin (a) bendindeki düzenleme, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 7. maddesinin (d) fıkrasında yer alan '*Akit devletin önemli menfaatlerine ciddi surette zarar veren fillerde bulunmak*' hükmü ile esasen aynı doğrultudadır. Ancak, Tasarının söz konusu maddesinde kullanılan '*menfaat*' kavramı için yaptığımız açıklamalar, Sözleşme için de geçerlidir.

### **bb. Türkiye'nin Savaş Halinde Olduğu Bir Ülkenin Her Türü Hizmetinde Bulunanlar**

Hem 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda, hem de tasarıda düzenlenmiş olan ikinci ve son ortak kaybettirme nedeni ise, savaş haline ilişkin bir durumdur. Kanununun 25. maddesinin (c) bendine göre, Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde kendi istekleriyle Hükümetin izni olmadan çalışmaya devam eden Türk Vatandaşları hakkında kaybettirme kararı verilebilir.

<sup>37</sup> Aybay, s. 236; Fişek, *Vatana Bağlılıkla Bağdaşmayan Eylemler*, s. 388.



Bu bende göre, kaybetmenin gerçekleşmesi aşağıdaki şartların varlığına bağlıdır:

- Bu hükmün uygulanabilmesi için, Türk vatandaşının hizmetinde bulunduğu yabancı ülke ile Türkiye'nin savaş halinde bulunması gerekmektedir. Türk Vatandaşının yabancı devlete sağladığı hizmetin türü önemli değildir. Ayrıca, verilen hizmetin Türkiye'nin menfaati ile çelişiyor olmasının da önemi yoktur. Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde bulunmak vatandaşlıkla bağdaşmayan bir eylem olarak kabul edilmektedir.<sup>38</sup>

- İlgiliye, hizmeti bırakması hususunda, bir bildirim yapılması gerekli değildir. İlgilinin hizmetinde bulunduğu yabancı devlet ile Türkiye arasında savaş halinin ortaya çıkmasıyla, başka hiçbir uyarıya gerek kalmaksızın hizmeti kendiliğinden bırakması beklenmektedir.<sup>39</sup>

- İlgilinin, yabancı devlet hizmetinde kendi iradesi ile çalışıyor olması gerekir. İlgilinin hizmete devamı, iradesi dışında gerçekleştiriyor ise, hakkında kaybettirme kararı verilmez.<sup>40</sup> Örneğin, çalışma kampına konulma, ilgilinin çeşitli nedenlerle hizmete devam etmeye zorlanıyor olması halinde kaybettirme kararı verilmeyecektir.<sup>41</sup>

-Türk vatandaşının yabancı devletin hizmetinde çalışmasına devam etmesi konusunda Türk hükümeti izin vermemiş olmalıdır. Başka bir anlatımla, ilgili Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin hizmetinde bulunmaya hükümetin izni ile devam ediyor ise, bu halde kaybettirme kararının verilmesi mümkün değildir. Bu iznin hangi hallerde ve nasıl verileceği konusunda açıklık bulunmamakla birlikte, konunun özelliği nedeniyle bu anlaşılabilir bir düzenleme şeklindedir.<sup>42</sup>

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda yer alan bu düzenleme hemen aynen korunarak tasarıda da yer almaktadır. Tasarının 29. maddesinin (b) bendi konuyu şu şekilde düzenlemiştir. '*Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde Bakanlar Kurulu'nun izni olmaksızın kendi istekleriyle çalışmaya devam edenler*' hakkında kaybettirme kararı verilebilir.

<sup>38</sup> Aybay, s. 234; Doğan, s. 128-129.

<sup>39</sup> Nomer, s. 119; Aybay, s. 234

<sup>40</sup> Nomer, s. 119; Aybay, s. 235; Doğan, s. 129.

<sup>41</sup> Uluocak, s. 85; Aybay, s. 235.

<sup>42</sup> Uluocak, s. 85; Aybay, s. 235; Doğan, s. 129.

Avrupa Vatandaşlığı Sözleşmesi'nde, '*başka bir ülkede izinsiz askerlik hizmetinde bulunma*' dışında, askerliğe ilişkin herhangi bir kaybettirme nedeni yer almadığı gibi, savaş gibi olağanüstü duruma işaret eden bir kaybettirme nedeni de bulunmamaktadır. Bu hükmün tasarıda yer alması, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ile olan uyumunu bozduğu gerekçesiyle eleştirilebilir. Bununla beraber, savaş halinin istisnaî bir durum olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu duruma özgü bir kaybettirme sebebinin kabul edilmiş olması anlaşılabilir. Kaldı ki, böyle bir hüküm kanunlarında yer almasa bile, birçok devlet savaş halinde, düşman devlete hizmet eden kendi vatandaşları için cezai yaptırımlar içeren yasal düzenlemeleri yapabileme imkânına zaten sahiptir.

### c. Tasarıda Düzenlenip Türk Vatandaşlığı Kanununda Yer Almayan Kaybettirme Hali

Tasarının 29. maddesinin (c) bendinde düzenlenmiş olan kaybettirme nedeni ise, yeni getirilmiş bir düzenlemedir. Tasarının genel gerekçesinden, bu düzenlemenin getiriliş nedeninin, Tasarının, Avrupa Vatandaşlığı Sözleşmesi ile paralellik sağlaması yönündeki çabası olduğu belirtilmiştir.

#### aa. Başka Bir Ülkede İzinsiz Askerlik Hizmetinde Bulunanlar

Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın 29. maddesinin (c) bendinde, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda yer almayan, vatandaşlığın kaybı hallerinden sonuncusu düzenlenmiştir. Bu bende göre, izin almaksızın yabancı bir devletin hizmetinde gönüllü askerlik yapmak vatandaşlığın kaybı nedenidir.

Bu bendin uygulanabilmesi için gerekli şartları şu şekilde belirlemek mümkündür.

- Öncelikle, ilgilinin, başka bir ülke için askerlik hizmetini yapıyor olması gerekir.

- İlgili, askerlik hizmetini izinsiz olarak yapmalıdır. Başka bir anlatımla, ilgili başka bir ülke için askerlik hizmeti yapmak için izin almışsa, bu hükmeye dayanarak hakkında kaybettirme kararı verilemeyecektir.

- Son olarak, ilgilinin, askerlik hizmetini gönüllü yapıyor olması gerekmektedir.

Buna göre, askerlik hizmetini yapma konusunda ilgili gönüllü değilse, buna zorlanmışsa, hakkında kaybettirme kararı verilemeyecektir.

Bu şartların gerçekleşmesi halinde, ilgili hakkında kaybettirme kararı verilebilecektir.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ile paralel düzenlemeler getirme çabasında olan Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nda yer alan bu düzenleme, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 7. maddesinin (c) bendinde de benimsenmiştir. Bu bende göre, gönüllü olarak yabancı askerî kuvvetlerde askerlik yapmak, vatandaşlığın kaybı nedeni olarak sayılmıştır.<sup>43</sup> Kanaatimizce, askerlik gibi, ülke savunması için önem taşıyan bir hizmetin yabancı bir ülkede gönüllü olarak yapıyor olmasının vatandaşlığın kaybettirilmesi nedeni olarak düşünülmesi yerinde bir tercihtir.

<sup>43</sup> Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 7. maddesinde, vatandaşlığın kanun yoluyla veya yetkili makam kararıyla kaybında millî hukuk düzenlemelerinin yer verebileceği hukukî sebepler şu şekilde belirlenmiştir:

Yabancı bir devlet vatandaşlığını ilgilinin kendi isteği ile kazanması,  
Akit devlet vatandaşlığının hile, yalan beyan veya başvuru sahibine atfedilebilen ve vatandaşlığa alınmaya etkili bir vakıanın gizlenmesi suretiyle kazanılması,

Yabancı askerî kuvvetlerin hizmetinde gönüllü olarak bulunmak,  
Akit devletin önemli menfaatlerine ciddi surette zarar veren fiillerde bulunmak,

Ülke dışında mutaden sakin vatandaş ile millî devleti arasında gerçek bir bağın bulunmaması,

Akit devlet hukukuna uygun olarak çocuğun kanun hükmü icabı doğumla vatandaşlık kazanmasına yol açmış ön şartların çocuk reşit olmadan önce ortadan kalkmış olması,

Çocuğun evlat edinmenin veya evlat edinenlerden birinin vatandaşlığını kazanması halinde evlat edinmedir.

Bununla birlikte, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 7. maddesinin 3. fıkrasına göre, ilgili vatansız kalacak ise, belirtilen bu nedenlerden dolayı dahi vatandaşlığın kaybı mümkün değildir. Bunun tek istisnası, hile, yalan beyan veya başvuru sahibine atfedilebilen ve vatandaşlığa alınmaya etkili bir vakıanın gizlenmesi suretiyle kazanılması durumudur. Böylelikle, sözleşmenin öncelikli amacının vatansızlığı önlemek olduğu ortadadır. Ayrıca, bu husus sözleşmenin 4. maddesinin (b) fıkrasında da '*vatansızlık önlenecektir*' şeklinde ifade edilmiştir.

#### d. 403 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ile Tasarıya Göre Kaybettirme Kararı Verilmesi ve Kaybettirme Kararının Sonuçları Bakımından Değerlendirilmesi

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda olduğu gibi, tasarıda da, Bakanlar Kurulu, kaybettirme kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Şöyle ki, ilgilinin eylem ve işlemleri, tasarıda aranan şartları taşıyor olsa bile, Bakanlar Kurulu kaybettirme kararı vermek zorunda değildir. Zira, tasarı'nın 29. maddesi "*Bakanlar Kurulu kararı ile kaybettirilebilir*" şeklinde bir düzenleme getirmiştir.

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 29. maddesi Türk vatandaşlığını kaybedenlerin hukukî statüsünü düzenlemektedir. Buna göre, Türk vatandaşlığını kaybeden kişi, yabancı statüsüne geçer. Adı geçen kanunun 34. maddesine göre de, kaybettirme kararları şahsîdir. İlgilinin eş ve çocuklarını etkilemez.

Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın 30. maddesi, '*Türk vatandaşlığının kaybettirilmesinin geçerliliği ve sonuçları*' başlığını taşımaktadır. Adı geçen maddenin birinci fıkrasına göre, Türk vatandaşlığının kaybettirilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararı *Resmî Gazete*'de yayımlanır ve Türk vatandaşlığının kaybına ilişkin kararlar, *Resmî Gazete*de yayımlandığı tarihten itibaren hüküm ifade eder. Aynı maddenin ikinci fıkrasında kaybettirme kararının sonuçları düzenlenmiştir. Buna göre, kaybettirme kararları şahsîdir, ilgilinin eş ve çocuklarına tesir etmez. Görüldüğü gibi, kaybettirme kararı, cezaî mahiyette bir karar olduğu için şahsi sonuç doğurur. Dolayısıyla, sadece bu karara konu olan kişiyi etkiler, eşine bir etkisi yoktur. Ayrıca, Türk vatandaşlığının kaybettirilmesi kararı mutlak olarak kişisel nitelik taşıdığından, hakkında kaybettirme kararı alınan ilgilinin çocukları Türk vatandaşı olarak kalmaktadır.

## 2. Vatandaşlığa Alınmanın İptali

Hem 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda, hem de tasarıda yer alan vatandaşlığın irade dışı kayıp hallerinden ikincisi '*vatandaşlığa alınmanın iptali*' müessesesidir. Bu müessese, Türk vatandaşlık hukukuna, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ile girmiştir. Bu müesseseye ne *Tâbiyyet-i Osmaniye Kanunnamesi*'nde, ne de 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda yer verilmişti.

Vatandaşlığın telsik yoluyla kazanıldığı hallerde, vatandaşlık kazanmak isteyen ilgili için kanunlarda birtakım koşullar belirlenmiştir. İlgilinin vatandaşlığa alınmak istemi üzerine, kanunun aradığı şartların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılır.<sup>44</sup> Ancak, uygulamada karşılaşılan örnekler, telsik kararlarının, hatasız olmadığını göstermektedir. Bu hataların nedeni, telsik talebinde bulunan kişinin davranışı nedeniyle olabileceği gibi, idarenin kusuru ile de olabilir.<sup>45</sup> Başka bir anlatımla, vatandaşlığa alınmak isteyen ilgili, yetkili makamları bilerek, isteyerek yanılabilir ve vatandaşlığa alınma kararı ilgilinin vermiş olduğu bu yalan bilgiler dolayısıyla verilmiş olabilir; ya da bu durumun tam tersi de gerçekleşebilir; yani vatandaşlığa alınmak isteyen kişi kendisinden istenen bilgileri tam ve doğru olarak verdiği halde, yetkili makam, bu bilgilere göre, vatandaşlığa alınmaması gereken bir kişinin vatandaşlığa alınmasına karar vermiş olabilir. Her iki halde de kanuna aykırı olarak kazanılmış bir statü -vatandaşlık- söz konusudur.<sup>46</sup>

Vatandaşlığa alınmanın iptali müessesesinin amacı, ilgilinin yalan beyanı ile gerçekleşen idarî tasarrufun -sakat bir tasarruf olduğu için- geri alınabilmesidir<sup>47</sup> ve hiç kuşkusuz, eski vatandaşlık kanunlarımızda yer almayan bu müessese bir gereksinimi karşılamaktadır.

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 24. maddesi '*vatandaşlığa alınmanın iptali*' başlığı altında, vatandaşlığa alınmanın hangi koşullar altında ve kadar süre içinde geri alınabileceğini, 33. maddesi ise, vatandaşlığa alınmanın hüküm ve sonuçlarını düzenlemiştir. Tasarıda ise, vatandaşlığa alınmanın iptaline ilişkin şartlar 31. madde de '*Türk vatandaşlığının iptali*' başlığı altında; iptal kararının sonuçları 32. madde

<sup>44</sup> Fişek, Hicri, 'Vatandaşlığa Alınmanın İptali', *Prof. Dr. O. F. Berki'ye Armağan*, Ankara 1977, s. 376.

<sup>45</sup> Göger, s. 137.

<sup>46</sup> Fişek, *İptal*, s. 376; Bazı ülke kanunları, bu gibi hallerde nasıl hareket edileceğini açık olarak hükme bağlamışlar ve vatandaşlığa alınmanın hileli olup ve olmamasına göre farklı hükümler kabul etmişlerdir: Fişek, *İptal*, s. 376; ayrıca örnek için bkz., Fişek, *İptal*, s. 376-377; 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunumuz ise, vatandaşlığa alınmanın iptaline ilişkin hükümlerini etkilemiş olan 29 Eylül 1952 tarihli '*İsviçre Vatandaşlığının Kazanılması ve Kaybı Hakkındaki Federal Kanun*' dan etkilenmiş ve vatandaşlığa alınmanın iptalini, vatandaşlığa alınmanın hileli olup olmamasına göre ayırım yapmadan, sadece hileli bir şekilde kazanılan vatandaşlığın iptal edilebileceğini hükme bağlamıştır: Fişek, *İptal*, s. 377; 1952 İsviçre Vatandaşlığı Kanununun çevirisi için bkz., Fişek, Hicri '*İsviçre Tâbiyetinin İktisabı ve Kaybı Hakkında Federal Kanun*', *AÜHFĐ.*, 1953, S. 1-4, s. 755-769.

<sup>47</sup> Göger, s. 138.

de 'iptal kararının geçerliliği ve sonuçları' başlığı altında; yine vatandaşlığa alınma kararının iptaline ilişkin bir sonuç olan, malların tasfiyesi konusu ise ayrı bir maddede Â33. maddede 'malları tasfiyesi' başlığı ile- düzenlenmiştir.

Bu bağlamda, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 24. maddesi ile tasarının 31 maddesindeki ilk farklılığın, madde başlıklarında görüldüğünü söyleyebiliriz. Yürürlükteki kanunda 'Vatandaşlığa alınmanın iptali' kavramı tercih edilirken, tasarıda 'Türk Vatandaşlığının iptali' kavramı tercih edilmiştir. Kuşkusuz, 'Türk vatandaşlığının iptali' daha geniş bir kavramdır ve vatandaşlığın yetkili makam kararıyla kazanıldığı her durumu içermektedir. Oysa, 'vatandaşlığa alınmanın iptali' kavramı daha dar bir kavram olup, ancak, vatandaşlığın telsik yoluyla kazanılması hallerinde kullanılması gereken bir yoldur.

Tasarının 31. maddesi, telsikin (genel olarak vatandaşlığa alınma (TVKT m.11) ve istisnai vatandaşlığa alınma (TVKT m.12)) yanı sıra, eski Türk vatandaşlarının yeniden Türk vatandaşlığını yetkili makam kararıyla kazanmasını da kapsamaktadır (TVKT m. 13 ve 14). Öte yandan, tasarı, 11 ila 14. maddelerinde vatandaşlığa alınma ifadesini değil, telsiki de (vatandaşlığa alınmayı da) kapsayacak şekilde, yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması ifadesini kullanmaktadır. Dolayısıyla, 13. ve 14. maddelerde düzenlenen haller, teknik olarak telsik (vatandaşlığa alınma) kabul edilmediğinden, vatandaşlığa alınmanın iptali yerine Türk vatandaşlığının iptali ifadelerinin tercih edilmesi, yetkili makam kararı ile vatandaşlığın kazanıldığı bütün durumları kapsaması nedeniyle isabetlidir.

### a. İptalin Şartları

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 24. maddesine göre, "vatandaşlığa alınma, ilgilinin yalan beyan veya önemli hususları gizlemesi sonucu vuku bulmuş ise, vatandaşlığa alınma kararı Bakanlar Kurulunca iptal edilir".

Tasarının 31. maddesi ise konuyu şu şekilde düzenlemiştir: "Türk vatandaşlığını kazanma kararı, ilgilinin yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususların gizlenmesi sonucunda vukuu bulmuş ise, kararı veren makam tarafından iptal edilir". Görüldüğü gibi, Tasarının, vatandaşlığa alınma terimi yerine, vatandaşlığın yetkili makam

kararı ile kazanıldığı tüm halleri (TVKT m. 11 ila 14) kapsamak üzere tercih etmiş olduğu “*vatandaşlığın kazanılması*” kavramı, 31. maddenin kaleme alınışında da etkili olmuş ve vatandaşlığa alınma yerine Türk vatandaşlığını kazanma kararı ifadelerine yer verilmiştir.

#### aa. İlgili, Yetkili Makam Kararı ile Vatandaşlığı Kazanmış Olmalıdır

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’na göre, vatandaşlığa alınma kararının iptal edilebilmesi için, ilgilinin yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınmış olması gerekir. Kanunun 6. maddesinde düzenlenen genel olarak vatandaşlığa alınma ve 7. maddede düzenlenen istisnâi vatandaşlığa alınma teknik anlamda ‘*telsik*’ olarak adlandırılır. Kanunun 8. maddesinde düzenlenen ‘*yeniden Türk vatandaşlığının kazanılması*’ hali için, her ne kadar kanun koyucu ‘*vatandaşlığa alınma*’ yani ‘*telsik*’ terimini kullanmışsa da, bu yerinde bir kullanım değildir. Zira, bir kişinin daha önceden sahip olduğu bir vatandaşlığı, yetkili makam kararıyla yeniden kazanması, vatandaşlığa alınma (*telsik*) olarak kabul edilmemektedir. *Telsik*, ilgilinin, daha önce sahip olmadığı bir vatandaşlığa yetkili bir makam kararıyla ilk kez kazanmasıdır.<sup>48</sup>

Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı’nın 11. maddesi, TVK’nın 6.maddesindeki genel olarak vatandaşlığa alınmaya; 12. maddesi ise TVK’nın 7.maddesindeki istisnâi olarak vatandaşlığa alınmayı (ki bunlar teknik anlamda *telsik* olarak kabul edilmektedir) karşılamaktadır. Tasarının 13. ve 14. maddeleri ise, Türk vatandaşlığının yetkili makam kararıyla yeniden kazanılmasını (Yürürlükteki Kanununun 8. maddesinde yer alan yeniden vatandaşlığa alınma müessesesine karşılık gelmektedir) düzenlemektedir. Öte yandan, Tasarının 16. maddesinin evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasını da yetkili makam kararıyla kazanma olarak düzenlemiş olduğu göz önünde tutulmalıdır. Dolayısıyla, Tasarıya göre, Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin kararının iptali, evlenme dahil, yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmış olduğu her durumu kapsamaktadır.

<sup>48</sup> Göger, s. 66 vd;

### bb. İlgilinin Yalan Beyanda Bulunması veya (Vatandaşlığı Kazanmaya Esas Teşkil Eden) Önemli Hususların Gizlemesi

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'ndaki "*ilgilinin yalan beyanı veya önemli hususları gizlemesi*" ifadesi, doktrinde farklı şekillerde yorumlanmıştır. Bazı yazarlara göre, yalan beyan ile önemli hususların gizlenmesi arasında fark bulunmaktadır. Şöyle ki, ilgilinin, vatandaşlığa alınma başvurusu sırasında verdiği bilgilerde yalan beyanda bulunmuş olması, kesin iptal nedeni olarak görülmüş; buna karşılık, önemli hususların gizlenmiş olmasının, iptal nedeni sayılabilmesi için, bu hususların '*önemli*' olması gerektiği savunulmuştur.<sup>49</sup> Bir diğer görüş ise, vatandaşlığa alınma şartlarında, yalan beyanın veya gizlenen hususların vatandaşlığa alınmaya müessir olması şartı aranmaktadır.<sup>50</sup>

Tasarıdaki düzenleme ise, "*ilgilinin yalan beyanda bulunması veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlemesi*" şeklindedir. Görüldüğü gibi, tasarı, yürürlükteki kanunda yer almayan, "*vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden*" ibaresine yer vererek bu konudaki tartışmaları sona erdirmektedir. Tasarıdaki bu açık düzenleme karşısında, yalan beyanın, her halde vatandaşlığın iptali sonucunu doğuracağını; bazı hususların gizlenmesi halinin ise, gizlenen hususların vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin kararın verilmesinde esas teşkil ediyor olması halinde iptalin söz konusu olabileceği kanısındayız. Ayrıca, burada ölçüt, gizlenen husus bilinseydi, vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin karar verilmeyecektiye, bu husus, vatandaşlığa alınmada esas teşkil eden önemli bir husus olarak addedilebilir.<sup>51</sup>

### cc. İlgilinin Kastı

Ne kanunda, ne tasarıda ilgilinin kastına ilişkin bir düzenleme bulunmasına rağmen, doktrinde genel kabul gördüğü üzere, iptal için, ilgilinin bilerek ve isteyerek idareyi yanılgıya düşürmüş olması, yani kastı gerekmektedir. İlgilinin bilgisi ve isteği dışında meydana gelmiş olan yanlışlıklar iptale konu olmamalıdır.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> Nomer, s. 111; Aybay, s. 254.

<sup>50</sup> Doğan, s. 117.

<sup>51</sup> Aynı yönde, Uluocak, s. 104; Nomer, s. 109.

<sup>52</sup> Nomer, s. 111; Uluocak, s. 104; Göğer, s. 141; Aybay, s. 254; Doğan, s. 118; karşı görüş için bkz., Fişek, H.: 'Vatandaşlığa Alınmanın İptali', Prof. Dr. O. F. Berki'ye



### dd. Süre Koşulu

İlgilinin, Türk vatandaşlığına alınmasından itibaren belli bir süre geçtikten sonra, artık bu kararın iptal edilemeyeceği yönünde 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda yer alan düzenlemeye paralel bir düzenleme, tasarının 31. maddesinin ikinci fıkrasında da yer almaktadır. Bu maddeye göre, "*iptal kararı, Türk vatandaşlığının kazanılmasından başlayarak on yıl geçtikten sonra verilemez*".

Gerek yürürlükteki kanunda, gerekse tasarıda, süreye ilişkin sınırlama getirilmesinin amacı, '*vatandaşlığın sürekliliği*' ilkesinin bir yansıması<sup>53</sup> ve ilgilinin şahsî statüsünde istikrarın sağlanmasıdır.<sup>54</sup> Böylelikle, ilgilinin sonsuza dek, vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin kararın iptali korkusu ile yaşamasının da önüne geçilmek istenmiştir.

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ile tasarıdaki düzenlemede, süreye ilişkin şart ortak olarak kabul görmüş olmasına rağmen, sürenin uzunluğu konusunda farklılık bulunmaktadır. Şöyle ki, yürürlükteki kanunda bu süre beş yıl olarak belirlenmişken, tasarıda on yıl olarak düzenlenmiştir.

Doktrinde,<sup>55</sup> beş yıllık sürenin dahi hukukî istikrar ilkesi ile bağdaşmadığı yönündeki eleştiriler devam ederken, Tasarıda sürenin on yıl olarak belirlenme nedenini anlamak güçtür.

### b. Kararı Verecek Makam

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ile tasarının kaleme alınışında şöyle bir farklılık daha bulunmaktadır. Yürürlükteki kanunun 24. maddesine göre, vatandaşlığın iptaline karar vermeye yetkili makam '*Bakanlar Kurulu*' iken, tasarıda bu husus 31.maddenin ilk fıkrasında '*kararı veren makam*' olarak düzenlenmiştir.

İdare hukuku ilkelerine göre, idarî bir karar, ancak, mahkeme tarafından iptal edilebilir. Başka bir anlatımla, sakat bir idarî kararın, askılı geçerliliğine son verilebilmesi için o kararın yargı organlarınca iptal edilmesi gerekir. Bu nedenle, gerek yürürlükteki kanunda, gerek-

---

Armağan, Ankara 1977, s. 380 vd.

<sup>53</sup> Nomer, s. 111.

<sup>54</sup> Göğer, s. 141.

<sup>55</sup> Göğer, s. 142.

se tasarıda yer alan *'iptal'*, teknik anlamda iptal değildir.<sup>56</sup>

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 33. maddesinin ikinci fıkrasına göre, *"iptal kararının geriye yürümez"*. Bu nedenle, kanunda iptal olarak ifade edilmiş olan terimin, aslında bir *'geri alma'* işlemi olduğunu da söyleyemeyiz. Zira, geri alma, sakat bir idarî kararın, idarenin alacağı bir başka kararla, alındığı andan itibaren hükümsüz hale gelmesi, hukuk aleminden silinmesidir.<sup>57</sup> İdarî bir kararın, idarenin alacağı başka bir idarî kararla geleceğe yönelik olarak yürürlükten kaldırılması ise *'kaldırma'*<sup>58</sup> olarak adlandırılır ve kanunda iptal olarak ifade edilen yaptırımın, aslında idare hukuku anlamında bir *'kaldırma'* olduğu açıktır. Bu açıklamalar, tasarı için de geçerlidir; çünkü, tasarı'nın 32. maddesinin birinci fıkrasına göre, iptal kararı, karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Başka bir anlatımla, tasarıda da, iptal kararının geriye yürümeyeceği kabul edilmiştir. Bu nedenle, aslında tasarıda iptal olarak ifade edilen, idare hukuku anlamında bir *'kaldırma'* dır.

Görüldüğü üzere, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda kullanılan hatalı ifade, tasarıda da aynen devam ettirilmiş, düzeltme yoluna gidilmemiştir.

Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki, Türk vatandaşlığına alınma kararının iptalinde yetkili makamın bu yetkisi bağlı yetkidir. Gerek kanunda, gerek tasarıda bu husus *'iptal edilir'* şeklinde düzenlenerek kabul edilmiştir. Başka bir anlatımla, iptale ilişkin koşulların gerçekleşmesi halinde, yetkili makam, iptal kararı vermek zorundadır. İptal kararı vermeye yetkili makamın takdir yetkisi bulunmamaktadır.<sup>59</sup>

### c. İptal Kararının Hüküm ve Sonuçları

İptal kararının sonuçları 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 33. maddesinde, tek bir madde altında, düzenlenmiştir. Tasarıda ise konu 32. maddede *"iptal kararının geçerliliği ve sonuçları"*, 33. maddede ise *"malların tasfiyesi"* başlıkları altında düzenlenmiştir.

<sup>56</sup> Günday, Metin, *İdare Hukuku*, B. 8, Ankara 2003, s. 154.

<sup>57</sup> Günday, s. 157.

<sup>58</sup> Günday, s. 157.

<sup>59</sup> Uluocak, s. 105.

Yürürlükteki kanunun 33. maddesine göre, “iptal kararı ilgili kişiye bağlı olarak Türk vatandaşı olmuş eş ve çocuklar hakkında da hüküm ifade eder”. Bu husus tasarının 32. maddesinin ikinci cümlesinde “iptal kararı ilgili kişiye bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan eş ve çocuklar hakkında da uygulanır” şeklinde ifade edilerek, kanunun 33. maddesindeki düzenlemeye paralel bir düzenleme getirilmiştir.

Görüldüğü gibi, kural olarak, iptal kararı, eş ve çocukları etkilemez. Başka bir anlatımla, iptal edilen vatandaşlığa bağlı olmaksızın Türk vatandaşlığını kazanmış olan eş ve çocukların vatandaşlığını bu karar etkilemeyecektir. Ancak, bu kuralın hem kanunda, hem de tasarıda yer alan istisnası, ilgili kişi ile birlikte ve onun Türk vatandaşı olmasını sağlayan işleme bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanmış kişilerdir. Bu halde, iptal kararı kolektif sonuçlar doğurmaktadır.

Kanunun 33. maddesinin ikinci fıkrası, iptal kararlarının geriye yürümeyeceğini açıkça belirtmektedir. tasarının 32. maddenin birinci cümlesinde ise, “iptal kararı, karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder” şeklinde aynı anlama gelen bir ifade kullanılmaktadır.

Kanunda 33. maddenin son fıkrası, tasarının da 33. maddesi, vatandaşlığı iptal edilenlerin mallarının tasfiyesini ve sınır dışı edilmelelerini ve bunlara ilişkin hükümleri düzenlemektedir. İptal kararını vermeye yetkili makam, ya sadece ilgilinin vatandaşlığının iptaline karar verir ki, buna doktrinde ‘basit iptal kararı’ denir;<sup>60</sup> ya da gerekli görülen hallerde, iptal kararı yanında, vatandaşlığı iptal edilenlerin mallarının tasfiyesi ve kendilerinin de sınır dışı edilmesine karar verilir ki, buna da doktrinde ‘kapsamlı iptal kararı’ denir.<sup>61</sup> Ancak, kanunda “lüzumlu görülen haller”in (tasarıda ise, aynı anlama gelmek üzere “gerekli haller” ifadesi kullanılmıştır) neler olduğu kanunda belirtilmemiştir. Yönetmelikte de, konu ile ilgili herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Kapsamlı iptal kararını gerektirecek hususların takdiri, bu kararı verecek olan makama bırakılmıştır. Yetkili makam, olayın özelliklerini dikkate alarak, basit ya da kapsamlı iptal kararı verecektir. Bu durum, aynı yaklaşımı tercih etmiş bulunan tasarı için de geçerlidir.

Tasarının 33. maddesinin birinci fıkrasına göre, kapsamlı iptal kararı verilmesi halinde, ilgili, Türkiye’deki mallarını en geç bir yıl içinde

<sup>60</sup> Uluocak, s. 106.

<sup>61</sup> Uluocak, s. 107.

tasfiye ederek, Türkiye'yi terk etmek zorundadır. Kanunkoyucu, hakkında kapsamlı iptal kararı verilen ilgililerin, Türkiye'de kalmalarını istememiştir. Yine aynı madde hükmüne göre, hakkında kapsamlı iptal kararı verilen kişinin, verilen süre içinde mallarını tasfiye etmemesi halinde, malları Hazinece satılarak bedelleri nam ve hesaplarına kamu haznedarlığı sistemine dahil bir kamu bankasına yatırılır ve bu kişiler sınır dışı edilirler. Görüldüğü gibi, tasarının bu hükmü, ilgili Kanun hükmü ile benzerlik göstermektedir.

Tasarının 33. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hakkında iptal kararı verilen kişinin yargı yoluna başvurması halinde, malların tasfiyesi ve sınır dışı edilme işlemleri dava sonuna bırakılır. Bu husus 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 33. maddesinde de açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.

### **A. Türk Vatandaşlık Kanunu'nda Düzenlenip Tasarıda Yer Almayan Vatandaşlığın İrade Dışı Kaybı Hali: Çıkarma**

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda '*vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler*' başlığı altında '*kaybettirme*' müessesesinden sonra '*çıkarma*' müessesesi düzenlenmiştir ve bu düzenleme 26. maddede yer almaktadır.

Vatandaşlığın irade dışı kaybı yollarından bir diğeri olan '*çıkarma*', Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda düzenlenip de Tasarıda yer almayan tek müessesedir.

Çıkarma, her ne kadar 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ile kabul edilmiş bir terim olsa da, aslında, Tâbiyet-i Osmaniye Kanunnamesi ve 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda düzenlenmiş olan '*ıskat*' müessesesini karşılamaktadır.<sup>62</sup>

Yürürlükteki kanunun 26. maddesine göre,<sup>63</sup> çıkarma kararı veri-

<sup>62</sup> Göger, s. 158; Fişek, *İptal*, s. 375; Berki, *Vatandaşlığın Kaybı*, s. 125-126.

<sup>63</sup> "Yurt dışında bulunup da Türkiye Cumhuriyetinin iç ve dış güvenliği ile kanunun suç saydığı şekilde iktisadi ve mali güvenliği aleyhinde faaliyette bulunan veya yurt içinde bu tür faaliyetlerde bulunup da her ne suretle olursa olsun yurt dışına çıkan ve hakkında Türkiye'de bu nedenle kamu davası açılmasına veya ceza kovuşturmasına veya hükmün infazına olanak bulunmayan ve gelmesi için yapılan duyuruya rağmen üç ay içinde, savaş, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde bir ay içinde yurda dönmeyen Türk vatandaşlığını son-

lebilmesi için gerekli şartları kısaca şu şekilde özetleyebiliriz:

- İlgili yurtdışında bulunmalıdır. Yurt dışında bulunma nedeni ve yurt dışına çıkma şekli önemli değildir. İlgilinin fiilen yurt dışında bulunması yeterlidir.<sup>64</sup>

- İlgili, Türkiye Cumhuriyeti'nin iç ve dış güvenliği ile iktisadi ve mali güvenliği aleyhine faaliyette bulunmalıdır. Bu husus yönetmeliğin 37. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre, Türk Ceza Kanunu'nun 2. kitabının 1. babında, birinci fasıl ve ikinci fasıl hükümleri içinde yer alan maddeler ile Askerî Ceza Kanunu'nun aynı amaca yönelik hükümleri, silah kaçaklığı ve benzeri suçlar bu kapsama girmektedir. Hangi tür faaliyetlerin devletin iç ve dış güvenliği aleyhine olduğunu, Bakanlar Kurulu her somut olayın özelliğine göre tespit edecektir.<sup>65</sup>

- İlgilinin bu eylemlerin dolayı hakkında kamu davası açılması, ceza kovuşturması yapılmasına ya da hükmün infazına olanak olmamalıdır. İlgilinin, kendisine isnat edilen fiileri yurt içinde ya da yurt dışında işlemiş olmasının bir önemi yoktur.

- İlgiliye duyuru yapılmalıdır; bu duyuruya rağmen, normal zamanlarda üç ay, savaş ve olağanüstü zamanlarında 1 ay içinde, yurda dönmemelidir.

- İlgili, Türk vatandaşlığını sonradan (mükteseben) kazanmış olmalıdır. Doğumla (aslen) Türk vatandaşlığını kazananlar hakkında çıkarma kararının verilebilmesi için, Türkiye'nin savaş halinde bulunması gerekir.

- Bakanlar Kurulu'nun çıkarma kararı vermesi gerekir.

- Kişinin yurda dönmesi halinde, hakkında çıkarma kararı verilemez.

Çıkarmanın (ve kaybettirmenin) genel sonucunu düzenleyen, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 34. maddesine göre, çıkarma kararı, ilgilinin eşini ve çocuğunu etkilemez; şahsî sonuçlar doğurur. Kanunun 35. madde ise çıkarmanın sonuçlarını düzenlemektedir. Bu

---

*radan kazanmış kişiler Bakanlar Kurulu kararı ile vatandaşlıktan çıkarılabilir.*

*Bu hüküm, Türkiye savaş halinde bulunduğu zaman, doğumla Türk vatandaşı olanlar hakkında da uygulanır".*

<sup>64</sup> Nomer, s. 128.

<sup>65</sup> Doğan, s. 137.

maddeye göre, Türk vatandaşlığından çıkarılan kişilerin Türkiye’de bulunan malları hazinece tasfiye edilir. Tasfiye bakiyesi, ilgilinin nam ve hesabına millî bankaya yatırılır. Ayrıca, Türk vatandaşlığından çıkarılan kişiler, Türkiye’de yerleşmemek ve genel hükümlere tâbi olmak şartıyla<sup>66</sup> Türkiye’ye gelebilirler. Başka bir anlatımla, bu kişiler, Türkiye’ye ancak turist olarak gelebilirler ve hakkında çıkarma kararı verilen kişiler hiçbir şekilde tekrar Türk vatandaşlığını kazanamazlar. Haklarında çıkarma kararı verilen kişilerin, tekrar Türk vatandaşlığını kazanabilmeleri, ancak, çıkarılacak af kanunları ile mümkün olabilir.<sup>67</sup>

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu hükümlerine göre, kısaca şartlarını ve sonuçlarını özetlediğimiz çıkarma müessesesi, tasarıda düzenlenmediği gibi, tasarının gerekçesinde de, düzenlenmeme nedeğine ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

Kısaca açıkladığımız çıkarma müessesesi, sonuçları çok ağır bir yaptırımdır ve çağdaş hukuk sistemlerinde böyle gibi bir müessesenin gerekli olup olmadığı tartışmaya açık bir konudur.

Konu Türk doktrininde de uzun süre tartışılmış ve çeşitli gerekçelerle eleştirilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, vatandaşlıktan çıkarma müessesesinin, ‘herkesin bir tabiiyeti olmalıdır’ ve ‘herkes tabiiyetini seçmede ve değiştirmede özgür olmalıdır’ şeklindeki direktif ilkelere aykırı bir düzenleme olduğu açıktır.<sup>68</sup> Zira, çıkarmada, yetkili makam, ilgilinin daha sonraki vatandaşlık durumu ile ilgilenmediği için, ilgili vatansız kalabilir.<sup>69</sup>

Diğer taraftan vatandaşlıktan çıkarmanın, hem psikolojik, hem de hukukî bakımdan çok ağır bir müeyyide olduğu ileri sürülmektedir. Gerçekten de, bu yolla Türk vatandaşlığını kaybeden bir kişi, bir daha Türk vatandaşlığını kazanamayacağı gibi, Türkiye’de bulunan malları

<sup>66</sup> Bu ifadeden anlaşılması gereken, yabancıların Türkiye’ye girişlerinde tâbi oldukları hükümlerdir. Bu hükümler ise Pasaport Kanunu’nda yer almaktadır. Adı geçen Kanunun ek madde 5’e göre, “ her ne suretle olursa olsun, Türk vatandaşlığını kaybedenlerden Türkiye’ye gelmek isteyenlere mahzurlu görülmemesi halinde İçişleri Bakanlığınca izin verilebileceği kabul edilmiştir. Bunlardan 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 26. maddesine göre vatandaşlıktan çıkarılmış olup da turist olarak ülkemize gelmek isteyenlere yılda en çok dört ay kalabilmek üzere izin verilebilir”.

<sup>67</sup> Doğan, s. 144.

<sup>68</sup> Aybay, s. 245-246.

<sup>69</sup> Doğan, s. 135.

da resen tasfiye edilecektir.<sup>70</sup> Bu haliyle, bir anlamda Türk vatandaşlığından kovulma anlamına gelen vatandaşlıktan çıkarmanın, insan haklarına aykırı olduğu görüşü de ileri sürülmüştür.<sup>71</sup>

Ayrıca, yurt dışında bulunan vatandaşlarla, yurt içinde bulunan vatandaşlar arasında ayırım yapılması eşitlik ilkesine aykırıdır. Devlet yurt dışında bulunan vatandaşını takip etmekte güçlük çekebilir; ancak, bu sorun vatandaşlar arasında ayırım yapılarak çözülmemelidir.<sup>72</sup>

Buna ek olarak, Türk vatandaşlığını aslen kazananlarla, mükteseben kazananlar arasında farklılık yaratılması da hem eşitlik ilkesine, hem de Avrupa Vatandaşlığı Sözleşmesi'nin 5. maddesinin ikinci fıkrası aykırıdır. Kaldı ki, bu maddeye göre, aynı suçu işleyen an'asıl vatandaşa, savaş hali hariç, herhangi bir yaptırım uygulanmamakta Türk vatandaşlığını mükteseben kazanmış olanlar ise, vatandaşlıktan çıkarma gibi bir yaptırımla karşı karşıya kalmaktadırlar.<sup>73</sup> Esasen bu hususun, Anayasanın 66. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan '*hukukîlik ilkesi*' ne aykırı olduğu da açıktır.

Tüm bu nedenlerden dolayı, çıkarma müessesesinin tasarıda yer almamış olması yerinde olmuştur kanısındayız.

## Sonuç

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda, vatandaşlığın irade dışı kayıp yolları, '*kaybettirme*', '*vatandaşlığa alınmanın iptali*' ve '*çıkarma*' olmak üzere üç müessesede toplanmıştır. Tasarı ise çıkarma müessesesine yer vermeden, Türk vatandaşlığının irade dışı kayıp yollarını '*kaybettirme*' ve '*Türk vatandaşlığının iptali*' başlıkları altında düzenlemiştir.

Yürürlükteki kanun hükümleri, özellikle kaybettirme nedenleri ile ilgili olarak çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Bu eleştiriler, bazı kaybettirme nedenlerinin, eşitlik ilkesini zedelediği, devlete geniş takdir hakkı tanındığı ve devlet menfaatlerine gereğinden fazla önem verildiği ve bazı kaybettirme nedenlerinin de belirlenmesinde isabetsizlikler

<sup>70</sup> Dönme yasağı ve tasfiyenin tarihçesi için bkz., Seviğ, s. 133 vd.

<sup>71</sup> Aybay, s. 246.

<sup>72</sup> Göger, 159.

<sup>73</sup> Doğan, s. 141.

olduğu yönündedir.<sup>74</sup>

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda düzenlenmiş olan pek çok kaybettirme nedeninin, tasarıda yer almamasının nedenlerinden biri de bu eleştiriler olabilir. Gerçekten de, TVK'da sekiz bent halinde düzenlenmiş olan kaybettirme nedenlerinden altı tanesi tasarıda yer almamaktadır ve kanaatimizce bu şekilde bir tercih yerinde olmuştur.

Tasarıya dahil edilmemiş olan ilk kaybettirme nedeni, ilgilinin yabancı bir devlet vatandaşlığını izin almadan kazanmış olmasıdır ki; bu nedeni vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylem olarak kabul etmek çok güçtür.

Yürürlükteki kanununda sayılmış olup da, tasarıda yer almayan kaybettirme nedenlerinden üçü, askerliğe ilişkin hükümlerdir. Askerlik hizmetinin vatandaşlık kaybetmede etkili olup olamayacağı sorunu zamandan zamana, toplumda topluma farklılıklar gösterdiği gibi, ilgilinin devlete karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesinin yaptırımının vatandaşlığını kaybetmek olarak belirlenmesi de hakkaniyete aykırıdır. Tasarıda askerliğe ilişkin kaybettirme nedenlerine yer verilmemesi bu nedenlerle isabetli olmuştur kanısındayız.

Tasarıda düzenlenmemiş bir diğer husus da, yürürlükteki kanunun 25. maddesinin (f), hem (h) bentlerinde düzenlenmiş olan kaybettirme nedenleridir ki; bu nedenleri de vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylem olarak kabul etmek güç olduğu gibi, kaybettirme nedenlerinin belirlenmesinde müktesep vatandaş -an'asıl vatandaş ayırımının ya da çifte/çok vatandaşlığa sahip olan Türk vatandaşı- sadece Türk vatandaşı ayırımının yapılması yerinde değildir.

Tasarıda düzenlenen kaybettirme nedenlerine gelince; bunlar, sırasıyla, yabancı bir devletin, Türkiye'nin menfaatlerine uymayan hizmetinde bulunma; savaş halinde olduğumuz bir ülkenin her türlü hizmetinde bulunma ve gönüllü olarak yabancı bir devlette askerlik yapma halleridir. Tasarıda düzenlenmiş olan bu üç nedenden ilk ikisi, yürürlükteki kanunumuzda da kaybettirme nedeni olarak sayılmışken, son neden, Tasarı ile getirilmiş yeni bir düzenlemedir.

Tasarıdaki ilk kaybettirme nedeni olarak kabul edilmiş olan, yabancı bir devletin Türkiye'nin menfaatine uymayan hizmetinde bulunma ibaresinde kullanılan, '*menfaate uymayan hizmet*' kavramı, za-

<sup>74</sup> Göger, 121-122.



mana ve koşullara göre değişen bir kavram olduğu için, tasarıda bu kavramın tanımlanması yoluna gidilmemiştir ve böyle bir yaklaşım yerindedir.

Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde bulunmak, tasarıda düzenlenmiş olan ikinci kaybettirme nedenidir ve savaş hali gibi istisnâî bir durumun vatandaşlığın kaybı sonucunu doğurması kabul edilebilir.

Tasarıda yer alan bu son kaybettirme nedeni, Avrupa Vatandaşlığı Sözleşmesi'nde de kabul edilmiştir. Gönüllü olarak yabancı askerî kuvvetlerde askerlik yapmak, vatandaşlığın kaybı nedeni olarak belirtilmişti ki, böyle bir düzenlemenin makul olduğunu düşünüyoruz.

Bunu yanı sıra, yine Avrupa Vatandaşlığı Sözleşmesi'nde de vatandaşlığın kaybı nedeni olarak belirtilmiş olan, hile, yalan beyan veya başvuru sahibine atfedilebilen ve vatandaşlığa alınmaya etkili bir vakanın gizlenmesi suretiyle kazanılması konusu, hem 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda hem de tasarıda iptal nedeni olarak kabul edilmiştir. Ancak, yürürlükteki kanunda iptal edilebilme için verilen süre beş yıl iken, tasarıda bu sürenin on yıl olarak belirlenmiş olması, hukukî istikrar açısından uzun bir süredir.

Bunun yanı sıra, aynı düzenleme ile ilgili olarak, kanunda yapılan hatanın devam ettiğini söyleyebiliriz. '*iptal*' müessesesi ile kastedilen, teknik anlamda bir iptal değil, idare hukuku anlamında '*kaldırma*'dır ve tasarıda bu şekilde ifade edilmesi yerinde olur kanısındayız.

Tasarıda yer almayan bir diğer müessese de '*çıkarma*' müessesesidir. Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'nden bu yana vatandaşlık hukukunda düzenlenmiş olan '*çıkarma*' müessesesine tasarıda yer verilmemiş olması, şüphesiz tasarının en olumlu yönlerinden biridir. Eşitlik ilkesine ve insan haklarına aykırı bulunan bu düzenlemenin tasarıda düzenlenmemiş olmasının isabetli bir tercih olduğunu düşünüyoruz.

Tasarının sistematığı açısından baktığımızda ise önce vatandaşlığın irade dışı kaybı halleri –kaybettirme ve Türk vatandaşlığın iptali, hemen ardından da, bu müesseselerin sonuçları düzenlenmiştir. Bu şekilde bir düzenleme sistematik açıdan daha mantıksal olduğu gibi, müesseseleri incelemede kolaylık da sağlamaktadır.

Zaman içinde, politik ve sosyal etkiler nedeniyle yapılan değişikliklerin, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun sistematığını bozdu-

ğu açıktır. Bu nedenle ve Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ile uyumlu bir kanun yapılması amacıyla hazırlanmış olan tasarının, vatandaşlığın irade dışı kaybı yollarında belirlediğimiz eksikliklerinin giderilmesi gerektiği kanısındayız.

### KAYNAKÇA

- Aybay, Rona, Vatandaşlık Hukuku, B. 2, İstanbul 2006.
- Berki, O. Fazıl, Devletler Hususi Hukuku, C. I, Tâbiyet ve Yabancılar Hukuku, B. 6, Ankara 1966.
- Berki, O. Fazıl, 'Yetkili Makam Kararı İle Türk Vatandaşlığının Kaybı', AÜHFD. 1975, C. 32, S. 1-4, s. 117-134 (Vatandaşlığın Kaybı).
- Doğan, Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 6, Ankara 2006.
- Fişek, Hicri, 'Vatandaşlığa Alınmanın İptali', Prof. Dr. O.F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, s. 373 - 396 (İptal).
- Fişek, Hicri, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Açısından Vatana Bağlılıkla Bağdaşmayan Eylemler', Prof. Dr. Fadıl Sur'un Anısına Armağan, Ankara 1983, s. 381 - 399, (Vatana Bağlılıkla Bağdaşmayan Eylemler).
- Fişek, Hicri. 'İsviçre Tabiiyetinin İktisabı ve Kaybı Hakkında Federal Kanun', AÜHFD. 1953, S. 1-4, s. 755-769.
- Göger, Erdoğan, Türk Tâbiyet Hukuku, B. 4, Ankara 1979.
- Günday, Metin, İdare Hukuku, B. 8, Ankara 2003.
- Güngör, Gülin, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi', MHB.Yılmaz Altuğ'a Armağan Özel Sayısı, Yıl: 17-18, Sayı: 1-2, İstanbul 1997-1998, s. 229-250.
- Nomer, Ergin: Vatandaşlık Hukuku, B. 14, İstanbul 2003.
- Onar, Erdal / Tiryakioğlu, Bilgin, '1982 Anayasasında Milletvekilliği - Vatandaşlık İlişkisi (Merve Kavakçı Olayı)', Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 1999, s. 557-599.
- Sargın, Fügen, "Türk Vatandaşlığı Kanunun'da Değişiklik Yapan 2003 Tarihli ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme", AÜHFD, C. 53, S. 1, 2004, s. 27-63.
- Seviğ, M. Raşit, Devletler Hususi Hukuku -Giriş, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku-, İstanbul 1983.
- Tanrıbilir, F. Bilge, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku', MHB., Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Yıl: 22, Sayı: 2, İstanbul 2002, s. 791-818.

Tiryakioğlu, Bilgin/ Aygün M./ Şengür E.: Türk Uluslararası Özel Hukuk Mevzuatı, B.2, Ankara 2006.

Uluocak, Nihal, Türk Vatandaşlık Hukuku, Karşılaştırmalı Uygulamalı, İstanbul 1986.

Unat, İlhan, Türk Vatandaşlık Hukuku (Metinler-Mahkeme kararları), Ankara 1966.

Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Genel Gerekçesi.

**İnternet Adresleri**

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/166.htm>.

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=166&CM=8&DF=7/30/2007&CL=ENG>.

<http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/iheb.html>.

<http://www.hukukî.net/hukuk/index.php?article=632>;

<http://www.hukukî.net/kanun/403.15.frameset.asp>

<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/364.html>.

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1232m.htm>. [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun\\_tasarisi\\_gd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=42557](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=42557).

# CEZA HUKUKUNDA FİKRİ İÇTİMA

Mustafa ÖZEN \*

## I. GENEL OLARAK

1926 yılından beri yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır. 5237 sayılı yeni kanun, özellikle ceza hukukunun genel hükümlerinde ciddi değişiklikler getirmiştir. Biz bu çalışmamızda, yeni kanunun fikri içtima konusunda, önceki kanun döneminde bulunan tartışmalı konulara yeni bir bakış açısı getirip getirmediğini inceleyeceğiz.

Kural olarak, ceza hukuku anlamında her netice bağımsız bir suç anlamına gelir. Örneğin, Ceza Kanunu'nun 81. maddesinde kasten öldürme suçu düzenlenmiştir. Buna göre, bir kişinin kasten öldürülmesi, tek bir suçu oluşturur. Ancak bazı durumlarda, istenilen neticeden başka farklı birden çok netice meydana gelebilir. Gerçekten, bazı durumlarda, yapılan bir hareketle birden çok netice meydana gelebileceği gibi, yapılan birden çok hareketle bir netice meydana gelebilir. Ceza hukukunu ilgilendiren birden çok neticelerin ayrı ayrı suç kabul edilip, her bir neticeye, kanunda öngörülen yaptırımın uygulanması sonucunda, cezaların toplanarak tek bir cezanın verilmesine cezaların içtimaı denir. Ancak, kanun koyucu izlediği suç siyaseti çerçevesinde, birden fazla ve her biri farklı bir kanun maddesini ihlal eden neticenin meydana geldiği bazı özel koşullarda, bağımsız suçlardan birini diğerinin içinde adeta eriterek tek bir suç kabul etmektedir. Bu tip içtimaya suçların içtimaı denir. İnceleme konumuz suçların içtimaı türlerinden

---

\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlisi.

biri olan fikri içtima olduğu için cezaların içtımai konusuna girmeyeceğiz. Suçların içtımai konusunda da, fikri içtimayı açıklamak bakımından zorunlu hissettiğimiz kadarıyla, diğer suçların içtımasi kapsamına giren durumlardan kısaca bahsedeceğiz.

## II. SUÇLARIN İÇTİMAYI

İçtima kelimesi, Arapça bir kelime olup toplama, bir araya getirme anlamına gelmektedir. Konuya girmeden önce hemen belirtmek gerekir ki, içtima kelimesinin kanunda tekrar düzenlenmiş olması, izlediği dil açısından oldukça çelişkili bir durum oluşturmaktadır. En basit bir örnek olarak, 765 sayılı yasanın 456. maddesinde düzenlenen kasten müessir fiil suçunda yer alan '*müessir fiil*' terimi kaldırılmış ve bu terimin yerine öz Türkçe bir terim olup 86. maddede düzenlenen kasten yaralama suçundaki '*yaralama*' terimi kullanılmıştır. Aynı şekilde 80. maddede, açıkça belirtilmemiş olsa da, öğreti ve uygulamada yerleşmiş bulunan '*müteselsil suç*' terimi kaldırılmış ve onun yerine '*zincirleme suç*' terimi kullanılmıştır. Buna benzer birçok örnek vermek mümkündür. Konumuz açısından da aynı yol takip edilerek fikri içtima yerine, '*şekli birleşme*' terimini kullanabilirdi. Suçların içtımai; aslında birden çok suç bulunmasına rağmen, farklı gerekçelerle, tek suçtan cezai sorumluluğun benimsenmesi durumudur. Suçların içtımai kapsamına giren her bir durumun yapısı ve gerekçesi birbirinden farklı olmakla birlikte, ortak noktası, tek suçtan sorumluluğun benimsenmesidir. Suçların içtımai, 5237 Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kısmının beşinci bölümünde suçların içtımai başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, 42. maddede, bileşik suç, 43. maddede, zincirleme suç ve 44. maddede fikri içtima'ya yer verilmiştir. Suçların içtımai kapsamında ki suçlar, aslında, kanunda tek başına ayrı birer suç olarak düzenlenmişlerdir. Ancak, kanun koyucunun izlediği suç politikası gereği bu suçlar, ya tek bir suç içinde erimişlerdir ya da bir suçun unsuru veya ağırlatıcı nedeni olmuşlardır.

Suçların içtımai konusunda asıl mesele, istenen bir netice için yapılan hareketin istenen neticeyle birlikte birden çok başka neticeye sebebiyet vermesi halinde, failin nasıl cezalandırılacağıdır. Bu konuda dört farklı ihtimal düşünülebilir.

1. Fiil tek ve netice tektir.
2. Fiil tek ama netice birden çoktur. Birden çok netice, farklı veya aynı olabilir.
3. Fiil birden çok ama netice tektir.
4. Fiil birden çok ve netice de birden çoktur.

1. Örnekte, her hangi bir sorun söz konusu değildir. Çünkü, istenen netice tektir ve tek netice gerçekleşmiştir. Kişi sadece gerçekleşen tek neticeden sorumlu olacaktır.

2. Örnekte, fiil tek ama netice birden fazladır. Failin hangi neticelerden ve nasıl sorumlu olacağı sorunu, 44. maddede düzenlenen ve inceleme konumuzu oluşturduğu için aşağıda ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğimiz fikri içtima kapsamında çözümlenmeye çalışılacaktır.

3. Örnekte, fiil birden çok ama netice tektir. Burada, fiillerin aynı zamanda ve aynı amaca yönelmiş olmaları halinde çokluğunun önemi olmadığı ve istenen netice meydana geldiği için sadece gerçekleşen neticeden sorumluluk yoluna gidilecektir.<sup>1</sup> Pek doğaldır ki, hareketlerden her biri farklı farklı neticelere yönelmiş ise gerçekleşmeyen neticeler açısından teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir.

4. Örnekte, hem hareket hem de netice birden çoktur. Bu ihtimalde, eğer birden çok fiil, daha önce verilen bir karar üzerine gerçekleştirilmişse, gerçekte suç çokluğu olmasına rağmen, kararda birlik esas alınarak, zincirleme suç kabul edilecektir. Gerçekleştirilen fiiller arasında, karar birliği yok ise, her bir fiilin neden olduğu netice sayısınca suç olup, gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.

### III. FİKRİ İÇTİMA TERİMİ

Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima; aslında şekli, görünüşte ya da düşünsel anlamda birleşme anlamına gelir. Fikri içtimayı düzenleyen 44. madde, *'İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı ge-*

<sup>1</sup> Giovanni Fiandaca/Enzo Musco; *Diritto Penale*, Parte Genrale, Bologna, 1995, s. 595.

*rektiren suçtan dolayı cezalandırılır'* şeklindedir. Bu düzenlemeye göre fikri içtima, bir fiil ile kanunun birden çok ve farklı hükümlerinin ihlal edilmesi ve faile en ağır cezanın verilmesi anlamına gelir.

#### IV. FİKRİ İÇTİMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Fikri içtimanın hukuki niteliği konusunda değişik fikirler ileri sürülmüştür. Gerçekten, ortada tek bir fiil bulunmasına karşın birden çok ve farklı kanun maddesinin ihlal edilmesi halinde failin hangi suç veya suçlardan nasıl cezalandırılacağı önemli bir sorundur. Bu sorunun çözümü için, belli hukuki esaslara dayanmak gerekmektedir. Bu konuda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bu görüşlere kısaca bakmak gerekirse;

1. Gerçekte tek suçun olduğu görüşü: Bu görüş taraftarlarına göre, fikri içtima halinde, aynı geçitli suçlarda olduğu gibi tek suç vardır. Suçlardan daha hafif olanı daha ağır olanının içinde erimiştir. Bu görüşte olan yazarlar, aslında ortada iki ayrı suçun olduğunu kabul etmektedirler.<sup>2</sup>

2. Görünürde tek suçun olduğu görüşü: Bu görüş taraftarlarına göre, aslında ne kadar suç işlenmişse o kadar suç vardır. Yani, suç olarak nitelendirilebilecek netice sayısı kadar suç vardır. Ancak, maksada uygunluk düşüncesinden dolayı, en ağır cezadan sorumluluk yoluna gidilmektedir.<sup>3</sup>

Gerçekte tek suçun olduğunu savunan yazarlar, bu görüşlerini farklı temellere dayandırmaktadırlar.

Bunlardan ilki, fikri içtimada tek suçtan dolayı sorumluluğa gitmenin sebebi, faildeki kastın tekliğidir. Fail, aslında hareketini yaparken tek suç işlemek istemektedir. Bu görüş taraftarları kasttaki birliği, nedensellik bağı ile birlikte değerlendirirler. Buna göre, dış dünyada ne kadar değişiklik varsa o kadar da nedensel değerli fiil vardır. Dış

<sup>2</sup> Kayıhan İçel, *Fikri İçtima Üzerinde Bir İnceleme*, İ.H.F.D., 1964, Cilt XXX, Sayı 1-2, s. 173.; Sulhi Dönmezer /Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Cilt II, İstanbul, 1999, s. 376.

<sup>3</sup> Nurullah Kunter; "Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi", İ.H.F.M., 1948, Cilt XIV, Sayı 1-2, s. 369.; İçel; *Fikri içtima üzerinde bir inceleme*, s. 174-175.; Dönmezer/Erman; *a. g. e.*, s. 376.

dünyadaki değişiklik yaratan hareketin temelinde bir kast vardır.<sup>4</sup>

Bu görüşe katılma mümkün değildir. Her şeyden önce, dış dünyada değişiklik yaratan her hareket kasten yapılmış sayılamaz. Böyle bir kabul, taksirli suçları yok saymak anlamına gelir. Mesela, düşmanını vurmak için ateş eden kişi, hiç öngörmediği halde, arka bahçede çalışmakta olan bir başka kişiyi de öldürürse, dış dünyada meydana gelen değişiklik iki tanedir ve failin her iki netice açısından kastı aynı değildir veya görüş taraftarlarının ifadesi ettikleri gibi, neticeleri doğuran harekete geçmedeki kararı aynı değildir.

İkincisi ise, fikri içtima kapsamına giren birden çok netice arasında zorunlu olarak bir bağ vardır. Bu bağ, birden çok neticeyi bir netice haline getirmiştir.<sup>5</sup>

Suçlar arasında zorunluluk, ayrılabilir zorunluluk ve ayrılamaz zorunluluk olarak iki şekilde değerlendirilebilir.<sup>6</sup> Mesela, bir kişiyi aşağılamak kastıyla tokat atılması halinde, ortada hem 125. maddede düzenlenen hakaret suçu hem de 86. maddede düzenlenen kasten yaralama suçu işlenmiştir. Buradaki zorunluluk, ayrılmazdır. Ancak, bir kişiyi evinin içinde iken öldürme durumunda konut dokunulmazlığını ihlal suçu öldürme suçunun işlenmesi açısından zorunlu bir neden olmadığı için, fikri içtima düşünülemez.

Üçüncüsü, failin amacına üstünlük tanıyan görüştür. Bu görüş taraftarları da, kendi içinde amaç suç-araç suç ayrımı ve yakın amaç ayrımı yapmaktadırlar. Fail, amaç suçu işlemek için araç suçu işlemişse, burada araç suç, amaç suçun içinde erimektedir. Dolayısıyla fail, amaç suçtan cezalandırılacaktır.<sup>7</sup> Ancak, araç suçun cezası daha ağır olursa kanunun 44. maddesiyle bu görüşün çelişeceği açıktır. Yakın amaç, uzak amaç ayrımında, failin yakın amacına ağırlık verilmektedir. Mesela, TCK'nın 102. maddesi gereğince, bir kişinin zorla herkesin görebileceği bir meydana ırzına geçilmesi halinde, ortada iki farklı suç vardır. Bunlardan biri, 102. maddede düzenlenen cinsel saldırı suçu, diğeri, 225. maddede düzenlenen hayasızca hareketlerde bulunmak suçudur. Bu olayı göz önüne aldığımızda, bu görüş yandaşlarına göre, failin yakın amacı, zorla cinsel ilişkiye girmektir. Dolayısıyla bu

<sup>4</sup> Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, s. 379.

<sup>5</sup> Dönmezer/Erman; *a. g. e.*, s. 380.

<sup>6</sup> Kunter, *a.g.m.*, s. 373.

<sup>7</sup> Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, s. 377.



maddeden ceza almalıdır. Bu görüşe ilk önce, failin yakın amacının belirlenmesinin güç olduğu, ikinci olarak da, yakın amaç olarak değerlendirilen suçun, uzak amaç olarak değerlendirilen suça oranla daha hafif ceza öngörmesi halinde 44. maddeyle çelişeceği gerekçeleriyle katılmak mümkün değildir.

Görünürde tek suçun olduğunu savunan görüş taraftarlarına göre, her suç, bir değer ihlalidir. Ortada birden çok değer ihlali varken, sırf birden fazla değer ihlal hareketinin temelinde yatan ortak bir unsur olan fiilin tekliğinden hareketle, tek suçun olduğunu kabul etmek, suçla ihlal edilen değere önem vermemek anlamına gelir. Bu nedenle ihlal edilen her bir suç tipi, kendi bağımsız değerini korumalıdır.<sup>8</sup> Ancak, bu kabul, suç politikası gereğince, kişinin tek ve en ağır suçtan cezalandırılmasına engel değildir.

Dönmezer/Erman'a göre, Fikri içtimanın kabul edilmesi ve dolayısıyla birden çok kanun maddesinin ihlal edilmesine rağmen faile tek ama en ağır suçtan ceza verilmesinin nedeninin, yukarıda açıklanan görüşlerle izahının mümkün değildir. Fikri içtimanın kabulünün temelinde, toplumsal düzeni ihlal eden, toplumsal barışı bozan iradedeki tekliktir yatmaktadır.<sup>9</sup> Bu görüş kabul edilecek olursa, toplumsal düzeni ihlal iradesi niteliğini taşıyan bir kurşunla, birden çok kişinin ölümü halinde, fikri içtimayı kabul etmek gerekir.

Bu genel değerlendirmeden sonra Türk Ceza Kanunu'ndaki mevcut düzenleme ışığında fikri içtimayı incelemek gerekir.

Fikri içtima Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesinde, *'İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır'* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye bakıldığında, fikri içtimanın olabilmesi için;

1. Bir fiil olmalı
2. Bu bir fiil ile kanunun birden fazla farklı hükmü ihlal edilmeli
3. Bu birden fazla farklı suçlardan en ağırından cezai sorumluluk yoluna gidilmeli

<sup>8</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e, s. 381.

<sup>9</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e, s. 383.

## 1. Bir fiilin işlenmesi

Birinci koşula göre, fikri içtimadan bahsedebilmek için bir fiilin işlenmesi gerekir. Öğretide ve uygulamada konuyu sorun haline getiren esas nokta, fiile yüklenen anlamlardaki farklılıktır. Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı kanunun fikri içtimayı düzenleyen 79. maddesinde fikri içtima, *'İşlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlal eden kimse o ahkâmda en şedit cezayı tazammum eden maddeye göre cezalandırılır'* şeklinde düzenlenmişti. 765 sayılı kanunun 79. maddesinde de *'işlediği bir fiil'*den bahsedilmekteydi. Dolayısıyla bu yasanın yürürlükte bulunduğu zamandaki tartışma bugün de hala geçerliliğini korumaktadır. 5237 sayılı yasa, bu anlamda sorunu çözümleyici bir yenilik getirmemiştir. 5237 sayılı yasanın getirdiği yenilik, 765 sayılı yasanın *'kanunun muhtelif ahkâmını ihlal eden kimse'* ifadesi yerine, *'birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kimse'* ifadesini kullanmış olmasıdır. Tek fark, 5237 sayılı yasanın, sadece *'birden fazla'* ifadesini kullanmasında yatmaktadır. Ancak, zaten bu anlam, eski yasanın düzenlemesinden çıkmaktadır. Dolayısıyla öze ilişkin bir fark yoktur.

Fiil kelimesi, hareket ve bu hareketin doğurduğu netice ile bu iki unsur arasındaki nedensellik bağının toplamından oluşur. Dolayısıyla, dış dünyada değişiklik meydana getirip ceza hukuku anlamında bir değer ifade eden fiil icrai veya ihmali şekilde gerçekleştirilebilir.<sup>10</sup> Sorun, fiile anlam verilirken bu unsurlardan hangisinin temel alınacağıdır. Bu konuda, iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Bir kısım yazarlar, fiil teriminden hareketi diğer bir kısım yazarlar ise, neticeyi anlamaktadırlar.<sup>11</sup>

Fiil kelimesinden hareketi anlayanlara göre, fikri içtimanın olabilmesi için fiil kelimesinden hareket anlaşılmalıdır. Buradaki hareket, ceza hukuku alanında bir anlam ifade eden harekettir. Ulaşılmak istenen hedefe varmada doğal bir bağ içinde bulunan birden çok hareket tek hareket sayılır. Bu fikre göre, bir kişiyi öldürmek için atılan kurşun, hedeflenen kişi ile birlikte bir başka kişiyi yaralaması halinde, fikri içtima kabul edilecektir.<sup>12</sup> Hemen belirtmek gerekir ki, 5237 sayılı

<sup>10</sup> Giuseppe Bettiol, *Diritto Penale*, Padova, 1978, s. 612.

<sup>11</sup> Delitala, *Concorso Di Norma e Concorso Di Reati*, *În Riv.Ît.* 1934, s. 104; De Luca, *Concorso Formale Di Reati e Limiti Oggettivi Della Cosa Giudicata Penale*, *În Riv. Process.Pen.*, 1960, s. 187.

<sup>12</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Genel Hükümler, Ankara, 2005, s. 583.; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen /A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Ge-*

kanunun konuyu düzenleyen madde gerekçesi, fiil kelimesine hareket anlamı vermektedir. Kanun, yürürlüğe girdikten sonra, gerekçeden bağımsızdır. Gerekçe sadece, yorumlamada başvurulabilecek yollar-dan birini oluşturur. Bu nedenle, fiil kelimesinden, hareket anlamı çı-karma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Fiil kelimesinden, neticeyi anlayanlara göre, fiilin tekliğinden an-laşılması gereken neticenin tekliğidir. Buna göre, ceza hukuku alanın-da bir değer ifade eden ne kadar netice varsa o kadar da fiil vardır. Dolayısıyla, netice sayısı kadar suç olup gerçek içtima kuralları uy-gulanmalıdır. Fikri içtimanın oluşabilmesi için, ortada (somut anlam-da) bir netice olmalı ve fakat kanunun birden fazla farklı hükmü, ihlal edilmelidir.<sup>13</sup> Bu fikre göre örneğin, bir kişiye herkesin içinde tokat atılması halinde, fikri içtima gerçekleşmiştir. Çünkü, dış dünyaya yan-sıyan sadece tek netice olan kasten yaralama suçu işlenmiştir. Fakat bu somut anlamda tek neticenin yanı sıra, TCK'nın 125. maddesinde düzenlenmiş hakaret suçu da işlenmiştir. Bu fikri savunulara göre, fiilden hareketi anlayan görüş taraftarlarının fikri içtima olarak kabul ettikleri, yukarıdaki verdiğimiz öldürme olayında, iki ayrı suç vardır ve gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır. Yargıtay, 765 sayılı kanun döneminde, her iki görüşe uygun kararlar vermişti. Örnek olarak şu kararları verebiliriz.

*'Sanığın aynı zamanda ve aynı yerde hem dikiliden ağaç kesmesi hem de düşük ve devrikten emval temin etmesi halinde TCK 79 uyarınca 6831 sayılı yasanın 91/1 maddesi uygulanmalıdır'.<sup>14</sup>*

*'Öldürmeye karar verdiği eşine, iki el ateş edip vurduğu esnada müteakip atışlarına devam ederken, araya giren ve kendisine engel olmak isteyen mak-tulü öldürdüğü, ona isabetin öngörülebilir olduğu halde maktulü de sakınma-dan, onu bertaraf etmeye özenmeden maktuleye yönelik atışlarını sürdüren ve bu sırada vaki kayma –sekme– saptırma gibi herhangi bir arıza nedeniyle maktulün de vurulmasını gerçekleştiren sanığın fiilinde, TCK'nın 79. mad-desinin uygulanma yeri yoktur'.<sup>15</sup> Yargıtay, 5237 sayılı kanun döneminde*

nel Hükümler, Ankara, 2006, s. 822.; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2005, s. 448.

<sup>13</sup> Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Ankara, 2005, s. 237.; Hakan Hakeri; *Ceza Hukuku*, Ankara, 2005, s. 336 vd.; Giovanni Leone, *Del Reato Abituale, Continuato e Permanente*, Napoli, 1933, s. 218.;

<sup>14</sup> 3.CD., 5.12.2001, 12467/12812; YKD, Şubat, 2003.

<sup>15</sup> CGK., 4. 2.1997., 1996/1-3000, 1997/4, YKD, Mayıs 1997.

verdiği kararda, hareket görüşüne üstünlük tanıdığı görülmektedir.<sup>16</sup>

Biz de, konuyu açıklamada bazen yetersiz kalsa da fiil kelimesinden neticeyi anlayan görüşe katılmaktayız. Çünkü, hareket anlaşılacak olursa, bir bomba ile bir kişinin ölümüne ve bir kişinin yaralanmasına neden olunması halinde, fikri içtima kabul edilerek en ağır cezadan sorumluluk yoluna gidilmesi gerekecektir. Böyle bir sonuç, adalet duygusuna ciddi zarar verir. Bu konuya son vermeden önce, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda fikri içtimanın uygulanıp uygulanmayacağı sorununa değinmek gerekmektedir. Örneğin, A, B'yi yaralamak kastıyla bir tokat atsa ve fakat, B, kafasını set bir cisme çarparak ölse, A'nın cezai sorumluluğu nasıl tespit edilecektir? Ortada, ilk önce yaralama ve daha sonra ölüm şeklinde kanunun iki farklı hükmü ihlal edilmekte ve iki somut netice bulunmaktadır. TCK'nın 23. maddesinde bu konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmasaydı, konu, meydana gelen daha ağır neticenin, ilk yaralama fiili sonucu meydana geldiği tespit edilirse, hareket tek ama netice birden çok olduğundan, fikri içtimanın varlığına göre çözümlenmelidir. Bu örnekte, hareket görüşüne katılmak zorunluluğu doğmaktadır.

## 2. Birden fazla farklı suçun işlenmesi gerekir

Fikri içtimanın olabilmesi için ikinci koşul, bir fiil ile birden fazla farklı suçun işlenmesi gerekir. Bu duruma, farklı nev'iden fikri içtima denmektedir.<sup>17</sup> 5237 sayılı kanunu 44. maddesinde kabul ettiği, fikri içtima, farklı nev'iden fikri içtima şeklidir. Bir fiil ile birden fazla aynı hüküm ihlal edilmesi haline, aynı nev'iden fikri içtima denmektedir.<sup>18</sup> Aynı nev'iden fikri içtima dururumu, 5237 sayılı kanunda, iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Zincirleme suçun düzenlenmiş olduğu 43. maddenin 2. fıkrasına göre, aynı kanun hükmünün birden çok ihlali

<sup>16</sup> www.kazanci.com.tr., Y. 8.CD, E. 2006/6963, K. 2006/7019, T. 27.9.2006, 'Sanığın Geceleyin Meskun Mahalde Silahla "12" El Ateş Ederek Mağduru Yaralaması/5237 sayılı TCK'nın 86. ve 170/1-C Madde ve Fıkralarında Yazılı Suçları Oluşturacağı - 44. Maddedeki Düzenleme Uyarınca Sadece En Ağır Cezayı Gerektiren Kasten Yaralama Suçundan Dolayı Cezalandırılması gerekir'.

<sup>17</sup> Bettiol, *a. g. e.,* s. 608.; Francesco Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale, Milano, 1994, s. 474.; Fiandaca/Musco, a. g. e.,* s. 598.

<sup>18</sup> Bettiol, *a. g. e.,* s. 608.; Fiandaca/Musco, *a. g. e.,* s. 598.

halinde zincirleme suç kabul edilecektir. Fakat, 3. fıkrada tek tek sayılan suçlar, istisna tutulmuştur. Bu suçlar; kasten öldürme, kasten yaralama, yağma ve işkencedir. Sonuç olarak, aynı nev'iden fikri içtima halinde; kasten öldürme, kasten yaralama, yağma ve işkence suçlarında, gerçek içtima kuralları uygulanacak, diğer hallerde, zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. İtalyan Ceza Kanunu'nun konuyu düzenleyen 81. maddesinin 1. fıkrasında, 'kanunun aynı veya farklı hükümleri' ifadesine yer verilmesi, İtalya'da aynı ve farklı nev'iden fikri içtimanın kabul edildiğini göstermektedir. Ancak, İtalyan öğretisinde, Leone, aynı nev'iden fikri içtimanın, zincirleme suç kapsamında düşünülmesi gerektiği fikrini ileri sürmektedir.<sup>19</sup>

5237 sayılı kanun, 765 sayılı kanunun 52. maddesinde düzenlenmiş olmasının aksine, sapma haline yer vermemiştir. Gerek tek neticeli sapma halinde, bize göre, ortada tek netice olduğundan, bir sorun görünmemektedir. Çift neticeli sapma hallerinde ise, sorun, farklı nev'iden fikri içtima esasına göre çözümlenecektir. Fikri içtima kapsamındaki suçlardan biri kasten diğeri taksirle işlenebilir.<sup>20</sup> Fikri içtima kapsamına giren suçların mutlaka aynı anda ihlal edilmesi gerekmez.

Fikri içtimada, suçun mağduru, aynı olabileceği gibi farklı kişiler de olabilir. Mesela, bir kişiyi tahkir kastıyla herkesin ortasında yumruklanmasında, mağdur kişi, hem hakaret suçunun hem de kasten yaralama suçunun mağdurudur. Herkesin ortasında zorla bir kişinin ırzına geçilmesinde, suçun birinci mağduru ırzına geçilen kişi, ikinci mağduru ise, kamu yararı/toplumdur.

### 3. Bu Suçlardan En Ağırından Cezai Sorumluluğun Kabul Edilmesi

Fikri içtima, suçların içtimanın bir türünü oluşturmaktadır. Suçların içtima;

gerçekte birden çok suç olmasına rağmen, farklı mülahazalarla, tek suçtan sorumluluğun kabul edilmesi halidir. Fikri içtimada da, birden çok suç bulunmaktadır. Fikri içtimada bulunan birden çok suç, farklı türdendir. Failin cezai sorumluluğu, farklı suçlardan en ağırı hangi-

<sup>19</sup> Leone, *a. g. e.*, s. 218.

<sup>20</sup> Fiandaca/Musco, *a. g. e.*, s. 598.

si ise, ona göre belirlenecektir. Burada karşımıza, suçların en ağırının tespitinde, somut cezanın mı yoksa soyut cezanın mı esas alınması gerektiği sorunu çıkabilir. Bu konuda her iki görüşü savunanlar olmakla birlikte, ağırlıklı görüş, soyut cezanın esas alınması gerektiği şeklindedir.<sup>21</sup>

## V. FİKRİ İÇTİMANIN KABULÜNÜN SONUÇLARI

Fikri içtimanın koşullarının gerçekleşmesi halinde, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuk açısından, fikri içtimanın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

### 1. Görevli Mahkemenin Belirlenmesi Açısından

Fikri içtimada görevli (madde yönünden yetkili) mahkemenin belirlenmesi, hangi suça göre yapılması gerektiği sorunu ortaya çıkabilir. Yüksek görevli mahkeme, alt görevli mahkemenin sanığa sağladığı güvenceleri de sağladığı, büyüğün küçüğü de kapsadığı düşüncesiyle, daha ağır suça bakacak mahkeme, madde yönünden yetkili olmalıdır.

### 2. Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi Açısından

Yetkili (yer yönünden yetki) mahkemenin belirlenmesi, fikri içtima kapsamı içinde işlenen suçlardan hangisinin işlendiği yerin esas alınacağı ile ilgilidir. Bu durumda, ihtimalli değerlendirme yapmak gerekir. Eğer, her iki suç aynı yerde işlenmişse, suçların işlendikleri yer mahkemesi yetkili olacaktır. Eğer, suçların işlendikleri yer farklı ise, daha ağır suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili olmalıdır. Çünkü, yukarıda değindiğimiz gibi, görevli mahkemenin daha ağır suça göre belirlenmiş olması, bizi bu sonuca götürmektedir.

### 3. Zamanaşımı Açısından

Fikri içtima kapsamına giren suçlarda zamanaşımının ne zaman başlayacağı, hangi suçu esas almakla ilgilidir. Zamanaşımının başlangıcı, eğer bütün suçlar aynı zamanda gerçekleşmişse, suçların işlendiği

<sup>21</sup> Fiandaca/Musco, *a. g. e.,* s. 606.

zamandan başlayacaktır. Eğer, suçlar farklı zamanlarda gerçekleşmişse, ilk suçun işlendiği zamandan başlamalıdır.<sup>22</sup> Çünkü, hukuk düzeni ilk kez o zaman ihlal edilmiştir.

#### 4. Af Açısından

Af, kendi içinde genel af ve özel af şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Genel af; kamu davasının bütün neticeleriyle ortadan kaldırmaktadır (TCK m. 65/1). Bu nedenle, fikri içtima kapsamına giren suçlardan biri, genel af kapsamına girerse, artık söz konusu suç hiç işlenmemiş sayılacağından, fikri içtimadan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Özel af; sadece cezayı (ceza ilişkisini) ortadan kaldırır (TCK m. 65/2) . Bu nedenle, suçun varlığına engel olmadığından, fikri içtimanın oluşumuna da engel teşkil etmeyecektir.

#### 5. Şikayet Açısından

Şikayet, takibi şikayete bağlı suçlarda, suçtan zarar gören kişinin, yetkili makamlara, suç teşkil eden fiilin takip edilmesini istemesidir. Mağdur hüküm kesinleşinceye kadar şikayetini geri alabilir (TCK m. 73/4). Şikayetin geri alınmasının hüküm doğurabilmesi için, şikayet edilen kişinin kabulü gerekir (TCK m. 73/6). Fikri içtima kapsamına giren suçlardan biri şikayete tabi ise, mağdur süresi içinde şikayetini geri alır ve şikayet edilen kişi de bu geri almayı kabul ederse, artık soruşturulacak veya kovuşturulacak bir suç kalmayacağından, fikri içtima da söz konusu olmayacaktır. İhlal edilen diğer hüküm re'sen kovuşturuluyorsa, şikayetin geri alınmasına rağmen bu suçtan kovuşturma yapılır.

#### 6. Uzlaşma Açısından

Uzlaşma, CMK'nın 253. maddesinde düzenlenmiştir. Uzlaşmayı kısaca özetlemek gerekirse, kural olarak takibi şikayete bağlı suçlarda, failin suçu kabullenip, mağdura verdiği zararı tamamen veya kısmen ödemeyi önerir, mağdur da bu teklifi kabul eder ve aralarında anlaşılırlarsa, soruşturma aşamasında, Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer

<sup>22</sup> Fiandaca/Musco, *a. g. e.,* s. 611.

olmadığı, kovuşturma aşamasında ise hakim veya mahkeme, düşme kararı verir. Fikri ıçtima kapsamına giren suçlardan biri uzlaşma kapsamına girer ve taraflar uzlaşırlarsa, artık, soruşturulacak veya kovuşturulacak bir suç kalmayacağından, fikri ıçtima da söz konusu olmayacaktır. İhlal edilen diğer hüküm re'sen kovuşturuluyorsa, şikayetin geri alınmasına rağmen bu suçtan kovuşturma yapılır.

## VI. SONUÇ

1. 5237 sayılı kanunu 44. maddesinde kabul ettiği fikri ıçtima, farklı nev'iden fikri ıçtima şeklidir. Dolayısıyla, yeni kanun, aynı nev'iden fikri ıçtima halini, fikri ıçtima kapsamı içinde kabul etmemiştir. Aynı nev'iden fikri ıçtima hali; 43. madde, iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre; aynı nev'iden fikri ıçtima hali kapsamında işlenen, kasten öldürme, kasten yaralama, yağma ve işkence suçlarında, gerçek ıçtima kuralları uygulanacak, diğer hallerde, zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. 765 sayılı kanunda, sadece, farklı nev'iden fikri ıçtımının kabul edildiği şeklinde açık bir hüküm bulunmamakta ve dolayısıyla, Yargıtay, hem aynı nev'iden fikri ıçtima hem de farklı nev'iden fikri ıçtimayı kabul etmekteydi.

2. 5237 sayılı kanunun konuyu düzenleyen madde gerekçesi, fiil kelimesine hareket anlamı vermektedir. Kanun, yürürlüğe girdikten sonra, gerekçeden bağımsızdır. Gerekçe sadece, yorumlamada başvurulabilecek yollardan birini oluşturur. Bu nedenle, fiil kelimesinden, hareket anlamı çıkarma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Örneğin, A, B'yi yaralamak kastıyla bir tokat atsa ve fakat, B, kafasını set bir cisme çarparak ölse, A'nın cezai sorumluluğu nasıl tespit edilecektir? Ortada, ilk önce yaralama ve daha sonra ölüm şeklinde kanunun iki farklı hükmü ihlal edilmekte ve iki somut netice bulunmaktadır. TCK'nun 23. maddesinde bu konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmasaydı, konu, meydana gelen daha ağır neticenin, ilk yaralama fiili sonucu meydana geldiği tespit edilirse, hareket tek ama netice birden çok olduğundan, fikri ıçtımının varlığına göre çözümlenmelidir. Bu örnekte, hareket görüşüne katılmak zorunluluğu doğmaktadır.

3. Fikri ıçtima konusudna en fazla tartışma, fiil kelimesine verilen anlamda çıkmaktadır. 5237 sayılı kanun, fikri ıçtimayı 44. maddede düzenlemiştir. Bu düzenlemede, *'işlediği bir fiil ile..'* ifadesine yer ve-



rılmıştır. 765 sayılı kanununun 79. maddesinde de 'işlediği bir fiil'den bahsedilmektedir. Dolayısıyla bu yasanın yürürlükte bulunduğu zamandaki tartışma bugün de hala geçerliliğini korumaktadır. 5237 sayılı yasa, bu anlamda sorunu çözümleyici bir yenilik getirmemiştir. 5237 sayılı yasanın getirdiği yenilik, 765 sayılı yasanın 'kanununun muhtelif ahkamını ihlal eden kimse' ifadesi yerine, 'birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kimse' ifadesini kullanmış olmasıdır. Tek fark 5237 sayılı yasanın, sadece 'birden fazla' ifadesini kullanmasında yatmaktadır. Ancak, zaten bu anlam, eski yasanın düzenlemesinden çıkmaktadır. Dolayısıyla öze ilişkin bir fark yoktur.

4. Fikri içtima terimi, kanuna genel anlamda hakim olan, 'terimlerin öz Türkçeleştirilmesi' felsefesine uymamaktadır. Mesela, müteselsil suç, müessir fiil terimleri kaldırılmış olmasına rağmen içtima terimi kaldırılmamıştır. Fikri içtima yerine, 'fikri birleşme' denilebilirdi.

#### KAYNAKÇA

- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2006.
- Antolisei, F., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 1994.
- Bettioli, Giuseppe, *Diritto Penale*, Padova, 1978.
- DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, in Riv. Process.pen., 1960
- Delitala, *Concorso di norma e concorso di reati*, in Riv.it. 1934
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2005.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt II, İstanbul, 1999
- Fiandaca, Giovanni/ MUSCO Enzo, *Diritto Penale, Parte Genrale*, Bologna, 1995
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku*, Ankara, 2005.
- İçel, Kayıhan, "Fikri İçtima Üzerinde Bir İnceleme", *İ.H.F.D.*, 1964, Cilt XXX, Sayı 1-2.
- Kunter, Nurullah, "Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi", *İ.H.F.M.*, 1948, Cilt XIV, Sayı 1-2.
- Leone, Giovanni, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Genel Hükümler, Ankara, 2005.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Ankara, 2005.

# TÜRK HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞI VE TÜRK CEZA KANUNU'NUN 122. MADDESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Ulaş KARAN\*

## I. GİRİŞ

Türk hukukunda son yıllarda inanılmaz bir hızda değişim yaşanıyor ve temel kanunlar birbiri ardına yeniden yazılıyor. Yeni kanunlar arasında özellikle 2004 yılında kabul edilen ve 2005 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu (TCK) teorik olduğu kadar uygulamada da eleştirilerle karşılaştı. Bu süreçte bazı konular eski düzenlemelere benzer biçimde yeni kanunda da yer alırken daha önce ceza hukukunda yer almayan bazı suçlar da TCK'da kendine yer buldu. Bunlar arasında bugüne kadar ülkemizde öğretide üzerinde durulmayan ve ceza hukuku bakımından bir kaç yazar dışında inceleme konusu olmayan 122. maddede yer alan ayrımcılık suçu da bulunuyor.

122. madde ile, mukayeseli hukukta uzun yıllardır akademik ve uygulamaya yönelik çalışmaların konusu olan ayrımcılık yasağı, her ne kadar daha önce farklı hukuk dallarında Türk hukukuna girmiş olsa da ilk kez ceza hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Bununla birlikte düzenleme üzerinde bir kafa karışıklığı söz konusudur ve 122. maddenin nasıl uygulanacağı henüz belirsizdir. Bu durumu desteklemek noktasında Yargıtay'ın bu madde ile ilgili ortaya çıkmış herhangi bir içtihadına rastlanmadığı belirtilebilir. Ancak Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü özel ve genel ceza kanunlarında yer alan bazı maddelerle ilgili özellikle istatistik toplamaktadır ve oluşturulan formlardan biri de "ADİS FORM: 37" adıyla TCK'nın 122. maddesini de içermektedir. Bu formda mağdur sayıları, kovuş-

---

\* İstanbul Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi uzmanı

turmaya yer olmadığına, görevsizlik, yetkisizlik, birleştirme, kamu davasının ertelenmesi ve kamu davası açılmasına dair kararlara ilişkin bilgiler yer almakta ve yıllık olarak sayılar derlenmektedir. 2008 yılı başında bu suçla ilgili ortaya çıkacak istatistiklerle oldukça önemli bir konu olan ayrımcılık yasağı ile ilgili 122. madde uygulaması konusunda bazı bilgiler edinilmiş olacaktır.

Çalışmanın amacı geçmişten bugüne insan hakları hukukunun bir konusu olarak kabul edilen ve zamanla, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku vs. gibi alanlarda diğer hukuk dallarının da bir parçası haline gelen ayrımcılık yasağı ile ilgili TCK'nın 122. maddesini insan hakları hukuku bağlamında ve uygulanabilirlik açısından değerlendirmektir.

## II. GENEL OLARAK AYRIMCILIK YASAĞI

Türkiye ayrımcılık yasağını farklı konular bağlamında düzenleyen uluslararası insan hakları sözleşmelerinin büyük çoğunluğunu imzalamış ve usulüne uygun bir şekilde onaylamıştır. Bu sebeple taraf olunan uluslararası sözleşmeler iç hukukun bir parçası haline gelmiştir. Anayasa'nın 90. maddesinde 2004 yılında 5170 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonrası maddenin son fıkrasına şu cümle eklenmiştir: *"...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."*<sup>1</sup> Bu değişiklik sayesinde bir uyuşmazlığın yargı organı önüne geldiği durumlarda Türkiye'de yürürlükte olan yasal mevzuat içerisinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık içeren hükümlerin yerine, bunları yasaklayan uluslararası insan hakları sözleşmelerinin uygulanmasının yolu açılmıştır. Gerek idare gerekse yargı organları, insan hakları konusu uluslararası sözleşmelerle iç hukuktaki bir yasal düzenlemenin çatıştığı durumlarda doğrudan uluslararası sözleşme hükmünü uygulamak zorundadır. Ayrımcılık yasağını içeren maddeler uluslararası hukuk tarafından *"doğrudan uygulanabilirlik"* kriteri taşıdığı kabul edilen düzenlemelerdir ve taraf devletler tarafından derhal uygulanmaları gerekmektedir. Ayrımcılığı yasaklayan uluslararası andlaşmaları usulüne uygun bir şekilde onaylayarak iç hukukuna aktaran

<sup>1</sup> 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun için bkz., 22.05.2004 tarih ve 25469 sayılı *Resmî Gazete*.

Türkiye'nin Anayasa'nın 90. maddesi gereği uluslararası insan hakları standartlarını hayata geçirmesi gerekmektedir. 90. madde düzenlemesinin bir başka anlamı da taraf olunan uluslararası andlaşmalar gereği kurulan denetim organlarının kararlarının da taraf devletler için iyiniyetle yerine getirilmesi gereken kurallar olmasıdır. Uluslararası insan hakları koruma mekanizmalarının yargısal ve yarı-yargısal nitelikteki kararları iç hukukta ayrımcılık yasağı bağlamında yapılacak değerlendirmelerde yol gösterici niteliktedir. Bu anlamda çalışmada bazı denetim organların ayrımcılık yasağına yönelik yaklaşımları, uyguladığı kriterler ve oluşturduğu standartlara da kısaca değinilecektir.

Ayrımcılık yasağı, yasa önünde eşitlik, yasalarca eşit derecede korunma gibi ilkeleri içinde bulunduran temel bir prensip olarak kabul edilmektedir.<sup>2</sup> Ayrımcılığın uluslararası sözleşmelerde doğrudan bir tanımı yapılmamış ancak birçok sözleşmede farklı bağlamlarda da olsa kendine yer bulmuştur. Bunlar arasında, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 2. maddesi özellikle belirtilebilir.<sup>3</sup> Bu ve diğer sözleşmelerde taraf devletler, kendi ülkelerinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum vb. statüler bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin ilgili sözleşmelerde tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlü tutulmuştur. Bu sözleşmelerde ayrımcılık yasağının kapsamında bazı farklılıklar olmasına karşın,<sup>4</sup> maddelerin ortak özelliği ilgili sözleşmelerde yer alan haklar konusunda ayrımcılığı yasaklamış olmalarıdır. Ayrıca ayrımcılığı yasaklayan söz konusu maddeler genellikle kendi başlarına değil, sözleşmelerde yer alan diğer haklarla birlikte gündeme gelmektedir.

<sup>2</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 18 No'lu Genel Yorum, paragraf 1, Genel Yorum'un Türkçe çevirisi için bkz., Lema Uyar (derleyen ve çeviren), *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 40-44.

<sup>3</sup> Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, s. 175.

<sup>4</sup> Örneğin, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi "ekonomik statü" ifadesine yer vermektedir.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak, hem bir hak, hem de insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına yönelik, temel bir ilke denilebilir. Çalışmanın konusu açısından, Türkiye'nin de taraf olması sebebiyle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin yaklaşımı üzerinde özellikle durulacaktır. Türkiye için ceza hukuku bağlamında yeni bir kavram olan ayrımcılık yasağına dair düzenlemeler Sözleşme ile kurulan İnsan Hakları Komitesi'nin önünde uzun bir süredir gündeme gelmekte ve uluslararası alanda genel kabul gören standartlar ortaya konulmaktadır. Sözleşme'nin 26. maddesi kapsamında ayrımcılık yasağına, yasa önünde eşitlik ve eşit korunma hakkının negatif görünüşü şeklinde yer verilmiştir. Eşitlik ilkesinin ise ayrımcılık yasağından daha çok pozitif yükümlülük barındırdığı ifade edilmektedir.<sup>5</sup> Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde, ayrımcılık yasağına hem 2. maddede hem de 26. maddede yer vermiştir. Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrası: *"Bu Sözleşme'ye Taraf her devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu Sözleşme'de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür."* şeklindedir. Sözleşmenin 26. maddesi ise: *"Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, yasalar her türlü ayırımı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi, her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin edecektir."* şeklindedir.<sup>6</sup>

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi bağlamında 26. maddeye benzer şekilde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına dair benzer düzenlemeler ise yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12 No'lu Ek Protokolü'nün 1. maddesinde, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 7. maddesinde, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 24. maddesi ve

<sup>5</sup> Bertram Ramcharan, "Equality and Non-Discrimination", *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, New York, 1981, s. 254'den aktaran, Sarah Joseph; Jenny Schultz; Melisa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, Oxford University Press, New York, 2000, s. 519; Eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin bir değerlendirme bu çalışmanın sınırlarını aşacağından dolayı bu ayırım veya benzerlik üzerinde durulmayacak ve konuya ayrımcılık yasağı bağlamında yaklaşılabilecektir.

<sup>6</sup> 26. maddede yer verilen ifadelerle ilgili ayrıntılı açıklama için bkz., Nihal Jayawickrama, *a. g. e.*, s. 820-841.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 2. ve 3. maddelerinde de yer almaktadır.<sup>7</sup> Anılan maddeler ayrımcılık yasağının getirdiği korumayı sadece ilgili sözleşme maddeleri ile sınırlı tutmamış ve hukuken tanınmış diğer hakları da kapsamına almıştır.<sup>8</sup> Bu noktada uluslararası alanda başlangıçta belli haklar kapsamında gündeme gelen ayrımcılık yasağının zamanla hukuken tanınmış tüm haklar açısından söz konusu hale geldiği söylenebilir. Günümüzde ayrımcılık ile ilgili düzenlemelerin bu doğrultuda tüm haklar açısından tanınması insan hakları düşüncesinin evrimine de uygun düşmektedir.

Ayrımcılık yasağına yer veren yukarıdaki sözleşmeler aslında ayrımcılığı ayrıntılı olarak tanımlamamıştır. Bu konuda Her Türlü Irk Ayrımcılığı'nın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 1. maddesi<sup>9</sup> ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin 1. maddesi,<sup>10</sup> sözleşmelerin ilgili oldukları konular bağlamında ayrımcılığı tanımlamıştır. Çalışma açısından önem taşıyan ve uluslararası hukukta ayrımcılık ile ilgili önemli sonuçlar doğuran kararların ortaya çıkmasını sağlayan Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ise ayrımcılığı ayrıca 26. maddesinde "*yasalar önünde eşitlik*" ve "*hukuken ayrımcılığa karşı korunma*" şeklinde düzenlemiştir. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi bağlamında İnsan Hakları

<sup>7</sup> Diğer uluslararası belgelerin bir listesi için bkz., Nihal Jayawickrama, *a. g. e.*, s. 817.

<sup>8</sup> Uluslararası hukukta ayrımcılık yasağı ile ilgili özet bilgi ve belgelerin bir listesi için bkz., John Spencer, Maureen Spencer, "International Law and Discrimination", *Discrimination Law*, Malcolm Sargeant (editor), Pearson Longman, Harlow, 2004.

<sup>9</sup> Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 1. maddesinde ırk ayrımcılığı, "*...siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacıyla ya da etkisine yönelik, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım, dışlama, kısıtlama ya da tercih anlamındadır...*" şeklinde tanımlanmıştır. Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz., 16.06.2002 tarihli ve 24787 sayılı Resmi Gazete, <http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2002/06/20020616.htm> (erişim:02.01.2007)

<sup>10</sup> Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin 1. maddesi kadınlara karşı ayrımcılığı, "*...siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacıyla taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı her hangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelir...*" şeklinde tanımlamıştır. Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz., 14.10.1985 tarihli ve 18898 sayılı Resmi Gazete.

Komitesi ayrımcılık ile ilgili bir tanım yapmıştır. Komite, Sözleşme'nin 40. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen Sözleşme hükümlerinin netleştirilmesine yönelik Genel Yorum yayınlamaktadır. Komite bu yetkisi doğrultusunda Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 26. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak, söz konusu maddenin ve ayrımcılığın içeriğinin belirlenmesine yönelik olarak 1989 yılında ve 37. oturumunda 18 No'lu Genel Yorum'u kabul etmiştir. Anılan genel yorum "Ayrımcılık Yasağı" başlığını taşımaktadır ve yasalar önünde eşitlik ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunmanın insan haklarının korunmasıyla ilgili olarak temel ve genel prensip olduğu belirtilmektedir.<sup>11</sup> İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin ayrımcılık terimini tanımlamadığını belirterek ayrımcılığı tanımlamıştır. Komite ayrımcılık ile "...ayırma, dışlama, kısıtlama veya ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum, siyasi veya diğer görüşlere dayalı olarak gerçekleştirilen ve bütün hak ve özgürlüklerin herkes tarafından tanınmasını ve kullanılmasını engelleyecek veya tanınmasını ve kullanılmasını sınırlandıracak ayrımcılığı..." kastetmektedir.<sup>12</sup>

Burada belirtilmesi gereken ikinci bir olgu ise, İnsan Hakları Komitesi'nin 26. madde metninde, "her bağlamda" ifadesine yer vererek ayrımcılığı madde metninde geçen ifadelerle sınırlı olmadığını belirtmiş olmasıdır. "Başka bir statü" ifadesi Komite önüne gelen her vaka da ayrıca değerlendirilmiş ve içtihatlarla geliştirilmiştir.<sup>13</sup> 26. madde ucu açık (*open-ended*) bir madde olarak kabul edilmektedir. Bu durum 26. madde cinsel yönelime dair ayrımcılığı içermemesine karşın özellikle eşcinsellere yönelik ayrımcılıkla ilgili kararlarda öne çıkan bir durumdur.<sup>14</sup> Komitenin, "Toonen v. Avustralya" kararında, "başka bir statü" ifadesi kapsamında sözleşmenin 2. ve 26. maddesinde bulunan "cinsiyet" ibaresinin aynı zamanda cinsel yönelimi de kapsayacağı be-

<sup>11</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 18 No'lu Genel Yorum, paragraf 1, Lema Uyar, *a. g. e.*, s. 40.

<sup>12</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 18 No'lu Genel Yorum, paragraf 7-8, Lema Uyar, *a. g. e.*, s. 42-43.

<sup>13</sup> Scott Davidson, "Equality and Non-Discrimination", *Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Alex Conte; Scott Davidson; Richard Burchil, Ashgate, Aldershot, 2005, s. 172.

<sup>14</sup> "Pauger v. Avusturya", (CCPR/C/44/D/415/1990), (30.03.1992) ve "Young v. Avustralya", (CCPR/C/78/D/941/2000), (18.09.2003), United Nations Treaty Bodies Database, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, (erişim: 02.01.2007)

lirtilmiştir.<sup>15</sup> Aynı şekilde çeşitli kararlarında, cinsel yönelim dışında engellilik, uyrukluk, evlilik dışı doğan çocuk da “*başka bir statü*” kapsamı içerisinde düşünülmüştür.<sup>16</sup> TCK’nın 122. maddesinde de benzer yaklaşım sergilenmiş ve Anayasa’nın 10. maddesi ile uyum hedeflenmiştir. Ancak bu durum ileride görüleceği üzere eleştirilere de neden olmuştur.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 26. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının sınırlandırmaya tabi tutulacağı ve bu anlamda mutlak bir hak olmadığı belirtilmiştir.<sup>17</sup> 26. madde bağlamında yer alan yasalar önünde eşitlik ve yasalarca eşit şekilde korunma ifadeleri herkese mutlak eşit ve simetrik muamele yapılmasını öngörmemektedir. Madde ile belli kişilere veya gruplara makul ve objektif kriterlere dayanılarak farklı muamele yapılabileceği öngörülmüştür. Bu kriter aşağıda görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi tarafından da kararlarında kullanılmaktadır. Örnek olarak, görme engellilere sürücü ehliyeti verilmemesinin veya farklı gelir seviyesine sahip kişilerden farklı oranlarda vergi alınmasının farklı muamele olarak kabul edilebileceği ancak ayrımcılık teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir.<sup>18</sup> İnsan Hakları Komitesi ayrımcılığı yasaklarken mevcut ayrımcılığın önlenmesine yönelik olarak gerçekten gerekli olduğu durumlarda olumlu ayrımcılığı (pozitif ayrımcılık) meşru kabul etmekte ve sözleşmenin ihlali olarak görmemektedir.<sup>19</sup> İnsan Hakları Komitesi ayrımcılık yasağının ihlali için açıkça ayrımcı bir düzenlemeyi de gerek görmemektedir. Komite kararlarında, uygulama ya da düzenlemeler iyiniyetli olsa da sonuçları itibariyle ayrımcılık teşkil edebileceği yönündedir.<sup>20</sup> Bu durum öğ-

<sup>15</sup> “*Toonen v. Avustralya*”, (CCPR/C/50/D/488/1992), (04.04.1994), paragraf 8.7, United Nations Treaty Bodies Database, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, (erişim: 02.01.2007); benzer bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı için bkz., *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portekiz*, (başvuru no: 33290/96), 21.12.1999, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (erişim:10.04.2007)

<sup>16</sup> Bu başlıklar altında örnek Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi kararları için bkz., Nihal Jayawickrama, *a. g. e.*, s. 838-839; Sarah Joseph; Jenny Schultz; Melisa Castan, *a. g. e.*, s. 525.

<sup>17</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 18 No’lu Genel Yorum, paragraf 13, Lema Uyar, *a. g. e.*, s. 44.

<sup>18</sup> Nihal Jayawickrama, *a. g. e.*, s. 818.

<sup>19</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 18 No’lu Genel Yorum, paragraf 7-8, Lema Uyar, *a. g. e.*, s. 44.

<sup>20</sup> Örnek kararlar için bkz., “*Singh Binher v. Kanada*”, (CCPR/C/37/D/208/1986), (28.11.1989), paragraf 6.1; “*Simunek v. Çek Cumhuriyeti*”, (CCPR/C/54/D/516/1992) (31/07/1995), paragraf 11.7; “*Adam v. Çek Cumhuriyeti*”, (CCPR/C/57/D/586/1994),



retide dolayı ayrımcılık olarak kabul edilen ayrımcılık türünde gündeme gelmektedir. TCK'nın 122. maddesi ise genel olarak doğrudan ayrımcılığı yasaklamıştır. Başka bir deyişle aynı veya benzer konumda olan kişilere yapılacak eşit muamele sonucunda oluşabilecek ayrımcılığı koruma kapsamında tutmamıştır.

İnsan Hakları Komitesi'nin kullandığı kriterleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarında kullanmaktadır.<sup>21</sup> Mahkeme kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde yer alan benzer durumdaki kişilerin (tüzel kişilerde dahil olmak üzere) farklı muameleye karşı korunduğunu, farklı muamelenin meşru ve haklı gösterilebilir bir nedeni ve ulaşılmaya çalışılan amaç ile vasıtalar arasında orantısallık bulunmadığı takdirde ayrımcı kabul edileceğini belirtmiştir.<sup>22</sup>

Ayrımcılık genellikle doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan ayrımcılık, aynı veya benzer konumda olan kişiler arasında fark yaratılmasını engellemeyi amaçlar ve bu nedenle "şekli eşitlik" anlayışının bir ifadesi olarak görülmektedir. Doğrudan ayrımcılığın, "ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerden birine dayanılarak, bir kişi veya kişi grubunun insan hak ve özgürlüklerinden, aynı veya benzer konumda olduğu diğer kişilerle eşit bir şekilde yararlanmasını ve bunları kullanmasını engelleme ya da zorlaştırma niyet veya etkisine sahip her türlü farkı, dışlamayı, sınırlamayı ya da tercihi belirttiği" ifade edilmektedir. Bu durumda aynı veya benzer konumdaki diğer kişilerden biri veya bir kısmı bakımından daha olumsuz sonuçlar yaratan veya böyle bir sonucun ortaya çıkması ihtimalini doğuran farklı muameleler söz konusudur.<sup>23</sup> Doğrudan ayrımcılık içerisinde farklı unsurları barındırır. Bu anlamda ilk olarak, farklı bir muamelenin tespit edilmesi gerekmektedir. Ayrımcılık aynı veya benzer konumda olan kişiler arasında

(25.07.1996), paragraf 12.7, United Nations Treaty Bodies Database, <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf>, (erişim: 02.01.2007)

<sup>21</sup> Sibel İnceoğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006, s. 58.

<sup>22</sup> *Lithgow ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, (Başvuru no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81), 08.07.1986, paragraf 177, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/default.htm> (erişim:10.04.2007)

<sup>23</sup> İdil Işıl Gül, *Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansımaları*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 201.

olabileceği için kişilerin konumları karşılaştırılmaktadır. İkinci olarak ise, kişilerin aynı veya benzer bir konumda oldukları ortaya konulduktan sonra, yapılan farklı muameleyi meşru kılan bir nedenin olup olmadığı değerlendirilmektedir. Meşru amaç “nesnel, makul ve varılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında orantısallık” olmalıdır. Avrupa Birliği tarafından 2000 yılında yayınlanan ve özelde ırk ayrımcılığına karşı mücadeleyi öngören 2000/43/EC Sayılı Konseyi Direktifi’ne göre “...bir kimsenin; karşılaştırılabilir durumlarda, ırk veya etnik kökene dayalı olarak, bir diğer kişiye göre daha az tercih edilir bir muameleye tabi tutulması, şimdiye kadar tutuluyor olması veya tutulma ihtimali olması halinde doğrudan ayrımcılığın ortaya çıktığı anlaşılır.”<sup>24</sup> Doğrudan ayrımcılık açısından bir siyahın kamu binalarına girişinin yasaklanması ya da bir restoranda Çingenelere/Romanlara servis yapılmaması bu tür ayrımcılığın tipik örneklerindedir.<sup>25</sup>

Dolaylı ayrımcılık kavramı ise, sadece farklı muamelelerin değil, herkes için aynı şekilde geçerli ve görünüşte tarafsız olan, ancak bazı kişi ve gruplar üzerinde diğerlerinden farklı olarak veya diğer gruplardan daha fazla olumsuz etkiler yaratan yasal düzenleme, uygulama ve tedbirler olarak kabul edilmektedir.<sup>26</sup> Burada farklı muamele kadar aynı muamelenin de eşit olmayan sonuçlar yaratabileceği dikkate alınmakta ve muamelenin sonuçları üzerinden bir değerlendirme yapılmaktadır. Doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak burada farklı muamelenin yasaklanması değil ayrımcı etkiler doğuran aynı muamele yasaklanmaktadır. Dolaylı ayrımcılığın unsurlarına bakıldığında ilk olarak ortada görünüşte tarafsız bir uygulama, tedbir ya da kuralın bulunması gerekmektedir. İkinci olarak ise tarafsız bir uygulama, tedbir ya da kuralın olumsuz sonuçlar doğurma veya böyle bir ihtimali yaratması durumudur. Son olarak ise tarafsız bir uygulama, tedbir ya da kuralı meşru kılacak bir nedenin bulunup bulunmadığı değerlendirilmektedir. 2000/43/EC Sayılı Avrupa Birliği Konseyi Direktifi’ne göre “görünüşte tarafsız bir hüküm, ölçüt veya uygulamanın; bir ırk veya etnik kökene sahip kişileri, diğer kişilerle karşılaştırıldığında belirli bir açtı-

<sup>24</sup> Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, madde 2-a, [http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l\\_180/l\\_18020000719en00220026.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l_180/l_18020000719en00220026.pdf) (erişim:11.04.2007)

<sup>25</sup> Scott Davidson, *a. g. e.*, s. 165.

<sup>26</sup> İdil Işıl Gül, *a. g. e.*, s. 244-250.

dan dezavantajlı konuma düşürdüğü durumlarda; bu tarafsız hüküm, ölçüt veya uygulama; meşru bir amaç ile nesnel olarak gerekçelendirilmemişse söz konusu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar uygun ve zorunlu değilse, dolaylı ayrımcılığın gerçekleştiği anlaşılır".<sup>27</sup> Dolaylı ayrımcılığa örnek olarak ise 175 cm'nin altında boy uzunluğuna sahip olmayan kişilerin polislik mesleğine alınmaması verilebilir. Burada görünüşte bir ayrımcılık yoktur ancak kadınlar ve bazı etnik gruplar değerlendirildiğinde söz konusu kuralın dolaylı bir ayrımcılık yarattığı ortadadır.<sup>28</sup>

### III. TÜRK HUKUKUNDA AYIRIMCILIK YASAĞI

#### A. Anayasa ve Diğer Yasalarda Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağı Türk hukukunda uzun bir süredir yer almaktadır. Öncelikle 1961 Anayasası'ndan başlayarak anayasalarda ve pek çok yasada ayrımcılığın yasaklanması ile ilgili düzenlemeler vardır. Anayasa yasalar önünde eşitliği "*Kanun önünde eşitlik*" başlığı ile 10. maddede düzenlemiştir: *Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*" Yine Anayasa'nın çeşitli maddelerinde farklı konularla ilgili ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler söz konusudur. Bunlar arasında 68. maddede siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinde, 70. madde de ise kamu hizmetlerine girme hakkı açısından ayrımcılık yasaklanmıştır.

Yasalar düzeyinde ise kamu hizmetlerinde yararlanma hakkı bağlamında halen yürürlükte olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 7. maddesi kamu hizmetini alanlara yönelik ayrımcılığı yasaklamıştır. Bu eylemi gerçekleştiren memurlar için ise aynı kanunun disiplin cezalarını düzenleyen 125. maddesinin D fıkrasının I bendinde, kademe ilerleme cezası öngörülmüştür.

<sup>27</sup> Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, madde 2-b, [http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l\\_180/l\\_18020000719en00220026.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l_180/l_18020000719en00220026.pdf) (erişim:11.04.2007)

<sup>28</sup> Scott Davidson, *a. g. e.*, s. 166.

Siyasi haklar ve özgürlükler bağlamında ayrımcılığı engellemek için 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda Anayasa'nın 10. maddesi ile de öngörülen "kanun önünde eşitlik" ilkesi düzenlenmiştir. Kanunun 82. maddesi bölgecilik veya ırkçılığı yasaklarken, 83. maddesi siyasi partilerin ayrımcılık içeren faaliyetlerde bulunmasını yasaklamıştır. Yine kanunun 12. maddesi ile parti tüzüklerinde üye olacak kişiler için ayrımcılık içeren ifadeler yer verilemeyeceği düzenlenmiştir. Kanunun 78. maddesi ile siyasi partilerin amaçları ve faaliyetleri ile ilgili yasaklar kapsamında ayrımcılık yine yasaklanmıştır.

Ayrımcılığın gündeme geldiği en önemli alanlardan biri olan iş yaşamında da ayrımcılığı engelleyen düzenlemeler yapılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu eski düzenlemenin aksine 5. maddesinde ayrımcılık yasağına yer vermiştir.<sup>29</sup> Bu düzenleme olumlu olmakla beraber söz konusu maddenin uygulaması karşılıklı bir iş ilişkisinin doğumundan itibaren geçerli olmaktadır. Ayrıca, ülkemizde dini, etnik, dilsel azınlıkların, işe girişte maruz kaldıkları/kalabilecekleri ayrımcılık bu maddenin kapsamı dışında tutulmuştur. Bu sebeple madde ancak istihdam dahilindeki kişilere karşı ortaya çıkabilecek ayrımcılık durumunda geçerli olabilecektir. İleride görüleceği üzere TCK'nın 122. maddesi ise bir iş ilişkisinin doğumdan önceki dönemde yapılabilecek bazı hareketleri cezalandırmıştır. Her iki madde de yer alan "ve benzeri sebeplere dayalı" ifadesi ise farklı hukuk dallarına dair olan düzenlemeler açısından aşağıda görüleceği üzere sıkıntı yaratabilecektir.

Eğitim hakkını ilgilendiren düzenlemeler arasında 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu ayrımcılıkla ilgili düzenlemelere yer vermiştir. Söz konusu kanunun 4. maddesinde "eşitlik" bağlamında ayrımcılık yasaklanmış, 7. maddesinde herkesin eğitim hakkı olduğu vurgulanmış ve 8. maddesinde de herkesin fırsat eşitliğine sahip olduğu ifade edilmiştir. Kanunun düzenlemesi, sadece "sınıf, ırk, dil, din, cinsiyet, zümre ve aile" ifadelerine yer vererek Anayasa'nın 10. maddesi düzenlemesinde ayrılmıştır.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ile ayrımcılığın yayın yoluyla gerçekleşmesinin önüne geçmek için söz konusu kanunun 4. maddesinde düzenleme yapılmış-

<sup>29</sup> Bu konuda bir makale için bkz., Kübra Doğan Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006.

tır. 4. madde de yayınların sahip olması gereken nitelikler arasında, 4 bentte ayrımcılığı ilgilendiren düzenlemelere yer verilmiştir. Bu ilkelere aykırı hareketler ise 33. madde yer alan müeyyidelere tabi tutulması öngörülmüştür.

Çok kapsamlı bir şekilde toplumsal ilişkileri düzenleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda derneklerle ilgili olan maddeler arasında yer alan 68. madde dernek faaliyetleri kapsamında ayrımcılığı ortadan kaldırmak amacını taşımaktadır. Ancak maddenin kapsamı sadece bir derneğe üye olan kişiler arasında ayrımcılığı yasaklamaktadır. Ayrımcı faaliyetleri hedefleyen derneklerin kuruluşunu ya da bu şekilde faaliyetler yürüten derneklerin faaliyetlerini yasaklamamaktadır.

Korunmaya, bakıma veya yardıma muhtaç aile, çocuk, özürlü, yaşlı ve diğer kişilere götürülen sosyal hizmetlere ve bu hizmetleri yürütmek üzere kurulan teşkilatın kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklar ile faaliyet ve gelirlerine ait esas ve usulleri düzenleyen 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun 4. maddesi ile sosyal hizmetlerden yararlanacaklar arasında ayrımcılık yapılamayacağı bir takım eksikliklere karşın (cinsiyet vs.) düzenlenmiştir. Kanunun düzenlemesi yine sadece "*sınıf, ırk, dil, din, mezhep veya bölge farklılığı*" ifadelerine yer vererek Anayasa'nın 10. maddesi düzenlemesinde ayrılmıştır.

## B. Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Yasağı

Yukarıda yer alan uluslararası sözleşmeler her ne kadar ayrımcılık yasağını yer vermiş olsa da ayrımcılık yasağının ceza hukuku anlamında bir suç olarak düzenlenmesine dair bir yükümlülük içermemektedir. Her ülkenin kendi ceza politikası ve toplumsal sorunlar açısından kriminalizasyona dair farklı yaklaşımı vardır. Ancak ayrımcılık yasağının belli görünüşleri açısından bazı belgelerde ceza hukuku kapsamında düzenleme yapılması tavsiye edilmektedir. Bunlardan biri de Avrupa Konseyi Irkçılık ve Hoşgörüsüzlükle Mücadele Komisyonu'nun yayınladığı 1 No'lu ve 7 No'lu Genel Politika Tavsiye kararlarıdır. Tavsiyelerde üye devletlere ırk ayrımcılığı ile ilgili ceza hukukuna dair düzenlemelerde dahil yasal düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>30</sup> Ayrımcılık suçu şeklinde bir suçun öngö-

<sup>30</sup> European Commission against Racism and Intolerance General Policy Recommen-

rülmüş olması devletin özel hukuk ilişkilerine müdahalesi olarak da algılanmaktadır. Dünya üzerinde bütün toplumlarda varolan ayrımcılık olgusunun Türkiye’de olmadığı savunularak ihtiyaç duyulmayan bir suçun düzenlenmiş olduğu ifade edilmektedir.<sup>31</sup> Ancak ayrımcılık hayatın hemen her alanında değişik boyutlarda yaşanmaktadır. Ayrımcılığın engellenmesi noktasında ceza hukukuna konu olması tartışılabilir olsa da ayrımcılık olgusunun varlığının tamamen yadsınması mümkün değildir.

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ayrımcılıkla ilgili ilk defa bazı düzenlemeler getirmiştir. Bunların başında ise kanunun uygulanması sırasında ayrımcılığın yasaklanmasıdır. 3. maddenin 2. fıkrasında: *“Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasi veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konuları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz.”* denilmektedir.

Bir diğer madde olan 216. maddede ayrımcılık ile bağlantılı olarak toplumda oluşabilecek kin ve düşmanlığın önüne geçmek için düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, ırkçı veya başka biçimde ortaya çıkabilecek çeşitli hakaret içeren veya şiddete yönelik, ifade ve hareketler, kamu düzeni için tehlike doğurduğu veya açık ve mevcut bir tehlikenin ortaya çıktığı durumlarda cezalandırmaktadır. Bu maddenin eski düzenlemesi genellikle düşünce ve ifade özgürlüğünü kısıtlanması yönünde kullanılmışsa da özellikle Ermeniler, Çingeneler vs. gibi etnik grupları yoğun olarak hedef alan söz ve davranışlar için de kullanılabilmesi mümkündür ve bu amaçla olumlu bir düzenleme olarak kabul edilebilir. Bu maddenin varlığı ileri sürülerek ayrıca ayrımcılık suçu şeklinde bir suçun düzenlenmesine ihtiyaç bulunmadığı ifade edilmektedir. 122. maddede yer alan suçun ifade özgürlüğüne aykırı bir durum yarattığı, bir malı satmayan kişinin ortada bir şiddet çağrısı

---

dation No:7 on national Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination, 13.12.2002, s.4, [http://www.coe.int/T/e/human\\_rights/ecri/4-Publications/](http://www.coe.int/T/e/human_rights/ecri/4-Publications/) (erişim:10.04.2007); European Commission against Racism and Intolerance General Policy Recommendation No:1 Combating Racism, Xenophobia, Anti-Semitism and Intolerance, 04.10.1996, s. 4, [http://www.coe.int/T/e/human\\_rights/ecri/4-Publications/](http://www.coe.int/T/e/human_rights/ecri/4-Publications/) (erişim:10.04.2007),

<sup>31</sup> Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 510.

olmamasına rağmen cezalandırılarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği belirtilmektedir.<sup>32</sup> Ancak ayrımcılık suçu ile ilgili düzenlemenin “*halkı kin ve düşmanlığa tahrik*” suçu ile bir ilgisi bulunmamaktadır. 122. madde düzenlemesi bir düşünce açıklamasını değil başka hareketleri cezalandırmaktadır ve bu hareketler ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyecek hareketlerdir. Aksine bu şekilde bir durum kabul edilse dahi ifade özgürlüğü mutlak bir hak değildir. İfade özgürlüğünün sınırlanma nedenlerinde biri de bu şekilde ayrımcı ifadelerdir. Ayrıca 216. madde düzenlemesi ile 122. maddede öngörülen hareketlerin cezalandırılması imkanı da bulunmamaktadır ve bu açıdan da 216. madde düzenlemesinin varlığı öne sürülerek 122. maddeye ihtiyaç duyulmadığının öne sürülmesi mümkün gözükmemektedir.

TCK'nın 153. maddesi de ayrımcılıkla yakın bağlantısı olan nefret suçları açısından ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçunu düzenlemiş ve düzenlemede “*tahkir maksadıyla zarar verme*” ağırlaştırıcı neden olarak yer almıştır. Yine TCK'nın 115. maddesinde kişilerin inanç ve düşüncelerinin açıklanması veya gereklerinin yerine getirilmesinin engellenmesi noktasında da düzenlemeler mevcuttur. Ancak çalışmanın sınırları gereği ayrımcılık ile yakın ilişkili olan nefret suçları ve kin ve düşmanlığa tahrik suçları üzerinde durulmayacaktır.

Burada belirtilmesi gereken başka bir nokta, ayrımcılık söz konusu olduğunda hukukun diğer alanlarında varolan yaklaşımların benzer bir biçimde ceza hukuku içinde benimsenmesinin mümkün olamamasıdır. Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri sanık haklarının korunması ve masumiyet karinesidir. Ayrımcılık suçunun tam anlamıyla ispat edilemediği durumlarda cezalandırması mümkün değildir. Yine ayrımcılık söz konusu olduğunda hukukun temel ilkelerinden biri olan ispat yükü özel hukuk açısından yer değiştirebilmektedir. Ancak bu ilkenin doğrudan ceza hukukunda uygulanabilmesi mümkün değildir. Dolaylı ayrımcılık yapıldığı iddia edildiği bazı durumlarda, yapılan uygulamanın eşitsiz olduğu savunulabilir. Farklı muamele gördüğü ve ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişi maruz kaldığı uygulamanın, bir grubu orantısız bir şekilde dezavantajlı konuma düşürdüğünü gösterebilir. Böyle bir durumda ise uygulamayı gerçekleştiren kişi, söz konusu uygulamanın meşru bir hedefi olduğunu, uygulamanın makul ve orantılı olduğunu ispatlamak durumundadır. Bu konuda örnek olarak

<sup>32</sup> Ersan Şen, *a. g. e.*, s. 510.

bütün motosiklet kullananların kask giymesi zorunluluğu getiren bir trafik kuralı verilebilir. Bu kural kafanın bu şekilde örtülmesinin yasaklandığı örneğin Sih dini mensuplarına karşı dolaylı bir ayrımcılık anlamına gelecektir. Ancak devlet, bu uygulamanın meşru amacının sürücülerin güvenliğini sağlamak olduğunu, bu zorunluluğun mevcut tehlike dikkate alındığında uygun olduğunu ve kişinin güvenliği açısından kask giymenin mantıklı bir zorunluluk olduğunu göstererek, bu uygulamanın haklı olduğunu savunma yoluna gidebilecektir.<sup>33</sup> Dolaylı ayrımcılığı içeren bu örnek bağlamında ceza hukukunda ispat yükünün yer değiştirmesi ve sanığın suçu işlemediğini ispat etmek zorunda kalması düşünülemez. Ayrıca TCK'nın 122. maddesi doğrudan ayrımcılığı düzenlediği için bu anlamda bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Ancak ifade etmek gerekir ki, ayrımcılık suçunun ispatı genellikle zordur ve ceza kanunu dışındaki kanunlarda bu anlamda belirli şartlarda ispat yükünün yer değiştirilmesine izin verilebilmektedir. Ceza kanunlarında bu şekilde bir düzenlemenin mümkün olmaması madde ile hedeflenen korumanın zayıflamasını da beraberinde getirmektedir.

#### IV. TÜRK CEZA KANUNU'NUN 122. MADDESİ: AYRIMCILIK SUÇU

##### A. 122. Maddenin Yasalaşma Süreci ve Düzenlemesi

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ayrımcılık suçu ile ilgili düzenlemesi ile ayrımcılık başlı başına bir suç haline getirilmiştir. Madde metni biraz karışık ve kapsamı dar olsa da ayrımcılık yasağına yaklaşım bakımından geçmişe göre oldukça ileri bir bakış açısını yansıtmaktadır.

Ancak madde içeriğine bakıldığında maddenin pratikte uygulanması çok mümkün gözükmemektedir. Ayrıca öğretilerde de ceza kanununda böyle bir suça yer verilmiş olması eleştirilmiştir.<sup>34</sup> Aşağıda 122. maddenin unsurları ve uygulanabilirliği üzerinde durulacaktır.

<sup>33</sup> Bu konuda benzer bir Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi kararı için bkz., "*Singh Binher v. Kanada*", (CCPR/C/37/D/208/1986), (28.11.1989), paragraf 4.4.4.5; United Nations Treaty Bodies Database, <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf>, (erişim: 11.04.2007)

<sup>34</sup> Ersan Şen, s. 510 vd.



122. maddede yer alan düzenleme ilk kez “Dönmezer Tasarısı” olarak adlandırılan 2003 tarihli TCK tasarısının 184. maddesinden alınmıştır. Maddede yer alan para cezası artırılmış ve 2003 yılında TBMM’ye sevk edilen kanun tasarısının 170. maddesinde gündeme gelmiştir. Tasarı’da suç: “Kişiler arasında köken, cinsiyet, aile durumu, örf ve adet, siyasal düşünce, felsefi inanç, sendika, bir etnik gruba mensupluk, ırk, din, mezhep nedeniyle ayırım yaparak;

a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,

b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya 750 milyon liradan 2 milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

Bu maddede yazılı suçlar tüzel kişiler aleyhine işlendiğinde de aynı cezalar uygulanır.

Tüzel kişiler de bu maddede yazılı suçlardan dolayı sorumludurlar” şeklinde düzenlenmişti.<sup>35</sup>

Hükümet tasarısında yer alan düzenleme Adalet Alt Komisyonu tarafından hemen hemen aynen kabul edilmiş, ancak madde metnine “cinsel yönelim” ibaresi eklenmiş ve cinsel yönelim temelli ayrımcılıkta suç haline getirilmiştir. Ayrıca ağır para cezası ve miktar yerine adli para cezası ifadesi eklenmiştir. Bu durum maddenin son halinde yer verilen “ve benzer sebepler” ifadesinin bulunmamasının bir sonucu olarak kabul edilebilir. Bir başka değişiklik ise madde metninde yer alan tüzel kişilerin sorumluluğuna dair düzenlemede yaşanmıştır. Bu düzenlemede 5237 sayılı kanunla tüzel kişilerin suç faili olarak cezalandırılması mümkün olmadığı için madde metninden çıkarılmıştır.<sup>36</sup>

Adalet Komisyonu ise Alt Komisyon tarafından kabul edilen me-

<sup>35</sup> A. Caner Yenidünya, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu”, *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006, s. 99.

<sup>36</sup> TMMM Adalet Komisyonu TCK Görüşme Tutanakları, 106-169. Maddeler, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/tck/106-169.maddeler.pdf> (erişim:10.04.2007)

tinde yine değişiklikler yapmış ve 122. maddenin şimdiki haline benzer bir düzenleme yapılmıştır. Adalet Komisyonu, “cinsel yönelim”, “sendika”, “bir etnik gruba mensupluk”, “örf ve adet” ve “köken” ifadelerini madde metninden çıkarmıştır. Çıkarılan ibareler üzerine yapılan tartışmaların ardından Anayasa’nın 10. madde metninde belirtilen ifadenin kullanılması tercih edilmiştir. Yine maddenin şu anki hali ile karşılaştırıldığında, tasarı nedenleri sınırlı olarak sayarak düzenlemeyi tercih ederken, yasa “ve benzeri sebeplerle” ibaresi ile maddeyi ucu açık bir hale getirmiştir. Bu anlamda metinden çıkarılan ifadelerin suç kapsamında olmadığını söylemek mümkün değildir.<sup>37</sup> 122. madde gerekçesinde de düzenlemenin amacı, “insanlar arasında, yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hâle getirilmelerini cezalandırmak...” olarak ifade edilmiştir.

Madde metninde son değişiklik ise 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 41. maddesiyle “özürlülük” kavramının eklenmesi ile gerçekleşmiştir. Mukayeseli hukukta da 122. maddeye benzer düzenlemeler mevcuttur ancak çalışmanın sınırları doğrultusunda üzerinde durulmayacaktır.<sup>38</sup> Maddenin yürürlükteki hali şu şekildedir: “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,

b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”

<sup>37</sup> Bu yönde bir ifade için bkz., Necati Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 422.

<sup>38</sup> Finlandiya, Fransız ceza kanunlarında yer alan benzer maddeler için bkz., *Legislation to Counter Discrimination Against Persons with Disabilities*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2003, s. 37-38, Bazı ülke düzenlemeleri için bkz., A. Caner Yenidünya, *a. g. e.*, s. 99-100.

Gerek uluslararası hukukta ortaya çıkan standartlar gerekse Anayasa'nın 10. maddesinin düzenlemesi ayrımcılık yasağı ile ilgili ucu açık bir düzenlemeyi meşrulaştırmaktadır. Anayasa Mahkemesi de "... eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metrinde sayılanlarla sınırlı değildir. 'Benzeri sebeplerle' de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurula uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır."<sup>39</sup> diyerek aynı yönelimi sergilemiştir. Bu şekildeki bir düzenleme ile 122. madde her somut olayda belli kriterlerin uygulanması ile somut hale gelecektir ve içtihatlarla yol alacaktır. Diğer bir yönden ise toplumsal yaşamda ortaya çıkan kimlik ve özelliklerin bir maddede sayılarak tüketilmesi mümkün gözükmemektedir. Maddenin düzenlemesi ile zamanla toplumsal gelişme ile ortaya çıkabilecek yeni olgulara uyum sağlanması kolaylaştırılmıştır.

Ancak yukarıda belirtilen ceza hukuku alanında geçerli olan "suçta ve cezada kanunilik ilkesi" gereği bu şekilde ucu açık bir düzenleme yerinde olmamıştır. Maddede "ve benzeri sebeplerle" ifadesine yer verilmesinin "suçta ve cezada kanunilik ilkesi"ne aykırı olduğu vurgulanmaktadır.<sup>40</sup>

## B. 122. Madde İncelemesi

### 1. Maddenin Kapsamı ve Korunan Hukuki Değer

Ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesi arasında yakın bir ilişki mevcuttur. Eşitlik ilkesi bir yandan hukuk kurallarının genel olmasını başka bir deyişle şekli eşitliği diğer yandan ise kişilere eşit davranılmasını gerektirir.<sup>41</sup> Yukarıda belirtilen ayrımcılık yasağı ile ilgili uluslararası düzenlemeler ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin görüşü de bu bağı vurgulamakta ve açıkça ortaya koymaktadır. 122. madde düzenlemesi açısından bakıldığında maddenin kapsamının değerlendirilmesinde Anayasa'nın 10. maddesine dair yapılan yorumların ve Anayasa Mahkemesi kararlarını da göz önünde tutulması doğru olacaktır. Bu durum maddenin düzenlenişi sırasında açıkça Anayasa'ya

<sup>39</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1986/11, K. 1986/26, Karar tarihi 04.11.1986, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 22, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1987, s. 314.

<sup>40</sup> Ersan Şen, *a. g. e.*, s. 510.

<sup>41</sup> Sibel İnceoğlu, *a. g. e.*, s. 47.

yapılan atfın bir sonucudur. TCK'nun 122. maddesi ile Anayasa'nın 10. maddesinde hedeflenen amacın sağlanmasına yönelik bir düzenleme olduğu ve 122. maddede belirtilen hareketlerle ihlalinin cezalandırılması öngörüldüğü ifade edilebilir.<sup>42</sup>

Anayasa'nın 10. madde gerekçesine göre, *"Madde demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinin birini teşkil etmektedir. İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabii hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. İnsan arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez...İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar. Komisyonumuz bu hakka saygı göstermenin devlet organları ve idari makamlar içinde bir görev olduğunu belirtmektedir. Devletin organları ve idari makamları, bütün işlemlerinde insanlar arasında ayırım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar."*<sup>43</sup> 10. madde Anayasa'da genel esaslar arasında düzenlenmiştir ve hem yasa önünde eşitliği hem de ayrımcılık yasağını öngörmektedir. Bu içeriği sahip olan 10. madde ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin oldukça fazla sayıda kararı vardır. Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 10. maddesinin kapsamı ile ilgili olarak, kararlarında, eylemli bir eşitlik değil hukuksal eşitliğin söz konusu olduğunu, hukuksal durumları aynı olanlar arasında haklı bir nedene dayanmayan ayırım yapılamayacağını, ancak haklı neden varsa bazı kişilerin başka kurallara bağlı tutulabileceğini vurgulamıştır. Bu yaklaşım uluslararası insan hakları standartlarıyla da uyum taşımaktadır. Mahkemeye göre hukuk devletin önemli öğelerinden biri benzer nitelik ve durumda olanlar arasında farklı uygulamayı engelleyen, ayrı nitelik ve durumda olanların aynı kurallara bağlı tutulmasını zorunlu kılmayan eşitlik ilkesidir.<sup>44</sup> Mahkemeye göre, *"...Özgürlüklerle ilgili olarak Anayasa'da yer alan kavramlardan birini de yasa önünde eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Bu kural 1982 Anayasası'nda 1961 Anayasası'na nazaran daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir."*<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Necati Meran, *a. g. e.*, s. 420.

<sup>43</sup> Mehmet Akad, Abdullah Dinçkol, *Gerekçeli İçtihatlı 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 38.

<sup>44</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1988/16, K. 1988/8, Karar tarihi 19.04.1988, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 24, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1989, s. 97.

<sup>45</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1986/11, K. 1986/26, Karar tarihi 04.11.1986, Ana-

Anayasa Mahkemesi kanun önünde eşitlik prensibinin mutlak olmadığı ve bazı hallerde bu ilkedен uzaklaşabileceğini de bir çok kararında belirtmiştir. Mahkeme bu görüşünü, ve kanun önünde eşitlik ilkesi, “...tüm yurttaşların mutlaka her yönden, her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğunu içermez. Bir takım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez.” şeklinde ifade edilmiştir.<sup>46</sup> Mahkemeye göre, “...Eşitlik ilkesi, ortada haklı bir neden bulunmadıkça hiçbir kişiye, aileye, zümreye ya da sınıfa ayrıcalık tanınmasına mutlak engeldir...”<sup>47</sup>

Anayasa'nın 10. maddesi ile ilgili kararlar ve 122. maddenin gerekçesi bir arada değerlendirildiğinde, suçla korunan hukuki değer, insanlar arasında hukukun izin vermediği ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin hukuken tanınan hak ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmasının engellenmesi olarak ifade edilebilir. Mahkemeye göre, aynı hukuksal durumda olanların aynı kurallara tabi tutulacağı ve benzer durumlara benzer çözüm getirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Eğer farklı bir durum varsa ortada “haklı bir neden” bulunmalı ve bu neden “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili” ve “makul ve adil” olmalıdır. Burada haklı neden kavramını somutlaştırmak için “gereklik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve gereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler” gibi değişik ifadelere başvurmuştur. Ancak her somut durum için ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.<sup>48</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı ölçütler ve uluslararası insan hakları standartları TCK'nın 122. maddesinin somut uyuşmazlıklarda uygulanmasında yol açıcı olabilecek niteliktedir. 122. madde düzenlemesi açısından vurgulanması gereken bir diğer nokta ise düzenlemenin doğrudan ayrımcılığı yasaklamış olmasıdır. Aşağıda suçun

---

yasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 22, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1987, s. 314.

<sup>46</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1981/13, K. 1983/8, Karar tarihi 28.04.1983, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 20, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1984, s. 52.

<sup>47</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1987/3, K. 1987/13, Karar tarihi 22.05.1987, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 23, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1988, s. 269. Mahkemenin 10. madde ile ilgili 1196 yılına kadar verdiği kararların bir listesi için bkz., Mehmet Akad, Abdullah Dinçkol, *a. g. e.*, s. 61-62.

<sup>48</sup> Sibel İnceoğlu, *a. g. e.*, s. 53-54.

manevi unsurunda belirtileceği üzere suçun işlenmesi için özel kast gerekmektedir.

## 2. Ayrımcılık Suçunun Faili ve Mağduru

TCK'nın 122. maddesinde yer alan suçun faili herkes olabilir. Her ne kadar tasarıda tüzel kişilerin sorumluluğu düzenlenmişse de yukarıda belirtildiği üzere kanun genel olarak tüzel kişilerin cezalandırılmayacağını düzenlediği için (TCK 20. maddesi) tüzel kişilere karşı sadece güvenlik tedbiri öngörülmüştür. Burada düzenleme ile ilgili getirilebilecek eleştiri ise TCK'nın 60. maddesinde tüzel kişilere karşı güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için öngörülmüş olan kanunun ilgili maddesinde bir hüküm bulunması zorunluluğudur. 122. madde düzenlemesinde bu yönde bir hüküm bulunmadığı için ayrımcılık suçunu işleyen tüzel kişilerin cezalandırılması veya güvenlik tedbirine konu olması mümkün gözükmemektedir. Ayrımcılık yasağı bağlamında hem bir suçun kanunen öngörülmesi hem de bunun kapsamının bu şekilde dar tutulmuş olması 122. maddenin uygulanmasını daha da zorlaştırmaktadır. Özellikle ayrımcılık gibi önemli bir konuda günümüzde toplumsal ilişkiler bakımından önemli bir yer tutan özel hukuk tüzel kişileri açısından suçun yaptırımsız bırakılması eksik bir düzenleme olmuştur.

Ayrımcılık suçunun mağduru madde metninden de anlaşılacağı üzere herkes olabilir. Maddede özellikle sayılanlar dışında "*başka bir nedenle*" ifadesi ile ucu açık hale getirilmiştir. Maddede belirtilen özelliklerden herhangi birini taşıyan kişi mağdur sıfatını taşıyabilir.

## 3. Ayrımcılık Suçunun Maddi Unsuru

Ayrımcılık suçu birden fazla hareketle gerçekleşebileceği için seçimlik hareketli bir suçtur. Failin, madde metninde belirtilen nedenleri gözeterek hareketleri gerçekleştirmesi aranmaktadır.<sup>49</sup> Bu suç ayrıca sırf hareket suçudur ve "*engelleme*", "*işe alınma veya alınmama*", "*reddetme*" hareketlerinin gerçekleşmesi ile tamamlanır.<sup>50</sup>

Ayrımcılık suçunda yer alan seçimlik hareketlerden ilki belirti-

<sup>49</sup> Necati Meran, *a. g. e.*, 422.

<sup>50</sup> A. Caner Yenidünya, *a. g. e.*, s. 107.

len sebeplerle ayırım yaparak *“taşınır veya taşınmaz malın devrini engellemektir”*. Bu duruma örnek olarak madde belirtilen özelliklerden birini taşıyan kişinin kamuya açık müzayedeye alınmaması, ihaleye katılmasının engellenmesi gibi hareketler verilebilir.<sup>51</sup> Bir başka örnek ise kişinin kendisine ait bir malı dilediği kişiye satma özgürlüğü söz konusu iken, malını madde metninde belirtilen özellikleri taşıyan bir kişiye satmaması veya devretmemesi halidir. Bu durumda da ayırmacılık suçu oluşacaktır.

Ayırmacılık suçunda belirtilen bir diğer seçimlik hareket, *“bir hizmetin icrasının veya bu hizmetten yararlanmanın engellenmesidir”*. Bu duruma örnek olarak ise özel bir işletmenin metinde yer alan sebeplerle engellenmesi veya sunulan hizmetten sadece belirli özelliklere sahip kişilerin yararlanmasına izin verilmesi verilebilir. Bu engelleme mutlak olmayıp zorlaştırma şeklinde de olabilir. Gerek yukarıdaki gerekse bu paragrafta belirtilen hareketlerin hem icrai hem de ihmali olarak gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir.<sup>52</sup> Bir diğer husus ise her iki durumda da sadece engellenmenin öngörülmüş olmasıdır. Başka bir deyişle somut durumda taşınır veya taşınmaz malı devretmeyen veya hizmeti icra etmeyen kişi değil bu durumu engelleyen kişi cezalandırılacaktır. Tek farklı nokta hizmetten yararlandırmayan kişinin cezalandırılması olmaktadır. Bu sebeplerle her iki hareketin düzenlenişi maddenin uygulanmasını oldukça dar bir kapsamda ele almıştır.

Ayırmacılık suçunun düzenlemesinde yer alan üçüncü hareket ise, *“kişinin işe alınması veya alınmamasını”* içermektedir. Burada madde de yer alan özelliklerin dolaylı bir kişi ayırmacılığa uğrayarak işe alınmamakta veya sadece belli özelliklere sahip kişi işe alınmaktadır. Bu hareket ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen ve iş sözleşmesinin geçerli olduğu dönemde ayırmacılığı yasaklayan düzenlemenin iş sözleşmesinin kurulması öncesini düzenlenmekte ve cezai yaptırım öngörülmektedir. Kadın ya da erkek fark etmeksizin herkesin yapabileceği bir iş için sadece erkeklerin veya sadece kadınların alınması bu anlamda bir suç oluşturacaktır. Düzenleme bu anlamda ayırmacılık yasağı açısından olumlu kabul edilebilir. Ancak bu noktada madde gerekçesi ve Adalet Komisyonu'nda yapılan görüşme tutanaklarında yer alan ifadeler madde ile getirilen korumayı etkisizleş-

<sup>51</sup> a. g. e., s. 107.

<sup>52</sup> a. g. e., s. 109.

tirmekte ve bir kafa karışıklığı yaratmaktadır. İşverenin gönlüne uyan kimselerle çalışabilmesi, aradığı kişisel özelliklere sahip kişiyi seçebilmesi gibi muğlak ifadelerle yapılan değerlendirmeler öngörülen korumanın kapsamını daraltmıştır.

122. maddede yer alan dördüncü hareket ise *“besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilen bir hizmeti yapmamak”* düzenlenmiştir. Daha önceki düzenlemenin aksine burada engelleyen kişi değil bizzat *“vermeyen”* veya *“yapmayan”* kişi cezalandırılmaktadır. Bu hareketler ihmali nitelik taşımaktadır. Bu hareketlere örnek olarak bazı özelliklere sahip kişilere yiyecek satılmaması, hastaneye alınmaması verilebilir.<sup>53</sup>

Ayrımcılık suçu bakımından madde yer alan son hareket ise *“bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek”* tir. Bu hareket icrai veya ihmali olabilir ve örnek olarak bir kişinin işyerinin kapatılması, işten çıkarılması, bir kişiye gerekli izinlerin verilmemesi verilebilir. Bu hareketin lafzı düzenlemesi oldukça farklı yorumlara yol açabilecek niteliktedir ve bir açıklık taşımamaktadır. Bu durum *“suçta ve cezada kanunilik ilkesi”* açısından eleştirilmiştir.<sup>54</sup> Maddenin gerekçesinde de bu hareketle ilgili herhangi bir vurgu yoktur. Ancak parasal yarar sağlanmasına dayanan her türlü alışveriş veya sözleşme ilişkisi olağan ekonomik etkinlik olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.<sup>55</sup>

Madde metninde öngörülen hareketler bir bütün olarak değerlendirildiğinde madde kapsamının dar ve sadece belli hareketlerle sınırlı tutulmuş olması ayrımcılık yasağı gibi toplumsal yaşamın her alanında karşılaşılan bir olgu ile mücadele açısından yetersiz kabul edilebilir. Yasa koyucunun ayrımcılıkla ilgili bir ceza hukuku normu oluşturması takdir yetkisi dahilindedir. Ancak aşağıda belirtileceği üzere madde kapsamının bazı hareketlerle sınırlanması yerine genel bir düzenleme yapılması ya da ayrımcılık yasağının ceza hukukunun konusu olmaktan çıkarılması daha tutarlı olacaktır.

<sup>53</sup> A. Caner Yenidünya, *a. g. e.*, s. 109.

<sup>54</sup> Ersan Şen, *a. g. e.*, s. 515.

<sup>55</sup> Necati Meran, *a. g. e.*, s. 422.



#### 4. Ayrımcılık Suçunun Manevi Unsuru

Suç sayılan bir hareket nedeniyle kişinin cezalandırılabilmesi ancak kastın varlığı halinde mümkündür. 122. maddede yer alan ayrımcılık suçunun manevi unsuru kasttır ve taksirle işlenmesi mümkün değildir. Suç ancak bilerek ve isteyerek işlenebilir bir suçtur. Kast, özel ve genel kast olarak farklılaşabilmekte ve suçun ancak belli bir amaçla işlenmesinin öngörüldüğü durumlarda özel kast söz konusu olmaktadır. Burada amacın gerçekleşmesi şart değildir.<sup>56</sup> Öğretide suçun özel bir kastla, başka bir deyişle “kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özür-lülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle...” gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>57</sup> Maddenin gerekçesi de bu yönde yorumları desteklemektedir. Ayrıca 122. maddenin kanun sistematigi içerisinde “Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar” başlığı altında yer almasının ve bu başlık altında yer alan tüm suçların insan hak ve özgürlüklerini sınırlamaya yönelmiş olmasının özel kast iddiasını desteklediği de belirtilmektedir.<sup>58</sup>

Bu suçta özel kastın varlığının aranması ispatı oldukça güç bir suçun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu konuda örnek olarak ticari kaygılarla malın bedelinin tahsil edilemeyeceği endişesiyle belli gruplara malın satılmak istenmemesi verilmektedir.<sup>59</sup> Yine bu suçta, saik suçun temel şeklinde aranan bir unsur olduğu için olası kastın söz konusu olamayacağı da ifade edilmiştir.<sup>60</sup>

#### 5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri, Kovuşturma ve Yaptırım

Ayrımcılık suçunda yazılı hareketler gerçekleştiği zaman suç oluşabilir ve bu anlamda icra hareketleri kısımlara bölündüğü takdirde teşebbüse elverişli bir suçtur. Ancak suç içerisinde bazı ihmali hareketlerde söz konusu olabileceği için ihmali hareketlerde teşebbüs oluşması mümkün değildir. Suç şikayete tabi bir suç değildir ve re’sen kovuşturulması gerekmektedir. 122. maddede yer alan suç sulh ceza

<sup>56</sup> Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 448.

<sup>57</sup> Ersan Şen, *a. g. e.*, s. 514; Necati Meran, *a. g. e.*, s. 423; A. Caner Yenidünya, *a. g. e.*, s. 112.

<sup>58</sup> İdil Işıl Gül, *a. g. e.*, s. 242.

<sup>59</sup> Ersan Şen, *a. g. e.*, s. 515-516.

<sup>60</sup> A. Caner Yenidünya, *a. g. e.*, s. 112.

mahkemesinin görev alanına girmektedir. İştirak bakımından genel hükümler uygulanabilir niteliktedir.<sup>61</sup> Fail birden fazla kişiye birden fazla farklı fiille ayrımcılık yaptığı durumda mağdur sayısınca suç gerçekleşecektir. Yine aynı suç işleme kastıyla tek bir fiille aynı anda birden fazla kimseye ayrımcılık yapıldığı zamanda zincirleme suç hükümlerini düzenleyen 43. maddenin 2. fıkrası uygulanır ve tek ceza verilerek cezanın artırılması yoluna gidilecektir.<sup>62</sup> Suçun cezası altı aydan bir yıla kadar hapis ya da beş günden az veya kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz güne kadar adli para cezasıdır. Hapis cezasının sınırı seçenek yaptırımlara çevrilebilmesi olanağını getirmiştir. Yine adli para cezası yerine hapis cezası tercih edildiğinde ertelenmesi mümkündür.

## V. SONUÇ

Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmeler gereği devletler ayrımcılığı önlemek, ortadan kaldırmak ve gerekirse tazmin etmek konusunda pozitif bir yükümlülük içerisindedir. Bu anlamda görüş-nüşte tarafsız da olsa, bir grubu ya da kişiyi dezavantajlı hale getirme amacı gütmeyen ama sonuçları itibariyle ayrımcılık yaratan yasaları ve uygulamaları da gözden geçirmek durumundadır. 122. maddede doğrudan ayrımcılık suç olarak düzenlenmiştir ve dolaylı ayrımcılık kapsam dışında tutulmuştur.

Ayrıca ayrımcılıkla ilgili düzenlemelerin genel olarak ispatı güçtür. TCK'nın 122. maddesi bir ceza hukuku düzenlemesi olduğundan dolayı ispat yükünün sanığın aleyhine yer değiştirmesi düşünülemez. Ancak maddede yer alan suçun özel kastla işlenebilen bir suç olması diğer yönleri ile beraber bu suçun ispatlanmasını açıkça kanuna aykırı hareketler dışında neredeyse imkansız hale getirmiştir.

Yasalarımızda ilk kez ayrımcılık suçu şeklinde bir suç düzenlenmiştir ve madde metninde sadece bazı hareketlerin suç sayılmış olması ve toplumsal yaşam içerisinde karşılaşılabilecek diğer bir çok durumun kapsam dışında tutulmuş olması bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Maddenin yürürlükte olan halinin yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı uygulamada gündeme gelmesi oldukça zordur ve

<sup>61</sup> A. Caner Yenidünya, *a. g. e.*, s. 113.

<sup>62</sup> Necati Meran, *a. g. e.*, s. 423.

beklenen faydayı sağlamaktan uzaktır. Bu nedenle madde metninde hareketlerin sayılması yöntemi dışında “her ne şekilde olursa olsun kişiler arasında” şeklinde bir düzenleme yapılması ayrımcılık suçunun cezalandırılmasından beklenenlerin daha kolay hayata geçirilmesini sağlayacaktır. Bir diğer değişiklik ise maddenin yürürlükten kaldırılması ve ayrımcılığın ceza hukukunun konusu olmaktan çıkarılmasıdır. Mukayeseli hukukta ayrımcılık yasağı büyük oranda ceza hukuku dışında düzenlemelere konu olmaktadır. Kanımızca tüm iyiniyete karşın ayrımcılık yasağına ilişkin 122. maddenin yukarıda belirtilen TCK’da yer almış diğer düzenlemeler haricinde 122. madde şeklinde ayrıca bir suç ihdas edilmesi ayrımcılıkla mücadele açısından uygulanabilirlik taşımamaktadır. Ayrımcılık yasağının ceza hukuku konusu olmaktan çıkarılması ayrımcılık yasağı karşısında ortaya çıkan yasal düzenlemelerin uygulanabilirliğini artıracak ve ayrımcılığa uğrayan kişilerin konumunu güçlendirecektir. Ancak ayrımcılığın ceza hukuku kapsamı dışında korunmasına dair yapılan bu öneri çalışmanın sınırlarını aşacağından dolayı değerlendirme dışında tutulmuştur.

### KAYNAKÇA

- A. Caner Yenidünya, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu”, *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006.
- Ersan Şen, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 115. ve 122. maddelerine İlişkin Bir değerlendirme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 79, Sayı: 2005/2, İstanbul Barosu yayını, İstanbul, 2005.
- Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- Haydar Erol, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2005.
- İdil Işıl Gül, *Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansımaları*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.
- John Spencer, Maureen Spencer, “International Law and Discrimination”, *Discrimination Law*, Malcolm Sargeant (editor), Pearson Longman, Harlow, 2004
- Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006.

- Lema Uyar (derleyen ve çeviren), *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- Mehmet Akad, Abdullah Dinçkol, *Gerekçeli İçtihatlı 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1998
- Necati Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002
- Sarah Joseph; Jenny Schultz; Melisa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, Oxford University Press, New York, 2000.
- Scott Davidson, "Equality and Non-Discrimination", *Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Alex Conte; Scott Davidson; Richard Burchil, Ashgate, Aldershot, 2005
- Sibel İnceoğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006.

### Diğer Kaynaklar

- Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, [http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l\\_180/l\\_18020000719en00220026.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l_180/l_18020000719en00220026.pdf) (erişim:11.04.2007)
- European Commission against Racism and Intolerance General Policy Recommendation No:1 Combating Racism, Xenophobia, Anti-Semitism and Intolerance, 04.10.1996, [http://www.coe.int/T/e/human\\_rights/ecri/4-Publications/](http://www.coe.int/T/e/human_rights/ecri/4-Publications/) (erişim:10.04.2007)
- European Commission against Racism and Intolerance General policy recommendation No:7 on national Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination, 13.12.2002, [http://www.coe.int/T/e/human\\_rights/ecri/4-Publications/](http://www.coe.int/T/e/human_rights/ecri/4-Publications/) (erişim:10.04.2007)
- Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, 16.06.2002 tarihli ve 24787 sayılı Resmi Gazete.
- Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme, 14.10.1985 tarihli ve 18898 sayılı Resmi Gazete.
- Legislation to Counter Discrimination Against Persons with Disabilities, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2003.
- TMMM Adalet Komisyonu TCK Görüşme Tutanakları, 106-169. Maddeler, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/tck/106-169.maddeler.pdf> (erişim:10.04.2007)

## Yargısal ve Yarı-Yargısal Kararlar

**Anayasa Mahkemesi Kararları**

- Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1981/13, K. 1983/8, Karar tarihi 28.04.1983, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 20, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1984
- Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1986/11, K. 1986/26, Karar tarihi 04.11.1986, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 22, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1987
- Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1987/3, K. 1987/13, Karar tarihi 22.05.1987, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 23, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1988
- Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1988/16, K. 1988/8, Karar tarihi 19.04.1988, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 24, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1989

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

- Lithgow ve Diğerleri vs. Birleşik Krallık*, (Başvuru no. 9006/80; 9262/81; 9263/81;9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81), 08.07.1986, , <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/default.htm> (erişim:10.04.2007)
- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararları*
- İnsan Hakları Komitesi kararlarına, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin "Treaty Body Database" adlı elektronik veri tabanından ulaşılmıştır. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf> (erişim tarihi: 10.04.2007)
- "*Adam v. Çek Cumhuriyeti*", (CCPR/C/57/D/586/1994), (25.07.1996)
- "*Pauger v. Avusturya*", (CCPR/C/44/D/415/1990), (30.03.1992)
- "*Singh Binher v. Kanada*", (CCPR/C/37/D/208/1986), (28.11.1989)
- "*Simunek v. Çek Cumhuriyeti*", (CCPR/C/54/D/516/1992), (31/07/1995)
- "*Toonen v. Avustralya*", (CCPR/C/50/D/488/1992), (04.04.1994)
- "*Young v. Avustralya*" , (CCPR/C/78/D/941/2000), (18.09.2003)

# ORGAN VE DOKU NAKLİNİN YASAL VE ETİK AÇIDAN İNCELENMESİ

Özlem KOÇAK SÜREN\*

## GİRİŞ

Tıp dünyasında yaşanan hızlı gelişmelerle, yaşama ümidi kalmayan hastaların organ ve doku nakilleriyle iyileşme imkanı bulması ve artık bir çok organ ve doku naklinin tıbben mümkün olması, organ ve doku naklinin önemini giderek arttırmaktadır. Ayrıca organ ve doku naklinin, hemodiyaliz gibi tedavi yöntemlerinden çok daha ucuza mal olması da ekonomik açıdan da daha çok tercih edilen bir yöntem olmasına neden olmaktadır.

Organ veya doku naklinin, insan hayatını kurtarma amacı gütmesi, ceza hukukunda bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmesini gerektirmiştir. Ancak organ ve doku bağışlayanın<sup>1</sup> rızası şarttır ve bu rıza olmadan yapılan nakiller suç teşkil etmektedir. Çünkü bağışlayanın beden bütünlüğüne ve dolayısı ile kişilik haklarına müdahale söz konusudur.

Bağışlayanın canlı olması konusunda, organ ticareti sorunu gündeme gelmektedir ki özellikle az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde insanlar, organ mafyaları kanalıyla organlarını satmakta, çoğu zaman kendi hayatlarını tehlikeye atmaktadır. Ülkemizde de maalesef bu sorun mevcuttur ve ölüden organ bağışı bilinci tam olarak yerleşme-

---

\* Av., İstanbul Barosu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek lisans öğrencisi.

<sup>1</sup> Uygulamada "bağışlayan" kelimesi yerine "verici" veya "donör" kelimeleri de kullanılmaktadır.

miştir. Hedef, bağışlayanın canlı değil, ölü olmasıdır ki birçok Avrupa ülkesinde ölüden organ bağışı oranı oldukça yüksektir ve tercih edilen yöntemdir. Ancak ölü de olsa insan bedeninin manevi bir değeri vardır. Ölüünün yakınlarının rızasının veya ölüünün hayattayken bildirdiği rızanın dikkate alınması şarttır. Ölüden organ alınmasına rıza sorunu-na ek olarak karşılaşılan bir diğer sorun da ölüm anının tespiti sorunudur. Organ nakli ile gündeme gelen “beyin ölümü” de etik açıdan oldukça tartışmalıdır.

Çalışmanın amacı, organ ve doku naklinin beraberinde getirdiği sorunların, yasal ve etik açıdan ele alınarak bir nebze olsun aydınlatılmasına katkıda bulunmaktır. Çalışmada, sorunun daha net bir şekilde ele alınması amacıyla mukayeseli hukuk da dikkate alınarak öncelikle organ ve doku naklinin kapsamı, tarihsel gelişimi ve yasalardaki düzenlemeleri aktarılmakta, en son olarak, konu etik açıdan incelenmektedir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### GENEL BİLGİLER

#### I. Organ ve Doku Naklinin Tanımı

Organ ve doku naklini tanımlamadan önce, organ ve doku kelimelerinin anlamını, dolayısı ile hangi organ ve dokuların nakledilebileceğini iyi bilmek gerekir.

Doku, organları meydana getiren, şekil ve yapı bakımından benzer olan ve aynı vazifeyi gören, birbirleriyle sıkı ilgisi olan aynı kökten gelen hücreler topluluğuna verilen isimdir (örneğin; kalp kapağı, kornea, kemik, kemik iliği, kıkırdak, kemik, kas dokusu, bağ dokuları, kornea).<sup>2</sup> Kan, tıbbi açıdan bir doku olarak kabul edilmesine rağmen birçok ülkede yasal olarak organ ve doku nakli kapsamı dışında tutulmaktadır.<sup>3</sup>

Organ ise Latin kökenli bir kelime olup, biyolojide belirli bir görevi yapan ve sınırları belli doku grubu olarak tanımlanmaktadır<sup>4</sup> (ör-

<sup>2</sup> Öztürkler, Cemal, *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*, Ankara 2003, s.195.

<sup>3</sup> Öztürkler, a. g. e.,, s.195.

<sup>4</sup> Gökçen, Ahmet, “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler” in: *Selçuk Üniversitesi*

neğın; böbrek, karaciğer, kalp, akciğer, deri, dalak, mide, göz, rahim, pankreas ve ince bağırsak<sup>5</sup>).

Organ ve doku nakli, görev yapmayacak kadar hasta olan ve hatta bazen insan bedenine zarar verebilecek bir organın başka hiçbir tıbbi çözüm olmadığı için ve tedavi amaçlı olarak başka bir sağlam organ ile değiştirilmesi işlemidir.<sup>6</sup> Organ veya doku, ölü veya canlı bir insandan başka bir insana, bir insanın kendi vücudundan yine kendisine veya bir hayvandan bir insana nakledilebilir.<sup>7</sup>

## II. Organ ve Doku Naklinin Tarihsel Gelişimi

Organ ve doku naklinin tedavi yöntemi olarak düşünülmesi çok uzun yıllara dayanmasına rağmen, gerçekleştirilmesi ilk defa deneysel olarak 1900'lü yılların başlarında mümkün olabilmıştır.<sup>8</sup> Özellikle II. Dünya Savaşı'nda askerlerin ciddi yaralar alması, hekimleri yeni çözümler üretmeye zorlamış ve yaralıların yaralarını daha çabuk iyileştirme amacıyla başarılı deri nakilleri gerçekleştirilmiştir.<sup>9</sup> Yapılan bu nakillerin başarısı ve gelişen tıbbi bilgi ile teknoloji, organ nakilleri için uygun ortam hazırlamış oldu ve nihayet modern anlamda ilk ciddi organ nakli denemesi böbrek nakli ile Viyana'da 1902'de hayvanlar üzerinde ve Sovyetler Birliği'nde (Rusya) 1933'te ölüden canlıya gerçekleştirilmiş oldu.<sup>10</sup>

Dünya'da canlı insandan böbrek nakli ilk defa 1947'de ve ilk başarılı kalp nakli 1967'de Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) gerçekleştirilmiştir.<sup>11</sup> İlk başarılı böbrek nakli de 1954'te yine ABD'de Dr.

*Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı*, C.8, S.1-2, 2000, 63-85, s.64.

<sup>5</sup> Öztürkler, a. g. e., s.195.

<sup>6</sup> Tıp dilinde nakil kelimesi yerine daha çok "Transplantasyon" kelimesi kullanılmaktadır; Organ Bağışı, Türkiye Böbrek Nakli ve Diyaliz Hastalarına Hizmet Vakfı, <http://www.bobrek Hastalari.org.tr/organ1.htm> (08.04.2007).

<sup>7</sup> Schreiber, Hans-Ludwig, "Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş", Özer Özbek (Çev.), *Tıp ve Ceza Hukuku*, Kayıhan İçel (Ed.), Ankara 2004, 91-100.

<sup>8</sup> İnce, Nedim, "Böbrek Nakli", 24.02.2006, <http://www.denizce.com/bobrek nakli.asp> (10.04.2007).

<sup>9</sup> İnce, a. g. e., (10.04.2007).

<sup>10</sup> "Organ Naklinin Tarihçesi", Türkiye Organ Nakli Derneği, <http://www.tond.org.tr/tr/> (15.04.2007).

<sup>11</sup> "Organ ve Doku Nakli Hizmetleri", Bursa Sağlık Müdürlüğü, [http://www.bsm.gov.tr/hiz\\_hast03.htm](http://www.bsm.gov.tr/hiz_hast03.htm) (15.04.2007).



Joseph Murray yönetiminde, beş buçuk saat süren bir operasyonla gerçekleştirilmiş ve bu başarı hekim Murray'a 1990'da tıp alanında Nobel ödülü getirmiştir.<sup>12</sup>

Türkiye'de ilk organ nakli girişimi 1962'de Dr. Kemal Beyazıt tarafından yapılan kalp naklidir, ancak nakil sonrası hasta kaybedildiği için bu nakil başarısız olarak kayıtlara geçmiştir.<sup>13</sup> 1970'lerin başında Hacettepe Üniversitesinde hayvanlar üzerinde organ nakli deney çalışmaları başlamış ve ilk başarılı organ nakli 1975'de Dr. Mehmet Haberal tarafından bir anneden oğluna böbrek nakledilmesi ile gerçekleştirilmiştir<sup>14</sup>. Bu olumlu gelişmenin ardından ölüden ilk böbrek nakli 1978'de, yine ölüden ilk karaciğer nakli 1988'de, ilk başarılı kalp nakli 1989'da ve ilk kalp kapağı nakli 1991'de gerçekleştirilmiştir.<sup>15</sup> 24 Nisan 1990 tarihinde dünyada ilk defa Türkiye'de, Dr. Haberal tarafından canlıdan kısmi karaciğer nakli gerçekleştirilmiştir.<sup>16</sup>

Tüm bu gelişmeler organ naklinin gerekliliği konusunda toplumda bir bilinç oluşturdu ve insanların organ naklini desteklemesi ve nakillerin kolaylaştırılması amacıyla 1980'de "*Türkiye Organ Nakli ve Yanık Tedavi Vakfı*" kuruldu.<sup>17</sup> 1990'da da Dr. Haberal "*Türkiye Organ Nakli Derneği*"ni kurmuş ve bu dernek 1997'de Avrupa'daki "*Transplantasyon Derneği*"ne üye olmuştur.<sup>18</sup> 2001'de dönemin sağlık bakanı Osman Durmuş'un girişimiyle "*Ulusal Koordinasyon Merkezi*" sağlık bakanlığı bünyesinde faaliyete başlamış, ülkemizi altı bölgeye ayırarak organ temininin kolaylaşması sağlanmıştır.<sup>19</sup> Günümüz itibari ile ülkemizde artık birçok organ ve doku nakilleri merkezi mevcuttur ve istatistiksel olarak organ nakillerinin sayısı her geçen yıl artmaktadır.<sup>20</sup>

<sup>12</sup> "İlk organ nakli yarım asır önce yapıldı", *Radikal Gazetesi*, 20.12.2004, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=137845>(15.04.2007).

<sup>13</sup> "Organ Naklinin Tarihi", <http://www.turk-bilim.com/organ-naklinin-tarihi.htm>(15.04.2007).

<sup>14</sup> Bursa Sağlık Müdürlüğü, *a. g. e.*,(15.04.2007).

<sup>15</sup> "Organ Naklinin Tarihi", <http://www.turk-bilim.com/organ-naklinin-tarihi.htm>(15.04.2007).

<sup>16</sup> Haberal, Mehmet, <http://mehmethaberal.baskent.edu.tr/index-tr.html> (15.04.2007).

<sup>17</sup> Bursa Sağlık Müdürlüğü, *a. g. e.*,(15.04.2007).

<sup>18</sup> Haberal, Mehmet, *a. g. e.*, (15.04.2007).

<sup>19</sup> Türkiye Organ Nakli Derneği, *a. g. e.*, (15.04.2007).

<sup>20</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., İnce, *a. g. e.*, (15.04.2007).

### III. Ölüm Kavramı

Organ ve doku naklinde, ölüden organ alınması canlıdan organ alınmasına nazaran tercih edilmekle beraber uygulamada ölüden organ alınması konusu da oldukça tartışmalıdır. Nitekim ölüden organ veya doku alınabilmesi için ölümün gerçekleşmiş olması gerekir. Basit bir açıklamayla ölüm, yaşamın sona ermesidir. Ancak ölüm anının belirlenmesi konusunda iki farklı görüş mevcuttur; “biyolojik ölüm” ve “beyin ölümü”.<sup>21</sup>

#### A. Biyolojik Ölüm

Dünyada, organ ve doku nakli henüz yaygınlaşmamışken, kan dolaşımı ve solunum sisteminin geri dönülmez bir şekilde durması, merkezi sinir sisteminin artık işlemez hale gelmesi ve sonuçta organizmadaki tüm hücrelerin ölmesiyle ölümün gerçekleşeceği kabul edilmekteydi.<sup>22</sup> Yani bu dönemlerde tartışma olmaksızın biyolojik ölüm kabul edilmekteydi. Ancak organ naklinin tedavi yöntemi olarak kullanılmaya başlanmasıyla artık tüm organların ölümünü beklemek yerine sadece beynin geri dönülemeyecek şekilde ölümü yeterli görülmeğe başlamıştır. Çünkü biyolojik ölüm kabul edilecek olursa ölüden organ nakilleri imkansız hale gelecektir.<sup>23</sup>

#### B. Beyin Ölümü

Modern tıbbın gelişmesiyle beraber solunum ve kan dolaşımının makinelerle desteklenmesi, ölümün başka bir boyut kazanmasına ve beyin ölümü kavramının ortaya çıkmasına neden olmuştur.<sup>24</sup> Günümüzde, dünyada birçok ülkede beyin ölümü kriteri kabul görmekte

<sup>21</sup> Çakmut Yenerer, Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003, s. 164.

<sup>22</sup> Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 2001, s.19, dipnot:18.

<sup>23</sup> Erem, Faruk, “Organ Nakli Hakkında Kanun”, *Yargıtay Dergisi*, S.4, C.5, Ekim 1979, 707-718, s.712.

<sup>24</sup> “Beyin ölümü konusundaki ilk yayın 1959’da Mollaret ve Goulain tarafından yapılmış, beyin ölümünün bugünkü tanımına benzer şekilde ifadeler kullanılmıştır ve beyin ölümü kavramı, 1960’lı yılların başında hız kazanan organ transplantasyonu nedeniyle daha fazla anlam kazanmıştır.”; Gündüz, Murat/Özcengiz, Dilek, “Beyin Ölümü”, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Anesteziyoloji Anabilim Dalı, 2005 [http://lokman.cu.edu.tr/anestezi/anestezinot/yeni\\_sayfa\\_13.htm](http://lokman.cu.edu.tr/anestezi/anestezinot/yeni_sayfa_13.htm)(28.04.2007).

ve beyin ölümünün gerçekleştiği an ölüm anı olarak kabul edilmektedir.<sup>25</sup>

Beyin ölümü, tüm beyin fonksiyonlarının geri dönüşümü olmayacak şekilde kaybı ile doğal solunum ve kan dolaşımının durduğu klinik durum olarak tanımlanmaktadır.<sup>26</sup> Yani makine ile destek sağlanmadığı sürece vücutta kan dolaşımı ve solunum duracak ve sonuçta biyolojik ölüm gerçekleşecektir.<sup>27</sup> Beyin ölümü ile bitkisel hayat kavramları birbirinden tamamen farklıdır. Bitkisel hayatta kişinin, kendiliğinden hiçbir makine desteği sağlanmadan solunumu ve kan dolaşımı devam etmektedir.<sup>28</sup>

### a. Beyin Ölümünün Tespiti

Beyin ölümünün gerçekleşip gerçekleşmediğine hekimlerden oluşan bir kurul, yasal bazı tespitleri yaparak karar vermektedir. Beyin ölümünün ve beynin tüm fonksiyonlarının kaybının tespiti konusunda, dünyada yaygın olarak üç aşamalı bir sistem uygulanmaktadır.<sup>29</sup>

Birinci aşamada hastanın beyin hasarına uğradığının tespiti ile benzer belirtileri gösterebilecek diğer durumların var olmadığının tespiti yapılır (örneğin; sıvı kaybına veya düşük tansiyona bağlı şok, zehirlenme, normalin altında vücut ısısı, iç salgı bozuklukları gibi durumların olmaması gerekir).<sup>30</sup> İkinci aşamada, ilk tespitlere ek olarak beyin ölümünü teyit edecek bulgular tespit edilir; derin komanın gerçekleşip gerçekleşmediği, beyin sapı reflekslerinin tam kaybının oluşup oluşmadığı ve doğal yani spontane solunumun durup durmadığı tespit edilir ki ikinci aşamanın tamamlanması için bu üç şartın gerçekleşmiş olması gerekir.<sup>31</sup> Beyin sapı reflekslerinin kaybedilip edilmediğinin

<sup>25</sup> "İsviçre, Fransa, İtalya, ABD, Almanya ve Türkiye de dahil bir çok ülke organ ve doku nakilleri konusunda beyin ölümünü esas almaktadır"; Atamer, Yeşim M., "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar", *Milletlerarası Hukuk Bülteni*, Prof.Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, S.1-2, Yıl:1999-2000, 125-155, s.127.

<sup>26</sup> Gündüz- Özcengiz, a. g. e., (28.04.2007).

<sup>27</sup> Erdöl, Cevdet, "Organ Bağıışı ve SB Uygulamaları", *Organ Bağıışı ve Organ Naklinde Yasal Sorunlar Paneli*, Düzenleyen: İstanbul Barosu, Yer: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 6.anfi, Tarih: 20.04.2007.

<sup>28</sup> Polat, Oğuz, Adli Tıp, İstanbul 2000, s.16.

<sup>29</sup> Atamer, a. g. e., s.129, Gündüz- Özcengiz, a. g. e., (28.04.2007).

<sup>30</sup> Atamer, a. g. e., s.130-131.

<sup>31</sup> Atamer, a. g. e., s.131.

tespiti için hastanın yüz bölgesine iğne batırma veya çimdik gibi dış tahrikler uygulanır, göz bebeklerine ışık tutulur ve tepkilerine bakılır, eğer hasta hiç tepki vermiyorsa bu şart gerçekleşmiş sayılır.<sup>32</sup> Üçüncü ve son olarak tüm bu belirtilerin belli bir süre devam edip etmediği kontrol edilir ki bu süre ülkeden ülkeye değişmektedir.<sup>33</sup>

### C. Türk Hukukunda Beyin Ölümü Kavramı

Türk hukukunda, organ ve doku nakli ile ilgili yapılan yasal tüm düzenlemelerden önce, biyolojik ölüm kabul edilmekteydi.<sup>34</sup> Ancak organ ve doku nakilleriyle ilgili olarak 1968'deki Türk Tabipler Birliği Komite kararıyla ve 1969'daki Yüksek Sağlık Şurası'nın bir kararıyla beyin ölümünün esas alınacağı bildirilmiştir.<sup>35</sup>

Ölümün tespiti ile ilgili ilk yasal düzenleme 1979'da 2238 sayılı "*Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun*" kabul edilerek yapılmıştır.<sup>36</sup> Bu yasanın 11. maddesi, organ nakilleri ile ilgili olarak tıbbi ölüm halinin "*bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri beyin cerrahı ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan dört kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile*" belirleneceğini belirtmiş,<sup>37</sup> ancak ölümün gerçekleşmiş sayılması için gerekli kriterlerin yani "*bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kurallar ve yöntemler*" in neler olduğu belirtmemiştir.

Hekimlerin farklı uygulamaları ve özellikle organ ve doku nakillerinde tereddütler yaşamasını engellemek için "*bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kurallar ve yöntemler*" in bir yasayla belirlenmesi ihtiyacı doğ-

<sup>32</sup> Bilgin, Arif, Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları, *İstanbul Barosu Mecmuası*, Eylül-Ekim 1968, s.24.

<sup>33</sup> "Örneğin bu süre; Almanya'da iki yaşından büyükler için oniki saat, iki yaşından küçükler için yirmidört saattir, Amerika'da altı saat, İsviçre'de koma nedeni bilinmiyorsa beş yaşından büyükler için altı saat, beş yaşından küçükler için yirmidört saattir, ancak koma nedeni bilinmiyorsa kırksekiz saattir;" Atamer, a. g. e., s.132.

<sup>34</sup> Yargıtay, yasadanda önceki bir kararında ölüm anını, tüm organların durduğu an olarak nitelendirmekle biyolojik ölümü kabul etmekteydi; Y.1.CD., 11.8.1972 gün ve 971/2697 E., 972/3674 K.; Çakmut Yenerer, a. g. e., s.164, dipnot;164.

<sup>35</sup> Çakmut Yenerer, a. g. e., s.165-166.

<sup>36</sup> Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun, (3.6.1979 gün ve 16655 sayılı RG.) <http://www.hukuki.net/kanun/2238.15.frameset.asp> (28.04.2007).

<sup>37</sup> "Yasada değişiklik öngören tasarıya göre organ nakillerini hızlandırmak amacıyla bu üç kişilik heyetin sayısı azaltılacaktır."; Erdöl, a. g. e.

muştur. Bu ihtiyaca cevap vermek amacıyla Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Organ Nakli Danışma Kurulu tarafından onaylanan “*Beyin Ölümü Kriterleri*” 6.8.1990 gün ve 13350 sayılı genelge ile tüm hastanelere bildirilmiştir.<sup>38</sup> Genelgedeki kriterler, 20.8.1993 gün ve 21674 sayılı *Resmi Gazete*’de (RG) yayımlanan “Organ Nakli Merkezleri Yönetmeliği” ile yasa hükmü haline getirilmiştir. Yönetmelik, 01.06.2000 gün ve 24066 sayılı RG. ile yayımlanan “Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği” nin yürürlüğe girmesine kadar yürürlükte kalmıştır.<sup>39</sup>

“*Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği*”nin ek 1. maddesi ile “*Beyin Ölümü Kriterleri*” ayrıntılı bir şekilde bildirilmiştir.<sup>40</sup> Bu madde ile beyin ölümünün tanımı; “*Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve beyin fonksiyonlarının tam ve irreversibl kaybıdır.*” şeklinde yapılmıştır. Maddede “*irreversibl*” yani geri dönüşü olmayan komanın belirtilerinin neler olabileceği ve bu belirtilerin nasıl saptanması gerektiği yedi şık halinde düzenlenmiştir. Maddeye göre beyin ölümü kararı verilebilmesi için hastanın komaya girme sebebi biliniyorsa bu belirtilerin en az on iki saat, bilinmiyorsa yirmi dört saat devam etmiş olması gerekmektedir. Ayrıca beyin ölümü tanısı konmuş hastalarda, hekimler kurulumun uygun göreceği bir laboratuvar yöntemiyle beyin ölümü teyit edilmelidir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### YASALARDA ORGAN VE DOKU NAKLİ

#### I. Genel Olarak

Günümüzde gerek ülkelerin ulusal yasaları gerek uluslar arası sözleşmeler organ ve doku naklini destekleyici hukuki düzenlemelere sahiptir. Ancak insan onurunu korumak amacıyla hemen hemen hepsinde canlıdan organ alınması ile ilgili bir takım sınırlamalar mevcuttur.

<sup>38</sup> Dönmezer, a. g. e., s. 19, dipnot:18.

<sup>39</sup> 07.03.2005 tarih ve 25748 sayılı RG’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” ile bu yönetmeliğin bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır.

<sup>40</sup> Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği, İstanbul Tabip Odası resmi internet sitesi, <http://www.istabip.org.tr/yasa/doku.html> (28.04.2007).

Dünyada organ nakli ile ilgili ilk ciddi deney ve çalışmaları sürdüren ABD’de organ nakli 1947’den beri yapılmaktadır, ancak organ nakli ile ilgili yasa ilk defa Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından 1968’de yayınlanmış olan model yasaya göre hazırlanmış “*National Organ Transplant Act of 1984*” yani ulusal organ nakli yasası 1984’de kabul edilmiştir.<sup>41</sup> Bu yasa kısaca beyin ölümünü kabul etmekte ve organların para karşılığı verilmesini yasaklamaktadır.<sup>42</sup>

Avrupa ülkelerinde ilk organ naklini düzenleyen yasa, Avusturya’da ve Lüksemburg’da 1982’de, Belçika’da 1986’da, Yunanistan’da ve İngiltere’de 1989’da ve İtalya’da 1993’de kabul edilmiştir.<sup>43</sup> Bu anlamda Türkiye’de ilgili yasal düzenlemenin 1979’da yani birçok Avrupa ülkesinden önce yapılmış olması sevindiricidir.

Uluslararası alanda sağlıkla ilgili birçok sözleşme, organ ve doku naklini de düzenlemektedir. Bunlardan biri olan ve Türkiye’nin de taraf olduğu 1997 tarihli “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*”nin 19 ila 22. maddeleri, organ nakli konusunu düzenlemektedir.<sup>44</sup> Bu düzenlemelere göre, canlıdan organ alınması ancak zorunlu hallerde mümkün olabilir ve para karşılığı organ alınması yasaktır.

### A. Rızanın Tespiti İle İlgili Modeller

Vericinin ölü olması durumunda organ nakline rıza konusunda dünyada temel olarak iki farklı model uygulanmaktadır. Bunlar; açık onay veya anlaşma modeli ve zımni onay modelidir.<sup>45</sup>

Açık onay veya diğer adıyla anlaşma modeline göre, ölüden organ

<sup>41</sup> Meltzer, David/Gibbons, Robert, “Researchers Evaluate Nation’s Organ Transplant System” 2003, <http://harrisschool.uchicago.edu/about/publications/policy-briefs/organ-transplant.asp> (30.04.2007).

<sup>42</sup> Meltzer/Gibbons, *a. g. e.*

<sup>43</sup> Gökçen, *a. g. e.*, s. 63.

<sup>44</sup> Sözleşmenin Türkçe metni için bkz., Kayar Yılmaz, Habibe, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, 29.8.2006, Türk Hukuk Sitesi, <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=6582>(30.04.2007).

<sup>45</sup> Akıncı, Şahin, “Türk Özel Hukuku’nda Cesetten Yapılan Organ Nakilleri ve Bu Konuda Gerçekleştirilmesi Düşünülen Yeni Düzenlemeler”, *Prof. Dr. Halil Cin’e 10. Yıl Hizmet Armağanı*, Selçuk Üniversitesi, Konya 1995, 427-447, s.429 vd.

alınabilmesi için, ya kişinin ölmeden önce organlarının alınmasına rıza gösterdiği yönünde dışı vurduğu açık bir iradesinin bulunması ya da yakınlarının rızasının alınması gerekir.<sup>46</sup> Günümüzde bu modeli kabul eden ülkeler; Almanya, ABD, Türkiye, Danimarka, İngiltere, Hollanda, İrlanda, İsveç, Norveç, 4 İsviçre Kantonu, İzlanda, Japonya, Libya, Romanya, Yugoslavya, Venezualla ve Güney Afrika'dır.<sup>47</sup>

Zımni onay veya diğer adıyla itiraz modeline göre, kişi ölmeden önce, cesedinden organ alınmasına itiraz etmemişse, öldükten sonra cesedinden organ alınabilir.<sup>48</sup> Bu modeli kabul eden ülkeler ise; Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, İspanya, Fransa, Finlandiya, 17 İsviçre Kantonu, İtalya, Macaristan, Polonya, Rusya, Slovakya, Rusya, Yunanistan, Portekiz ve Lüksembourg'dur.<sup>49</sup>

## II. Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakli

Türkiye'de organ ve doku nakillerinin uygulanmaya başlaması ile nakillerin yasallığı meselesi gündeme gelmiş ve bu konuyu düzenleyen bir yasaya ihtiyaç duyulmuştur.<sup>50</sup> Hakimler ve hekimler, organ naklinin yasallığı konusunda tereddütler yaşamış, bir çok organ nakli bu nedenle ertelenmiş veya iptal edilmiştir.<sup>51</sup> İşte bu tereddütleri ortadan kaldırmak ve organ naklini yasallaştırmak amacıyla, daha önce de değindiğimiz gibi, 1979'da 2238 sayılı "*Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun*" kabul edilmiştir.<sup>52</sup>

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 17.maddesine göre "*herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir ve tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin*

<sup>46</sup> Akıncı, a. g. e., s. 429.

<sup>47</sup> Atamer, a. g. e., s. 146.

<sup>48</sup> Akıncı, a. g. e., s.432.

<sup>49</sup> Atamer, a. g. e., s.146.

<sup>50</sup> Yargıtay dahi organ nakli nedeniyle bir hekimin yargılanması davasında bu konudaki yasa boşluğuna dikkat çekmiştir, Y.4.CD., 3.6.1975 gün ve 1975/2433 E., 1975/3150 K.; Dönmezer, Sulhi, "Organ Nakli", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XLI, S.1-2, İstanbul 1975, 373-380.

<sup>51</sup> 2238 sayılı yasanın gerekçesinde, yasadaki bazı organ nakillerinde hekimlerin cezai sorumluluk yönünden adam öldürme, cesede saygısızlık, hırsızlık gibi suçlarla yargılandığı ancak Yargıtay'ın bu anlamda hekimleri hiç cezalandırmadığı vurgulanmıştır; Erem, a. g. e., s.707.

<sup>52</sup> Yasanın bazı maddeleri 1982'de 2594 sayılı yasa ile değiştirilmiştir; Çakmut Yenerer, a. g. e., s.159.

*vücut bütünlüğüne dokunulamaz*". Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 23.maddesine göre kural olarak kişiler özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz, ancak yazılı rıza üzerine organ alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Maddenin son fıkrasına göre, organ verme borcu altına girmiş olan kişiler, edimlerini yerine getirmek veya yerine getirmediği bundan dolayı maddi ve manevî tazminat ödemek zorunda bırakılamaz.

2238 sayılı yasanın uygulanması için ilk yönetmelik 1993 yılında kabul edilmiştir. Organ ve doku nakilleri, 2000 yılında yürürlüğe giren ve günümüzde halen yürürlükte olan "*Organ Ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği*" ile ayrıntılı bir biçimde düzenlenmektedir. Genel olarak bakıldığında Türk hukukunda, canlıdan organ alınması mümkün kılınmış ancak bazı şartlar öngörülmüştür. Para karşılığı organ verilmesi yani organ ticareti yasaklanmıştır. Ölü vericiden organ alınmasında açık onay sistemi yani anlaşma modeli kabul edilmiş ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 91.maddesi ile hukuka aykırı olarak geçerli rıza alınmadan, kişilerden organ alanlar için hapis cezası öngörülmüştür.

### A. Türk Hukukunda Canlıdan Organ Alınması

Türk hukukunda canlıdan yani yaşayan insandan organ ve doku alınması, 2238 sayılı yasanın 5 ila 10. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu yasaya göre yaşayan insandan organ alınabilmesinin öncelikli koşulu, vericinin on sekiz yaşından büyük ve temyiz kudretine sahip olmasıdır. Ayrıca yasaya göre, kalp gibi vericinin yaşamını sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaktır.

Vericinin rızası konusunda yasa, vericinin en az iki tanık huzurunda "*açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı*" veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunlu kılmıştır.

Organ veya doku bağışında bulunacak vericinin aydınlatılması yani organ veya doku alacak hekim tarafından bilgilendirilmesi de zorunludur. Yasanın 7.maddesi uyarınca; hekim, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ veya doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları, organ veya doku



verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiye bilgi vermek zorundadır. Hekim, vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ veya doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmekle ve kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrı olmak üzere alıcının ve vericinin isimlerini açıklamakla yükümlüdür.

## B. Türk Hukukunda Ölüden Organ Alınması

*“Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği”* nin ek 1. maddesi, beyin ölümü gerçekleşmiş hastaların, yakınlarının rızası ile yaşamsal desteğinin kesilmesine ve yine yakınlarının rızası ile organlarının ihtiyaç sahiplerine aktarılmasına izin vermektedir. Konu, 2238 sayılı yasanın 11 ila 14. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ölüm anı olarak beyin ölümünün kabul edildiğini ve bunun kriterlerini daha önce belirttiğimiz için burada tekrar anlatılmayacaktır. Yasanın ilgili maddelerine aykırı olarak ölüden organ alınması, TCK'nın 91. maddesine göre, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

Ölüden organ alınmasına rıza konusunda yasa, açık onay modelini kabul etmiştir. Yasanın 14. maddesine göre; *“Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı vasiyetle belirtmemiş bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin, bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakıyla ölüden organ veya doku alınabilir. Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir. Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz”*.

Maddenin ikinci fıkrası rıza kuralına bir istisna getirmekte ve kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle ölmüş olanların yanında bir yakının olmaması durumunda, sağlam doku ve organlarının, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda rıza aranmaksızın nakline izin vermektedir. Yasa koyucu bu fıkra için

zaruret modelini benimsemektedir.<sup>53</sup> Ayrıca üçüncü fıkra ile de “Vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ve adli kovuşturma ile ilgisi olmayan cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler.” denilmek suretiyle bu hallerde zımni onay sistemi kabul edilmektedir.

Kural olarak, intihar, tecavüz, kasten adam öldürme, işkence ve benzeri adliyiye ilgilendiren durumlar sonucu ölmüş bir cesetten organ alınmadan önce nöbetçi savcı aranmalı ve savcı onay verdikten sonra cesetten organ alınmalıdır.<sup>54</sup> Ancak uygulamada savcının gelmesi beklenmeden organ nakilleri yapıldığı görülmektedir. Beyin ölümü gerçekleşmiş bir hasta, makineye bağlı dahi olsa ölüm gerçekleşikten sonra en kısa zaman içerisinde organlarının alınması gerekir, aksi halde organlar sağlığını yitirecektir. Bu konuda Danıştay, savcının beklenmesi gerektiği yönünde düşünürken, Yüksek Sağlık Şurası, tıp etiği gereği hekimlerin geç kalınacak durumlarda savcıyı beklemeden nakil yapabileceğini düşünmektedir.<sup>55</sup>

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ETİK AÇIDAN ORGAN VE DOKU NAKLİ

#### I. Tıp Etiği Açısından Organ ve Doku Nakli

Her alanda olduğu gibi tıpta da etik kuralları mevcuttur. İnsan hayatının söz konusu olduğu bu alanda etik kurallarının daha fazla önem arz ettiği ise şüphesizdir. Etik kuralları genel olarak, yazılı olmasına gerek olmayan, işin gereği ve ahlaki yönden topluma yararlılığı amaçlayan kurallar bütünüdür. Ancak yine de bu kuralların yasalarla açıkça belirtilmesi gerekir. Nitekim dünyada birçok uluslar arası örgüt ve ulusal ülke yasaları tıbbi etik kurallarını açıkça düzenleme ve yazılı hale getirme ihtiyacı duymuştur

<sup>53</sup> Akıncı, a. g. e., s.433.

<sup>54</sup> Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler I*, Ankara 2002, s.485.

<sup>55</sup> İlgili karar özetleri için bkz., “Adli Vakalar ve Organ Nakli”, 05.03.2007, <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=12862> (30.04.2007).

Türk hukukunda, 19.2.1960 gün ve 4/12578 sayılı kararla kabul edilen “*Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi*”<sup>56</sup> (TDN), hekimlerin uyması gereken tıp etiği kurallarını düzenlemektedir. Bu nizamnameye göre hekimler, hastanın “*cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ne olursa olsun*” gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Ayrıca 1928 tarihli 1219 sayılı “*Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun*” (TŞSTİK) ve 01.08.1998 gün ve 23420 sayılı RG’de yayımlanan “*Hasta Hakları Yönetmeliği*” (HHY) de tıp etiği ile ilgili birçok kural içermektedir.

Organ ve doku nakli ile ilgili olarak etik kuralları gereği, hekimlerin, alıcı ve vericiyi aydınlatma yani bilgilendirme ve rızalarını alma (TŞSTİK m. 70 ve HHY m. 24, 25, 26), her iki taraf içinde naklin uygunluğu araştırmasını iyi yapma (TDN m.10) ve kar amacı gütmeyen sadece yaşam kurtarmayı amaçlaması (TDN m.12) gerekmektedir. Günümüzde bazı hekimler, organ ticaretine aracılık ederek tıp etiğine aykırı davranmakta, aynı zamanda TCK ve 2238 sayılı yasa kapsamında da suç işlemektedir.<sup>57</sup>

## II. Hayvandan İnsana Organ Nakli

Günümüzde tıbbın ileri seviyede olması ile hastaları kurtarma amacıyla her yol ve yöntem gündeme gelmektedir. Öyle ki organ nakline ihtiyaç duyan hastaları kurtarma amacıyla hayvanlardan organ alınması ve nakledilmesi de düşünülmekte ve bu düşünce dünyada yaygınlaşmaktadır.<sup>58</sup>

İngiltere’de yapılan araştırmalar, domuzların insanlarla yaklaşık aynı büyüklükte organlara ve benzer fizyolojiye sahip oldukları ve organ naklinde muhtemel kaynak olabileceklerini göstermekte-

<sup>56</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Yüksek İhtisas Hastanesi resmi internet sitesi, <http://www.tyih.gov.tr/HASTAHAKLARI/ulusalm1.php>(30.04.2007)

<sup>57</sup> “Organ Ticareti Yapan Türk Doktorlar Var”, “Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Dairesi, son yıllarda ülkelerarası sorun haline gelen ve gittikçe yaygınlaşan organ ve doku ticaretini ‘Göçmen Kaçakçılığı İnsan Ticareti ve Organ Doku Ticareti’ adlı bir kitapta değerlendirdi.”, 03.12.2006, <http://www.memurlar.net/haber/58795/> (30.04.2007).

<sup>58</sup> Schreiber, Hans-Ludwig, “Hayvandan İnsana Organ, Doku ve Hücre Naklinin Hukuksal Düzenleme Çerçevesi”, Mustafa R. Erdem (Çev.), *Tıp ve Ceza Hukuku*, Kayıhan İçel (Ed.), Ankara 2004, 101-126.

dir.<sup>59</sup> Günümüzde, İsviçre’de 22.3.1996 tarihli Federal Kararı, ABD’de 23.9.1996 tarihli bir yönerge, İspanya’da 8.5.1997 tarihinde Ulusal Nakil Komisyonu kararı, Hollanda’da 21.1.1998 tarihli bir komisyon kararı, İngiltere’de 30.7.1998’de bir yönerge ve Kanada hukukçuları, gerekli denetimler altında hayvandan insana organ naklini etik açıdan doğru bulmakta, insan hayatının kurtarılması amaçlandığı için bu naklin insan onurunu zedelemeyeceğini beyan etmektedir.<sup>60</sup> Almanya, Fransa, ABD ve birçok ülkede halen daha hayvandan insana organ nakillerini yasal zemine oturtma çabaları sürmektedir.<sup>61</sup> Ülkemizde yasal olarak yasak olan, hayvandan organ ve doku nakli, Diyanet İşleri Başkanlığı’nın açıklamasından da anlaşılacağı üzere İslam dini açısından da caiz değildir.

Hayvandan nakil, etik açıdan gerçekten de tartışmalı bir konudur, bu nakillerin insan onurunu zedeleyeceği düşünülmektedir. Ancak unutulmaması gerekir ki dünyanın yaratılışından bu yana insanoğullu yaşamını sürdürmek için hayvanlara hep gereksinim duymuştur. Günümüzde dahi kullandığımız ilaçların çoğu hayvanlar kullanılarak elde edilmektedir. Ayrıca bir insanın onurunu düşünmeden önce, onu yaşatmak hedeflenmelidir. Bu nedenlerle kanaatimizce, tedavi için başkaca bir çare yoksa ve insan verici bulunamıyorsa, tıbbi denetim altında hayvandan insana organ nakli mümkün kılınmalıdır.

### III. Beyin Ölümü ve Pasif Ötenazi

Beyin ölümü halen daha birçok ülke vatandaşlarınca, kuşkuyla karşılanmaktadır. Kişiler, beyin ölümü halini, bitkisel hayatla karıştırmakta ve yakınlarının hayata döneceği umuduyla yaşamsal desteğin kesilmesine ve organlarının bağışlanmasına karşı çıkmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, beyin ölümü gerçekleşen birinin yaşamsal desteğinin kesilmesi pasif ötenazi ile bir tutulmaktadır. Nitekim Polonya’da “böbrek naklini sınırlayan faktörleri” belirlemeye yönelik 1996’da yapılan bir araştırmada, toplumun ölüden organ alımına olumlu baktığı, an-

<sup>59</sup> “Hayvandan İnsana Organ Nakli Yakın”, 19.9.2005, <http://www.ntvmsnbc.com/news/340709.asp> (01.05.2007).

<sup>60</sup> Schreiber, Hans-Ludwig, “Hayvandan İnsana Organ, Doku ve Hücre Naklinin Hukusal Düzenleme Çerçevesi”, *a. g. e.*, s.121 vd.

<sup>61</sup> Schreiber, Hans-Ludwig, “Hayvandan İnsana Organ, Doku ve Hücre Naklinin Hukusal Düzenleme Çerçevesi”, *a. g. e.*, s.121 vd.

cak beyin ölümü tanımını kuşku ile karşıladığı ve bu nedenle organ bağış kartı imzalamaya karşı isteksiz olduğu bildirilmiştir.<sup>62</sup>

Ötenaziden bahsedebilmek için bir “*hastanın*” bulunması gerekir.<sup>63</sup> Yani yaşayan ve tedavisi mümkün olmayan bir hastalık nedeniyle acı çeken bir insan söz konusudur. Oysa beyin ölümü gerçekleşmiş bir kişinin hayata dönme şansı kesinlikle kalmamıştır.<sup>64</sup> Beyin ölümü gerçekleşmiş birinin hayatsal fonksiyonları tamamen sona ermiştir, makine yardımı olmaksızın kişinin solunumu ve kan dolaşımı duracaktır ve hatta makine yardımı olsa dahi beyin ölümü gerçekleştikten yaklaşık otuz saat sonra organları da yavaş yavaş çürümeye başlayacaktır.<sup>65</sup> İşte bu açıdan bakıldığında beyin ölümü gerçekleşen biri tıbben ve hukuken zaten ölü sayıldığından, onu tekrar öldürmek de mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, beyin ölümü gerçekleşmiş birinin yaşamsal desteğinin kesilmesi, pasif ötenazi değildir. Konu, gerek tıpçılar arasında gerek hukukçular arasında hala tartışılmakla beraber çoğunluk görüşü konuyla ilgili olarak pasif ötenazinin olmadığını savunmaktadır.

#### IV. Beyin Ölümü ve Organ Nakline Din Açısından Bakış

Kişilerin dini inançları, tüm sosyal yaşantılarını etkilemektedir. Bu nedenle dinlerin organ nakline bakışı ve etik olarak organ naklini caiz görmesi, organ bağışlarının artması açısından oldukça önemlidir. Dünyada, hemen hemen her din, organ naklini caiz görmektedir.<sup>66</sup>

*Kuran-ı Kerim*'in Maide suresinin, 32. ayetinde “*kim bir insana hayat verirse onun tüm insanlara hayat vermişçesine sevap kazanacağı*” bildirilmiştir. Diyanet İşleri Başkanlığı, bu ayete ve İslam'ın diğer kurallarına

<sup>62</sup> Özdağ, Nurten, “Organ Nakli ve Bağışına Toplumun Bakışı”, *Cumhuriyet Üniversitesi Hemşirelik Yüksek Okulu Dergisi*, S. 5(2), Yıl:2001, Sivas 2005,46-55, s.50.

<sup>63</sup> Artuk, Mehmet E./Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Makaleleri, İstanbul 2002, s.12.

<sup>64</sup> Kalayoğlu, Münci, “Dünyada ve Ülkemizde Organ Bağışı ve Organ Nakli”, *Organ Bağışı ve Organ Naklinde Yasal Sorunlar Paneli*, Düzenleyen: İstanbul Barosu, Yer: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 6.anfi, tarih: 20.04.2007.

<sup>65</sup> Kalayoğlu, a. g. e.,

<sup>66</sup> Hristiyanlık, Hinduizm, Budizm ve İslamiyet organ naklini dine uygun bulmaktadır. Nitekim günümüzde Hindistan, Çin, İran, Suudi Arabistan gibi dini kurallara sıkı sıkıya bağlı ülkelerde organ nakilleri sıkça yapılmaktadır. Ancak Yahova Şahitliği denen bir dine göre sadece aynı dinden olanlar arasında organ nakli mümkündür; Özdağ, a. g. e., s.47 vd.

dayanarak Dr. Haberal'ın talebi üzerine, 1980'de bir açıklama yapmıştır.<sup>67</sup> Bu açıklamaya göre, organ ve doku nakli şu durumlarda dinen caizdir; nakil ancak ölü olması, vericinin ölmeden önce rıza göstermiş olması ve alıcının nakle rızasının olması, organların para karşılığı verilmemesi.<sup>68</sup>

Ancak günümüzde hala birçok insan dinen organ naklinin caiz olmadığını düşünerek organ bağışlamaktan kaçınmaktadır. Bazı kişiler, organlarının Müslüman olmayan birine verilmesi durumunda onun işlediği günahları işlemiş sayılacağını düşünmektedir.<sup>69</sup> Bu düşünceler oldukça anlamsızdır. İslamiyet'in yukarıdaki şartlar çerçevesinde, organ ve doku nakline cevaz verdiği açıktır.

## V. Organ Ticareti

Dünyada birçok ülkede organ ticareti yasaklanmıştır. Canlı vericilerden alınan organların ticaretini önlemek amacıyla yapılan yasal düzenlemelere göre, bedel karşılığı organ veya doku verilmesi yasaklanmıştır. Dünya Sağlık Örgütü de 1989'da organ ticaretini lanetlemiştir.<sup>70</sup> Avrupa Konseyi, 1978'deki bir toplantıda, ticari amaçlı olmamak koşuluyla organının alınması nedeniyle vericinin uğrayacağı maddi zararın karşılanması uygun olduğu kabul edilmiştir.<sup>71</sup> Bu kararın organ ticaretini kabul ettiği anlamını çıkarmak doğru değildir, karar sadece vericinin mağdur olmasını engellemeye yöneliktir ki aslında bu da doğru bir düşüncedir.

Organ ticareti İran'da yasal kabul edilmektedir. İran'da, İran vatandaşı olan vericiler devlet kontrolündeki "*Diyaliz ve Transplant Hastaları Derneği*"ne başvurur ve bir İran vatandaşı organ verirse, dernek bu kişiye sağlık güvencesi ve bir miktar ödül verir.<sup>72</sup> İran, bu sistemi kabul

<sup>67</sup> "Organ Nakli", 03.03.1980, Diyanet İşleri Başkanlığı resmi internet sitesi, [http://www.diyenet.gov.tr/turkish/karar.asp?id=3&sorgu=1\(30.04.2007\)](http://www.diyenet.gov.tr/turkish/karar.asp?id=3&sorgu=1(30.04.2007)).

<sup>68</sup> "Organ Nakli", 03.03.1980, Diyanet İşleri Başkanlığı resmi internet sitesi, [http://www.diyenet.gov.tr/turkish/karar.asp?id=3&sorgu=1\(30.04.2007\)](http://www.diyenet.gov.tr/turkish/karar.asp?id=3&sorgu=1(30.04.2007)).

<sup>69</sup> Bakar, Mehmet, İstanbul İl Sağlık Müdürü, *Organ Bağışı ve Organ Naklinde Yasal Sorunlar Paneli*, açılış konuşması, Düzenleyen: İstanbul Barosu, Yer: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 6.anfi, tarih: 20.04.2007

<sup>70</sup> Özdağ, a. g. e., s.47.

<sup>71</sup> Özdağ, a. g. e., s.47.

<sup>72</sup> "İran'da böbrek nakli bekleyen kalmadı", *Sabah Gazetesi*, İnternet Sitesi, 25.7.2006, [http://arsiv.sabah.com.tr/2006/07/25/gny/sag101-20060725-200.html\(30.04.2007\)](http://arsiv.sabah.com.tr/2006/07/25/gny/sag101-20060725-200.html(30.04.2007)).

ederken “organ verenin de bir asker, polis ya da itfaiyeci gibi toplumun iyiliğine hizmet verdiğini, devletin bu görevlilere maaş ödediğini o halde organ verene de bedel ödemenin ahlak dışı olmayacağı” gerekçesine dayanmaktadır.<sup>73</sup> ABD’de organ ticareti yasaktır, ancak kan ve sperm gibi vücudun üretebildiği dokuların para karşılığı satılması yasak değildir.<sup>74</sup>

Türk hukukunda TCK m. 91’le organ ticareti yasaklanmıştır. Bu maddeye göre; hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden, organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayanlar hakkında hapis cezasına hükümlenir. Ayrıca bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek ve yayınlamak da cezalandırılmıştır. 2238 sayılı yasanın 15. maddesi de yasaya aykırı yapılan organ nakillerine cezai bir düzenleme getirmiştir. Ancak 5237 sayılı TCK, 2005 yılında yürürlüğe girdiği için yani daha yeni yasa olduğu için ceza miktarı konusunda TCK m. 91 uygulanacaktır.

TCK’nın 92. maddesi ile yapılan bir düzenleme ile verici için bir şahsi cezasızlık hali kabul edilmiştir. Bu maddeye göre; “Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir”. Ayrıca 93. madde ile “Organ veya dokularını satan kişi, resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciiine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz.” denilmekle, organ ticaretlerinin ihbar edilmesi teşvik edilmek istenmiştir. Madde biraz daha ileri gidip organ ticareti suçu haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişinin, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım etmesi halinde de cezasında indirim öngörmüştür. Yasa organ ticaretini hekim, verici ve alıcı açısından önce yasaklamakta, sonra bu yasağı verici açısından kaldırmaktadır. Kural olarak kimse zor durumda kalmadıkça organlarını satmayacağından, yasadan çıkan anlama göre organ satmak yasak değildir ve organlarını satanlar cezalandırılmayacaktır. Organ ticareti sadece satın alanlar, aracılık yapanlar ve nakli gerçekleştiren hekimler için yasaktır ve cezai bir davranıştır. Kanaatimizce bu madde hukuk etiğine uygun değildir. Çünkü bir eylem suç ise o suçu işleyen herkes cezalandırılmalıdır. Bu

<sup>73</sup> “İran’da böbrek nakli bekleyen kalmadı”, a. g. e., (30.04.2007).

<sup>74</sup> Özdağ, a. g. e., s. 47.

tıpkı rüşvet alanı cezalandırıp, rüşvet vereni cezalandırmamaya benzer. Yasa bu hali ile kendisi ile çelişmektedir.

Organ ticareti şüphesiz ki etik kurallarına aykırı ve insan onurunu zedeleyici bir olaydır. Kişilerin beden bütünlüğünün, para karşılığı bozması, başka bir insanın hayatını kurtarma niyeti gütse de doğru kabul edilemez. Ancak bazı durumlarda vericinin, organ naklinden kaynaklanan zararlarının (tedavi, işten yoksun kalma vs.) karşılanması gerekebilir. Böyle durumlarda vericinin zararı karşılanabilmelidir, aksi halde verici mağdur olacaktır. Türkiye’de insanların çoğunun ekonomik gelirinin düşük olması nedeniyle ülkemiz maalesef gelişmiş ülkelerdeki zenginler için organ pazarı haline gelmiştir. Dünyada da Çin, Güney Amerika, Afrika ve birçok Asya ülkesinde organ ticaretleri yasal olmayan yollarla yapılmaktadır.<sup>75</sup>

İlke olarak vericinin canlı değil ölü olması tercih edilmelidir. Ölüden organ nakli ve organ bağıışı konusu yurt çapında arttırılmalı, canlıdan organ nakillerinin mümkün olduğunca azaltılması gerekmektedir. Bu nedenle akraba dışındaki kişiler arasında organ nakli desteklenmeli, akraba olmayan kişiler arasındaki organ nakilleri yasaklanmalıdır. Aksi halde organ ticaretinin önüne geçilemeyecektir.

## SONUÇ

Organ ve doku nakli, insan hayatını kurtarmayı hedefleyen tıbbi bir tedavi yöntemidir. Hatta birçok hastalığın başka bir tedavisi yoktur ve insan yaşamının kurtarılması organ nakli yapılmasına bağlıdır. Organ ve doku nakli tüm dünyada kabul görmüş bir konudur ve günümüzde organ ve doku nakillerinin çok olumlu sonuçları mevcuttur. Bununla beraber organ yetmezliği sorunu, tüm dünyada artmakta, kendisine organ nakledilmesini bekleyen birçok insan hastanelerde uygun organ beklerken yaşamını yitirmektedirler.

Organ naklinin etik açıdan uygunluğu artık hem din adamları hem hukukçular hem de hekimler tarafından oybirliği ile kabul görmekte, ancak bazı ayrıntılarda fikir ayrılığı yaşanmaktadır. Ölüm anının tespiti, vericinin rızası, organ naklinin para karşılığı yapılması

<sup>75</sup> Günaydın, Serdar, “Ucundan Yakalanan Yaşam: Organ Nakli”, 31.05.2004, Hürriyet Gazetesi, [http://www.hurriyet.com.tr/agora/article.asp?sid=8&aid=1000\(01.05.2007\)](http://www.hurriyet.com.tr/agora/article.asp?sid=8&aid=1000(01.05.2007)).



ve hayvandan organ alınması konuları tüm dünyada etik açıdan tartışmalı konulardır. Yasalarla tüm bu hususlar düzenlenmesi, yapılan işlemlerin etik açıdan uygun olduğu anlamına gelmez, ancak hukuka uygunluk sağlandığı için cezai veya hukuki sorumlulukların sınırı çizilmiş olur.

Üzerinde önemle durulması gereken konu vericinin canlı değil, ölü olması çabasıdır. Amaç kimsenin zarar görmemesidir. Vericilerin ölü olma oranı arttırılmadıkça organ ticareti gibi etik olmayan bir olgunun önüne de geçilemeyecektir. Ancak, ölüden organ nakillerinin arttırılması için toplumun bilinçlendirilmesi, insanların sağlığında organ bağıışı teşvik edilmesi, organ ve doku nakli için ulusal koordinasyon ağının çok iyi kurulması gerekmektedir.

Kanaatimizce, tıbbın nimetlerinden faydalanmak en doğru yoldur ve insan hayatını kurtarmayı amaçlayan organ ve doku nakillerinin, yukarıda belirtilen yasal sınırlar içerisinde gerçekleştirilmesi şartıyla tıbbi etik kurallarına uygun olduğunun kabulü gerekir. İhtiyaç duyulan organlara ulaşmak için ulusal ve uluslar arası organ nakli koordinasyon merkezlerinin sayıları arttırılarak ve birbirleriyle iletişimleri güçlendirilerek, organ ve doku nakillerinin daha hızlı ve kolay yapılması sağlanmalı, devlet tarafından gerekli her türlü yasal ve maddi teşvik gerçekleştirilmelidir.

### KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin, "Türk Özel Hukuku'nda Cesetten Yapılan Organ Nakilleri ve Bu Konuda Gerçekleştirilmesi Düşünülen Yeni Düzenlemeler", *Prof. Dr. Halil Cin'e 10. Yıl Hizmet Armağanı*, Selçuk Üniversitesi, Konya 1995, 427-447.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Ankara 2002.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Makaleleri*, İstanbul 2002.
- Atamer, Yeşim M., "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar", *Milletlerarası Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, S. 1-2, Yıl:1999-2000, 125-155.
- Bakar, Mehmet, İstanbul İl Sağlık Müdürü, *Organ Bağıışı ve Organ Naklinde Yasal Sorunlar Paneli*, açılış konuşması, Düzenleyen: İstanbul Barosu, Yer: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 6. anfi, tarih: 20.04.2007.
- Bilgin, Arif, *Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları*, İstanbul Barosu Mecmuası, Eylül-Ekim 1968.

- Çakmut Yenerer, Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003.
- Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 2001.
- Dönmezer, Sulhi, "Organ Nakli", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.XLI, S.1-2, İstanbul 1975, 373-380.
- Erem, Faruk, "Organ Nakli Hakkında Kanun", *Yargıtay Dergisi*, S.4, C.5, Ekim 1979, 707-718.
- Erdöl, Cevdet, "Organ Bağışı ve SB Uygulamaları", *Organ Bağışı ve Organ Naklinde Yasal Sorunlar Paneli*, düzenleyen: İstanbul Barosu, yer: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 6.anfi, tarih: 20.04.2007.
- Gökçen, Ahmet, "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı*, C.8, S.1-2, 2000, 63-85.
- Günaydın, Serdar, "Ucundan Yakalanan Yaşam:Organ Nakli", 31.05.2004, *Hürriyet Gazetesi*, <http://www.hurriyet.com.tr/agora/article.asp?sid=8&aid=1000>
- Gündüz, Murat/Özcengiz, Dilek, "Beyin Ölümü", Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Anesteziyoloji Anabilim Dalı, 2005 [http://lokman.cu.edu.tr/anestezi/anestezi-not/yeni\\_sayfa\\_13.htm](http://lokman.cu.edu.tr/anestezi/anestezi-not/yeni_sayfa_13.htm)
- Haberal, Mehmet, <http://mehmethaberal.baskent.edu.tr/index-r.html>.
- İnce, Nedim, "Böbrek Nakli", 24.02.2006, <http://www.denizce.com/bobrek-nakli.asp>
- Kayar Yılmaz, Habibe, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, 29.8.2006, Türk Hukuk Sitesi, <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=6582>
- Meltzer, David/Gibbons, Robert, "Researchers Evaluate Nation's Organ Transplant System" 2003, <http://harrisschool.uchicago.edu/about/publications/policy-briefs/organ-transplant.asp>
- Özdağ, Nurten, "Organ Nakli ve Bağışına Toplumun Bakışı", *Cumhuriyet Üniversitesi Hemşirelik Yüksek Okulu Dergisi*, S:5(2), Yıl:2005, Sivas 2001,46-55.
- Öztürkler, Cemal, *Hukuk Uygulamasında Tıbbi sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*, Ankara 2003.
- Polat, Oğuz, *Adli Tıp*, İstanbul 2000.
- Schreiber, Hans-Ludwig, "Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş", Özer Özbek (Çev.), *Tıp ve Ceza Hukuku*, Kayıhan İçel (Ed.), Ankara 2004, 91-100.
- Schreiber, Hans-Ludwig, "Hayvandan İnsana Organ, Doku ve Hücre Naklinin Hukuksal Düzenleme Çerçevesi", Mustafa R. Erdem (Çev.), *Tıp ve Ceza Hukuku*, Kayıhan İçel (Ed.), Ankara 2004, 101-126.

### İnternet Siteleri

- "İran'da böbrek nakli bekleyen kalmadı", *Sabah Gazetesi* İnternet Sitesi, 25.7.2006, <http://arsiv.sabah.com.tr/2006/07/25/gny/sag101-20060725-200.html>

- Organ Ve Doku Alınması, Saklanması Ve Nakli Hakkında Kanun, <http://www.hukuki.net/kanun/2238.15.frameset.asp>
- Organ Ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği, İstanbul Tabip Odası resmi internet sitesi, <http://www.istabip.org.tr/yasa/doku.html>
- “Organ Naklinin Tarihçesi”, Türkiye Organ Nakli Derneği, <http://www.tond.org.tr/tr/>
- Organ ve Doku Nakli Hizmetleri, Bursa Sağlık Müdürlüğü, [http://www.bsm.gov.tr/hiz\\_hast03.htm](http://www.bsm.gov.tr/hiz_hast03.htm)
- “İlk organ nakli yarım asır önce yapıldı”, Radikal Gazetesi, 20.12.2004, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=137845>
- “Organ Naklinin Tarihi”, <http://www.turk-bilim.com/organ-naklinin-tarihi.htm>
- “Organ Bağışı”, Türkiye Böbrek Nakli ve Diyaliz Hastalarına Hizmet Vakfı, <http://www.bobrek Hastalari.org.tr/organ1.htm>
- “Organ Nakli”, 03.03.1980, Diyanet İşleri Başkanlığı resmi internet sitesi, <http://www.diyaret.gov.tr/turkish/karar.asp?id=3&sorgu=1>
- Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Yüksek İhtisas Hastanesi resmi internet sitesi, <http://www.tyih.gov.tr/HASTAHAKLARI/ulusalm1.php>
- Adli Vakalar ve Organ Nakli”, 05.03.2007, [http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=12862\(30.04.2007\)](http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=12862(30.04.2007)).
- “Organ Ticareti Yapan Türk Doktorlar Var”, 03.12.2006, <http://www.memurlar.net/haber/58795>

# İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU'NA GÖRE ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARIN DAVAYA KATILMASI (FER'İ MÜDAHALE)

Ahmet KALAFAT\*

## GİRİŞ

Genel anlamıyla “*yargılama faaliyeti*”ni düzenleyen yargılama hukuku alanı içinde kendine özgü nitelikleri olan İdari Yargılama Hukuku, hakların varlığının ve kapsamının saptanması ve idarenin hukuka uygun davranıp davranmadığını denetleme işlevini görür. Bu işleviyle medeni (hukuki) yargılama hukukundan çok ceza yargılaması hukukuna yakın duran bir alt dal olan idari yargılama hukuku alanında genel kurallar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) 1982’de yürürlüğe girene kadar 521 sayılı (eski) Danıştay Kanunu’yla ve diğer ilgili kanunlarla konulmuştur. Ancak, yargılama usulüne ilişkin tüm kurallar İYUK’da özel olarak düzenlenmemiş; idari yargının genel usulüne ilişkin kuralları koymakla yetinen kanunun 31. maddesi, 521 sayılı (eski) Danıştay Kanunu’nun 88.maddesine benzer biçimde, açıkça Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na (ve Vergi Usul Kanunu’na) atıfta bulunmuştur.

İYUK’nin “*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun Uygulanacağı Haller*” başlıklı 31.maddesinin birinci bendine göre:

*“1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakim in davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak*

\* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlisi.

*hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 5.4.1990 – 3622/11 md.; Değişik: 10.6.1994 – 4001/14 md.) Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır.”*

Maddeyle varılmak istenen sonuç iki kanun arasında eşgüdümün sağlanması ve atıf yapılan konularda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) ile düzenlenen yargılama hukuku meselelerinin idari yargının bakış açısıyla yorumlanmasıdır.

Bu çalışmada, İYUK'nin 31.maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılan hallerden “*üçüncü şahısların davaya katılması*”, medeni yargılama hukuku ve idari yargılama hukuku yönünden ayrı ayrı ele alınacak ve konu öğretinin “*gözden geçirme*” önerileri/eleştirileri ışığında değerlendirilecektir.

İYUK'da “*üçüncü şahısların davaya katılması*” hali olarak ifade edilen atıf, HUMK'nın “*Üçüncü Şahsın Müdahalesi*” başlığı altında düzenlenen 53. ila 58. maddelerine yapılmıştır. Ancak, medeni yargılama hukuku öğretisi, üçüncü şahsın müdahalesini kendi içinde ikili bir ayırma tabi tutmakta ve HUMK'nın 53. ila 58.maddelerinde düzenlenen haliyle üçüncü şahısların davaya katılmasını “*fer'i müdahale*” olarak adlandırırken öte yandan da Yargıtay içtihatlarıyla birlikte “*asli müdahale*” kavramını ortaya koymaktadır.<sup>1</sup> HUMK'da açıkça düzenlenmiş olmayan ve idari yargılama hukukunda uygulanması mümkün gözükmeyen<sup>2</sup> “*asli müdahale*” kavramı bu çalışmada sadece “*fer'i müdahale*” kavramından farklılığı yönüyle yer bulacaktır.

<sup>1</sup> Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yay., 5. bası, Ankara 2006, s. 206; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, Nesil Matbaacılık, Gözden geçirilmiş 7. bası, İstanbul 2000, s. 381; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C: IV, Demir Demir Yay., 6. bası, Ankara 2001, s. 3491

<sup>2</sup> İdari yargıda asli müdahalenin mümkün olup olamayacağı konusuna Ruhi Nedimoğlu 1976 yılında yayımlanmış makalesinde örneklerle değinmiş ve Asli Müdahale'nin idari yargıda mümkün olabileceğini belirtmiştir. Yazara göre herşeyden önce 1961 Anayasasının “Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 31. maddesi hükmü karşısında kişilere idari yargı yolunda da asli müdahale imkanı tanınmalıdır. (Ruhi Nedimoğlu, “Danıştay'da Görülen Davalarda Katılma”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:1976, Sayı:1, s. 67-69)

## I. MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARIN DAVAYA KATILMASI

### A. FER'İ MÜDAHALE KAVRAMI VE BENZER KURUMLARDAN FARKLARI

#### 1. Kavram

Medeni yargılama hukukunda dava, davacı ve davalıdan oluşan iki taraf arasında görülür. Üçüncü kişiler<sup>3</sup> dava sürecinin dışında kalır ve davada, haklarında bir karar verilmesi kural olarak mümkün değildir. Ancak, değişen yaşam koşullarının hukuki ilişkilere de yansması sonucunda, bir davada verilen karar, dava dışı üçüncü kişilerin hukuki durumlarını da etkileyebilmektedir. Örneğin, kollektif şirkete karşı açılan bir alacak davasında, alacaklı davayı kazanırsa şirket ortaklarından da talepte bulunabileceği için davada üçüncü kişi konumundaki ortakların verilecek hükümden etkilenmeleri kaçınılmazdır. Yine, alıcıya karşı, satılan malın mülkiyetinin iddia edildiği bir davada verilecek karar satıcının zapta karşı teminat borcunu doğurabilecektir.

Bu durum karşısında, *“üçüncü kişinin davaya taraf olmadan, kendi hukuki yararını korumak için, davayı kazanmasında yararı bulunan tarafın yanında, ona yardımcı olarak davaya müdahalesine imkan verecek bir hukuki kurum”* olan fer'i müdahale kurumu ortaya çıkmıştır. Böylelikle üçüncü kişi kendisine yönelecek muhtemel bir davayı önlemeye çalışmakta ve tehlike kendisine yönelmeden komşusuna yardımcı olmaktadır.

1927 yılında, İsviçre'nin Neuchatel Kantonu Usul Kanunu'ndan bazı küçük değişikliklerle HUMK'ya giren fer'i müdahale kurumu, müdahalenin etkisine ilişkin hükümlerin yokluğu nedeniyle az uygulanan ve Yargıtay içtihatlarında yeterince tartışılmayan bir kurumdur.<sup>4</sup> HUMK'nın konuya ilişkin hükümleri bugüne değin herhangi bir değişikliğe de uğramamıştır

<sup>3</sup> Metin içinde, “şahıs” yerine eşanlamlı “kişi” sözcüğü tercih edilmiş, başlıklarda HUMK ve İYUK ile aynı biçimde “şahıs” sözcüğü kullanılmıştır. “Müdahale” ve “müdahil” sözcükleri ise uygulamadaki yaygınlıklarına koşut olarak “katılma” ve “katılan” sözcükleri ile birlikte kullanılmıştır.

<sup>4</sup> Hakan Pekcanıtez, *Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, DEÜ Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 1992, s. 14-15

## 2. Benzer Kurumlardan Farkları

Üçüncü kişilerin bir davaya taraf olmadan katılması yalnızca fer'i müdahale yolu ile olmayabilir. "Asli müdahale" ve "ihbar" kurumları da üçüncü kişilerin bir davaya katılması bakımından fer'i müdahaleye benzer kurumlardır.

"Görülmekte olan bir davada, dava konusu üzerinde kısmen ya da tamamen hak sahibi olduğunu iddia eden üçüncü kişinin, bu davanın taraflarına karşı dava açması" olarak tanımlanan<sup>5</sup> asli müdahale, HUMK'da düzenlenmeyen ancak öğreti ve yargı kararları ile hukukumuzda ortaya çıkan bir kurumdur.<sup>6</sup> Burada, üçüncü kişi fer'i müdahaleden farklı olarak taraflar yanında davaya katılmamakta, kendi bağımsız davasında taraf sıfatını taşımaktadır.

Bu nedenle asli müdahalenin gerçek anlamıyla bir "davaya müdahale" olduğunu söylemek mümkün değildir. Üçüncü kişi hakkında, kendi adına talepte bulunmayan ve asıl tarafa bağımlı fer'i müdahil olarak ayrıca karar verilmeyen; asli müdahalede, müdahil için talepleri hakkında, taraf sıfatıyla bir karar verilmektedir.<sup>7</sup>

Davanın ihbarında ise taraflardan biri, fer'i müdahil olması ya da kendisini davada temsil etmesi için görülmekte olan davayı üçüncü kişiye davayı duyurur.<sup>8</sup>

Davayı ihbarda öncelikli hukuki yarar, ihbar eden tarafın hukuki yararadır; ancak, ihbarın asıl koruduğu yarar ise üçüncü kişinin yararlarıdır. Üçüncü kişinin kendisini dolaylı yoldan etkileyebilecek bir davayı öğrenip doğrudan davaya müdahalesi sık görülmez, ihbar genelde bu işlevi yüklenir ve üçüncü kişinin davaya katılmasını sağlar. Bu nedenle ihbar ve fer'i müdahale kurumları birbirlerini tamamlayıcı nitelikte kurumlardır.

İhbar, ihbar eden tarafın tek yanlı iradesinin bir sonucudur ve mahkeme aracılığı ile ya da mahkeme dışında gerçekleştirilmesi mümkündür. Üçüncü kişi yönünden, ihbara cevap vermek ya da ihbarda talep edileni (müdahale/temsil) yerine getirmek bir zorunluluk olmadığı gibi ihbar eden yanında yer almak da zorunlu değildir. Üçüncü

<sup>5</sup> A. g. e., s. 43.

<sup>6</sup> Bkz. Dipnot 2.

<sup>7</sup> Pekcanitez, a. g. e., s. 45-47; Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 208.

<sup>8</sup> Pekcanitez, a. g. e., s. 54; Üstündağ, a. g. e., s. 383-384.

kişi, kendi takdirine göre hukuki yararı doğrultusunda diğer tarafın yanında da davaya katılabilir.<sup>9</sup>

## B. FER'İ MÜDAHALE KOŞULLARI VE FER'İ MÜDAHALE USULÜ

### 1. Fer'i Müdahalenin Koşulları

#### a. Görülmekte Olan Bir Davanın Varlığı

Üçüncü kişilerin fer'i müdahale talebinde bulunabilmesinin öncelikli koşulu, görülmekte olan (derdest) bir davanın varlığıdır. Davanın konusu ya da türü fer'i müdahale için belirleyici etken değildir. HUMK'nın 54. maddesine göre, davanın açılmasından hüküm verilene kadar müdahale talebinde bulunulması mümkündür. Ancak, hüküm verildikten sonra fer'i müdahale talebinde bulunulması fer'i müdahalenin amacı (yargılama sırasında yanında davaya katıldığı tarafa yardımcı olmak) gereği mümkün değildir. Kanun yollarına başvuru halinde Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi gibi yargılama yapmayacak olması nedeniyle bu aşamada da fer'i müdahale talebinde bulunulamaz.<sup>10</sup> Yargıtayın vereceği bozma hükmü üzerine yapılan yargılamada ve yargılamanın yenilenmesi kararı verilen hallerde ise "*halen görülmekte olan dava*"ya katılmak mümkündür.<sup>11</sup>

#### b. Fer'i Müdahil Görülmekte Olan Davanın Tarafı Olmaması

HUMK'nın 53. maddesinde yer alan ve fer'i müdahale talebinde bulunacak kişiler yönünden aranacak bu koşula göre ihtiyari dava arkadaşlarının birbirlerinin davasına fer'i müdahil olması mümkünken zorunlu dava arkadaşlığında tek bir dava bulunması nedeniyle zorunlu dava arkadaşlarının birbirlerinin yanında fer'i müdahil olması mümkün değildir.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Pekcanitez, *a. g. e.*, s. 54-57.

<sup>10</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, *a. g. e.*, s. 197.

<sup>11</sup> Pekcanitez, *a. g. e.*, s. 72-73; Kuru, *a. g. e.*, s. 3453-3456, Üstündağ, *a. g. e.*, s. 377; H. Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Alkım Yay., 4. bası, İstanbul 2004, s. 164-165.

<sup>12</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, *a. g. e.*, s. 197; Kuru, *a. g. e.*, s. 3456; Üstündağ, *a. g. e.*, s. 377.



### c. Fer'i Müdahil Taraf ve Dava Ehliyetine Sahip Olmalıdır

Yargılamaya katılacak olan fer'i müdahilin taraf ehliyeti bakımından Medeni Kanun'daki haklardan yararlanma ehliyetine sahip olması doğal olarak gereklidir. Müdahil, ayrıca dava ehliyetine de sahip olmalıdır.

### d. Fer'i Müdahilin, Müdahalede Hukuki Yararı Olmalıdır

HUMK'nın 53.maddesine göre "*Hakkı veya borcu bir davanın neticesine bağlı olan*" üçüncü kişilerin fer'i müdahale talebinde bulunmaları mümkündür. Ancak bu ifadenin, "*müdahale talebinde bulunan kişinin hukuki durumunun davaya yanında katılmak istediği tarafın davayı esas yönünden kazanması ya da kaybetmesinden etkilenecek olması halinde üçüncü kişinin hukuki yararı vardır*" şeklinde anlaşılması isabetli olacaktır. Hukuki yarar yalnızca ekonomik yarar olarak anlaşılabilir. Davada verilecek hükmün üçüncü kişinin hukuki durumuna etkisi doğrudan ya da dolaylı biçimde olabilir.<sup>13</sup>

### e. Teminat Gösterilmesi

Türk Hukukunda teminat gösterilmesine ilişkin düzenlemeler HUMK'da ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (MÖHUK) yer almaktadır. HUMK'nın 97. maddesine göre Türkiye'de ikametgahı (konulu) olmayan üçüncü kişilerin (uyrukluk gözetilmeksizin) ve MÖHUK'nin 32. maddesine göre Türk uyruklugundan olmayan üçüncü kişilerin müdahale talebinin kabulü için teminat göstermesi gerekmektedir.<sup>14</sup> Öğretide baskın görüş, davalı için teminat yükümünün düzenlenmemesi nedeniyle teminat yükümünü davacı yanında katılan müdahil açısından gerekli görmektedir.<sup>15</sup>

HUMK'ya göre karşı tarafın olası zararlarını ve yargılama gider-

<sup>13</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, *a. g. e.*, s. 197; Pekcanitez, *a. g. e.*, s. 82-102; Kuru, *a. g. e.*, s. 3457-3459; Üstündağ, *a. g. e.*, s. 377; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, *a. g. e.*, s. 165-166.

<sup>14</sup> Rona Aybay/Esra Dardağan, *Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, Aybay Yay., İstanbul 2001, s. 69-71; Pekcanitez, *a. g. e.*, s. 102-105; Kuru, *a. g. e.*, s. 3459.

<sup>15</sup> Pekcanitez, *a. g. e.*, s. 103; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, *a. g. e.*, s. 167; Karşı görüş için bkz. Kuru, *a. g. e.*, s. 4205.

lerini karşılamak amacıyla istenecek teminatın davalı tarafından talep edilmesi; MÖHUK hükümlerine göre yabancı kişiden istenecek teminatın ise yalnızca davalının değil mahkemenin de uğraması muhtemel zararlara karşılık mahkemece kendiliğinden talep edilmesi gerekmektedir. Yabancı kişinin uyrukluğunda olduğu devletle Türkiye arasında teminattan bağışık tutulmaya ilişkin bir antlaşmanın varlığı yahut bu konuda devletler arasındaki kanuni ya da fiili karşılıklılık olması halinde yabancı kişiden teminat göstermesi istenilmez.<sup>16</sup>

## 2. Fer'i Müdahale Usulü

HUMK'nın 54.maddesi hükmüne göre, fer'i müdahale talebinde bulunan üçüncü kişi bu talebini bir dilekçe ile davanın görüldüğü mahkemeye bildirir. Müdahale talebi dava açılması hali gibi başvurma harcına tabidir. Dilekçede, talep sahibinin hukuki yararı ve kimin yanında davaya katılacağı hususları bildirilmelidir. Talep üzerine dava geri bırakılır ve katılma talebi taraflara yeni duruşma günü ile birlikte tebliğ edilir.

Müdahale talebi HUMK'nın önsoruna ilişkin hükümlerine göre mahkemece res'en incelenir. Taraflar HUMK 55. madde hükmüne göre müdahale talebine itiraz edebilirler. Ancak müdahale talebinin kabulü ya da reddi, talep sahibinin yanında davaya katılmak istediği tarafın iradesine değil davaya bakan mahkemenin takdirine tabidir ve müdahale talebi üzerine verilen kararlar ara karar niteliğinde olduğundan tek başına temyize konu teşkil etmez.<sup>17</sup> Fer'i müdahil, talebiyle doğrudan kendi hakkını talep etmiş sayılamaz. Bu nedenle, müdahale talebinde bulunulması ya da bu talebin kabulüne karar verilmesi halinde müdahilin hakkı yönünden zamanaşımının kesilmesi söz konusu olmayacaktır.<sup>18</sup>

Fer'i müdahale; davanın kesin hükümle sona ermesi, müdahilin tek yanlı iradesi, müdahilin taraf sıfatı kazanması ve müdahilin yanında yer aldığı tarafın değişmesi hallerinde sona erecektir.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Aybay/Dardağan, *a. g. e.*, s. 69-71; Pekcanitez, *a. g. e.*, s. 102-105.

<sup>17</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, *a. g. e.*, s. 198; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, *a. g. e.*, s. 167-168; Üstündağ *a. g. e.*, s. 378.

<sup>18</sup> Kuru, *a. g. e.*, s. 3463.

<sup>19</sup> Pekcanitez, *a. g. e.*, s. 133-136.

### C. FER'İ MÜDAHALENİN HÜKÜMLERİ

Fer'i müdahale talebi kabul edilen müdahil, davaya kabulünden itibaren katıldığı davayı yanında yer aldığı tarafa yardımcı olacak biçimde takip edebilir; fakat HUMK 56. madde hükmüne göre müdahil davaya katılmadan önce yapılan işlemlere itiraz edemez. Müdahil, yanında yer aldığı tarafın katılma kararından önceki beyanları ve delilleri ile bağlıdır. Mahkeme de katılma kararından sonra dava ile ilgili gerekli bildirimleri müdahile yapmak zorundadır.<sup>20</sup>

Davaya katılan üçüncü kişi, yanında davaya katıldığı tarafın yardımcısı olarak tarafla birlikte hareket edecektir. Tarafın yapması gereken usul işlemlerini, taraf yerine getirmese bile müdahilin yapması mümkündür.<sup>21</sup> Pekcanitez'e göre müdahil, taraftan bağımsız olarak ve onun çıkarına karşıt olmadıkça Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunabilir.<sup>22</sup>

Asıl tarafın temyiz yoluna başvurmaması halinde müdahilin tek başına temyiz yoluna başvurmasının mümkün olup olmayacağı öğretide tartışmalıdır. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadına ve öğretide Kuru'ya göre, asıl taraf başvurmadıysa müdahil de tek başına temyiz yoluna başvuramaz. Kuru, görüşünü davaya katılmanın özünde asıl tarafa bağlılık olduğuna dayandırmaktadır.<sup>23</sup> Karşı görüşteki Pekcanitez ve

<sup>20</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, *a. g. e.*, s. 198; Kuru, *a. g. e.*, s. 3467; Üstündağ, *a. g. e.*, s. 378.

<sup>21</sup> Üstündağ, *a. g. e.*, s. 379.

<sup>22</sup> Pekcanitez, *a. g. e.*, s. 150; Anayasa hukukuna ilişkin Türk hukukundaki genel başvuru kaynaklarında değinilmeyen bu konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarında da bir hüküm yer almamaktadır.

<sup>23</sup> Kuru, *a. g. e.*, s. 3476; "Öğretide ve uygulamada görülüp hükme bağlanan davada oluşturulan hükmü ancak davanın gerçek tarafları temyiz edebilir. Temyiz hakkı, dava hakkının uzantısıdır. Bu olgular dikkate alındığında davanın gerçek tarafı olmayan ve hükmü temyiz etmekte hukuksal bir yararı bulunmayan DSİ Genel Müdürlüğünün temyiz inceleme isteğinin Reddine." 7. HD 2004/154E., 2004/1192K., KT. 30. 03. 2004, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 10. 08. 2007; "Öncelikle belirtmek gerekir ki, davada taraf olmayan ve aleyhine hüküm kurulmayan gerçek ya da tüzel kişinin, hükmü temyiz etme hakkı bulunmamaktadır. Öte yandan, davalı Oyakbank AŞ tarafından hüküm temyiz edilmediğine göre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 57. maddesi uyarınca fer'i müdahilin tek başına temyiz etmesi de mümkün değildir." 9. HD 2003/14131E., 2004/2579K., KT. 17. 02. 2004, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 10. 08. 2007; "Müdahil Birleşik M. . . İş Sendikası, davacı sendikanın çoğunluğu bulunmadığını ileri sürmekle yetinmiş, ayrıca kendisinin çoğunluğunun bulunduğunu ileri sürmemiş bulunduğuna göre, davaya fer'i müdahil olarak katıldığıının kabulü gerekir. HUMK. nun 57. maddesine göre; fer'i

Üstündağ müdahilin, dava sonunda verilen hükmü, yanında yer aldığı taraf temyiz yoluna başvurmasa bile tek başına temyize götürebileceğini kabul etmektedir.<sup>24</sup> Pekcanitez'e göre müdahile bu yetkinin verilmesi, yanında davaya katıldığı tarafa yardım etme amacıyla bağdaşmaktadır ve asıl tarafın temyizden feragati söz konusu değil ise müdahilin tek başına temyize başvurmasının engellenmesi fer'i müdahale kurumunun varlığına ters düşecektir.<sup>25</sup>

Ancak tüm bu serbesti içinde uyulması gereken kural, müdahilin işlemlerinin, yanında davaya katıldığı tarafın işlemleri ile çelişmiyor olmasıdır. Aksi halde müdahilin işlemleri geçersiz sayılır. Örneğin, tarafın temyizden feragat etmiş olması halinde yanında yer alan müdahilin temyiz başvurusu kabul edilmeyecektir. Ayrıca, asıl tarafın, müdahilin işlemleri üzerinde tasarruf hakkı vardır. Müdahil, yanında yer aldığı tarafın yararına olmayan işlemler yapamaz. Sulh, feragat, karşılık dava gibi maddi hukuka ilişkin işlemleri de ancak taraf yapabilir.<sup>26</sup>

Mahkeme, müdahil hakkında karar veremez, karar asıl taraf hakkında verilir. Ancak HUMK'nın 57.maddesindeki bu düzenlemeye aykırı olarak müdahil hakkında bir karar verilmişse fer'i müdahilin hükmün kendisine yönelik kısmını tek başına temyiz etmesi mümkün olabilir.<sup>27</sup>

Üçüncü kişinin davaya katılmasından doğan giderlerin kime yükleneyeceği sorunu HUMK'nın 420. maddesinde düzenlenmiştir. Dava, müdahilin yanında yer aldığı taraf lehine sonuçlanırsa müdahilin giderleri haksız çıkan tarafa yükletilir. Ancak müdahilin davaya katılmasına yanında yer aldığı tarafın yargılama sırasındaki tutumları neden olmuşsa müdahilin giderlerinin bir kısmı ya da tamamı -dava lehine sonuçlansa dahi- yanında yer alınan tarafa yükletilir. Müdahil, yanında yer aldığı tarafın haksız çıkması halinde kendi giderlerini yüklenir.

---

müdahil, iltihak ettiği tarafla birlikte hareket etmek yetkisine sahip olduğundan, tek başına temyiz yoluna başvuramaz." (Çevrimiçi) [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 10. 08. 2007

<sup>24</sup> Pekcanitez, *a. g. e.*, s. 154; Üstündağ, *a. g. e.*, s. 379.

<sup>25</sup> Pekcanitez, *a. g. e.*, s. 154-155.

<sup>26</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, *a. g. e.*, s. 199; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, *a. g. e.*, s. 168-169.

<sup>27</sup> Kuru, *a. g. e.*, s. 3473-3474; Üstündağ, *a. g. e.*, s. 379; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, *a. g. e.*, s. 168

Fer'i müdahale kurumunun doğası gereği üçüncü kişi ile yanında yer aldığı tarafın ilişkisinin davanın ardından devam etmesi olasıdır. Müdahil ile yanında yer aldığı taraf arasında görülecek bir davada, ilk dava sonucunda verilen hüküm "kesin hüküm" etkisi yaratmasa da bir etkiye sahip olacaktır. HUMK'da açıkça düzenlenmeyen ve "mutlak olmayan" bu etkiye "müdahalenin etkisi" adı verilir. Müdahalenin etkisi yalnızca müdahil ile yanında yer aldığı taraf arasında geçerlidir ve ilk dava yalnızca hükmüyle değil hükme dayanak teşkil eden maddi ve hukuki unsurlarıyla da etki doğuracaktır. Müdahilin ilk davada verilen hükme ve dayanak vakıalara itiraz etmesi ilk davada talep dışı hüküm verilen haller dışında mümkün değildir. Ancak, müdahil, davaya katılmasından sonra tarafa yardımcı olduğunu ve öncesinde davanın iyi yürütülmediğini ya da müdahil sıfatıyla yaptığı işlemlerin yanında yer aldığı tarafça engellendiğini ileri sürebilecektir. Yine müdahil, yanında yer aldığı tarafın davayı ağır kusuruyla ya da kasti olarak iyi yönetmediği iddiasını ispatlayabildiği ölçüde müdahalenin kendisine olumsuz etkilerinden kurtulabilir.<sup>28</sup>

Son olarak; müdahalenin etkisinin usul ekonomisi gereğince ve çelişik kararların önlenmesi amacıyla mahkemece kendiliğinden dikkate alınması yerinde olacaktır.<sup>29</sup>

## II. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARIN DAVAYA KATILMASI

Fer'i müdahale kurumunu idari yargılama hukuku yönünden değerlendiren geniş kapsamlı bir çalışma Türk hukukçularınca yapılmış değildir. İYUK'nun da doğrudan HUMK'ya atıf yaptığı bir kurum olması nedeniyle idari yargılama hukuku literatüründe fer'i müdahale, medeni yargılama hukuku literatürüne ve yargı kararlarına yapılan atıflarla incelenmiştir. Özellikle, Pekcanitez'in "Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale" adlı çalışmasında İdari Yargılama Hukuku yönünden yapılan değerlendirme idare hukukçularının konuya ilişkin değerlendirmelerinden daha kapsamlıdır.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, *a. g. e.*, s. 200; Üstündağ, *a. g. e.*, s. 379-381; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, *a. g. e.*, s. 170.

<sup>29</sup> Pekcanitez, *a. g. e.*, s. 194-195.

<sup>30</sup> Pekcanitez, "Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan" da da fer'i müdahilin temiz hakkına ilişkin bir Danıştay kararını "Fer'i Müdahale" eserine koşut biçimde

## A. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA FER'İ MÜDAHALE

İdari davalar yönünden, “*hakki veya borcu tam yargı davasının sonucuna bağlı olan veya iptal davasına konu olan kararın aynen kalmasında ya da iptalinde yararı olan üçüncü kişi, kazanmasında yararı olan taraf yanında davaya katılabilir*”<sup>31</sup> ise de, idari yargılamada fer’i müdahale genellikle iptal davasında, davalı idarenin yanında katılma şeklinde görülür.<sup>32</sup>

Fer’i müdahalenin koşulları idari davalar yönünden değişiklik göstermez. Fer’i müdahalenin gerçekleşmesi için, taraf ve dava ehliyetine haiz üçüncü kişinin, görülmekte olan bir idari davaya, davaya katılmakta hukuki yararı bulunmasından dolayı katılmayı talep etmesi gerekir. Üçüncü kişinin hukuki yararının varlığı bu talep üzerine mahkemece res’en değerlendirilir. Danıştay’ın, tam yargı davalarında müdahale için aradığı “*müdahilin hak ve borcu, görülmekte olan davanın sonuçlarına bağlı olmalıdır*” koşulunu kimi zaman iptal davalarını da kapsayacak biçimde genişletme eğilimi<sup>33</sup> öğretide haklı olarak eleştirilmiş, iptal davaları yönünden müdahilin davaya katılmada “*sadece kişisel menfaatinin varlığı*” yeterli görülmüştür.<sup>34</sup>

Öğretiye ve düzenli Danıştay içtihadına göre medeni yargılama hukukunda olduğu gibi idari yargıda da, kanun yoluna başvurulmuş olan davalarda müdahale talebi kabul görmeyecektir.<sup>35</sup> Ancak Danış-

---

ayrıntılı şekilde değerlendirmiştir. (Hakan Pekcanitez, “İdari Yargıda Fer’i Müdahil Hükmü Tek Başına Temyiz Edebilir mi? (Karar Tahlili)”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, DEÜ Yay., İzmir 2001, s. 591-601).

<sup>31</sup> Pekcanitez, Medeni Usul Hukukunda Fer’i Müdahale, s. 206.

<sup>32</sup> Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C:III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1958; A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C:II, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş bası, Ankara 2003, s. 853; A. Şeref Gözübüyük/Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü*, Turhan Kitabevi, 2. bası, Ankara 2001, s. 748.

<sup>33</sup> “Müdahale talebinde bulunanların dava konusu garajı, kapatma kararı üzerine tahliye ettikleri binnetice hak veya borçlarının bu davanın neticesine bağlı bulunmadığı anlaşıldığından, vaki müdahale talebinin. . . reddine karar verildi.” D. 8. D, 1962/1259E. KT. 27. 12. 1962 (aktaran Gözübüyük/Tan, a. g. e., s. 855).

<sup>34</sup> Gözübüyük/Tan, a. g. e., s. 854; Gözübüyük/Dinçer, a. g. e., s. 749.

<sup>35</sup> Pekcanitez, *Medeni Usul Hukukunda Fer’i Müdahale*, s. 206-207; Gözübüyük. -Tan, a. g. e., s. 853; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargıda Kanun Yolları (Kararlara Karşı Başvuru Yolları)*, Seçkin Yay., Ankara 2002, s. 117; “... isimli şahıs, hacz edilen malların kendisine satıldığı halde satış işleminin iptaline ilişkin davaya dahil edilmediğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemekte ise de; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinde, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda üçüncü şahısların davaya katılması konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun

tay, ilk derece mahkemesince müdahale talebi kabul edilmeyen üçüncü kişinin yargılama sonunda verilecek kararı bu yönden temyiz etmesini ve bu aşamada müdahil olmasını kabul etmiştir.<sup>36</sup> Uygulayıcılar Coşkun ve Karyağdı'nın ortak eserinde ise kanun yollarına başvurulduğu sırada dahi davaya müdahalenin olabileceği İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun bir kararına dayanılarak belirtilmektedir. Bu durumda, katılma talebinin kabul edildiği andan itibaren müdahil yargılama sürecinin bir parçası olacaktır.<sup>37</sup>

Katılma talebi, dava dilekçesinde yer alması gereken unsurları, katılma gerekçelerini ve hangi taraf yanında katılmak istenildiğini içeren

---

54. maddesinde de, müdahale talebinin mahkeme bitinceye kadar dermeyan olunabileceği hükme bağlanmış olup, temyiz aşamasında müdahale isteminde bulunamayacağı açık olduğundan bu yoldaki istemin reddine karar verildi. " D3. D. 1990/2307E., 1990/3629K., KT. 27. 12. 1990, karara muhalif kalan üyeler İYUK 20. maddesi gereği "kendiliğinden araştırma ilkesi"nin geçerli olduğu idari yargılama alanında yargılamanın her safhasında müdahale isteğinin kabul edilmesinin gerekli olduğunu savunmuşlardır. (Çevrimiçi) www. danistay. gov. tr 10. 08. 2007; "Temyiz aşamasında katılma isteminde bulunulamayacağı gerekçesiyle, yapılan katılma isteğinin reddine" ilişkin, temyiz isteminin esasının karara bağlanmasından önce verilen 07. 04. 2004 tarihli karar D. 7. D. 2004/1547E. (aktaran: Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2005, s. 715).

<sup>36</sup> "...Davaya katılma isteminin reddine ilişkin karar mahkemece verilmiş, nihai karar niteliğinde olmadığından temyizen incelenme olanağı yoktur. Ancak nihai kararda davaya taraf olma isteminin reddine ilişkin bir hüküm hulunması durumunda, katılma isteminde bulunan tarafın nihai kararı bu hüküm yönünden temyiz edilebileceği gibi, temyiz aşamasında davaya katılma isteminde bulunabilir..." D. 8. D. 1992/1530E., 1993/1917K., KT. 04. 5. 1993 (Çevrimiçi) www. kazanci. com. tr 10. 08. 2007.

<sup>37</sup> Sabri Coşkun/Müjgan Karyağdı, *İdari Yargılama Usulü, Örnek İçtihatlar-Yorumlar*, Seçkin Yay., Ankara 2001, s. 112, 503. Yazarlar, D. 8. D. 'nin 16. 06. 1999 tarihli ve 1998/892E., 1999/3961K. numaralı kararının İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'ndaki 1999/856E. numaralı temyiz incelemesi sırasındaki müdahale talebinin kabul edildiğini belirtmektedir. Her ne kadar 8. Dairenin kararına internet ve yazılı kaynaklar yoluyla ulaşmak mümkünse de bahsi geçen Genel Kurul kararına ulaşılamamıştır. Aynı konuda, bir diğer ayrık karar: "Başkan Kemalettin Ertun ile Üye Cahit Ersen'in (katılmak isteyenlerin esas davada katılma isteminde bulunmaması nedeniyle, kararın düzeltilmesi aşamasında katılma isteminin kabulünün ancak; kararın düzeltilmesi isteği uygun görülerek karar ortadan kaldırıldıktan sonra davanın esasının yeniden incelenmesi halinde mümkün olduğu, aksi takdirde kararın düzeltilmesi safhasında yapılan katılma isteminin reddi gerekir) şeklindeki ayrışık oylarına karşılık ve oyçokluğuyla katılma isteği kabul edildikten sonra işin esasına geçildi..." (aktaran Zehreddin Aslan/Kahraman Berk, *İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar*, Alfa Yay., Güncellenmiş 4. basım, İstanbul 2006, s. 462).

bir dilekçe ile mahkemeye bildirilir.<sup>38</sup> Mahkemenin müdahale talebi hakkında herhangi bir karar vermeden esasa ilişkin karar vermesi ya da müdahale talebini taraflara tebliğ etmeden kabulü Danıştay'a göre bozma nedenidir.<sup>39</sup> Coşkun ve Karyağdı, Danıştay'ın internetten ya da diğer yazılı kaynaklardan ulaşılabilen kararlarının aksine idari yargı yerlerinin, müdahale talebini taraflara tebliğ etmeden inceleyerek karara bağlamasının çeşitli durumlarda mümkün olduğunu; üçüncü kişinin dava ile ilgisinin açık biçimde varlığı ya da yokluğu halinde veya yargılamanın sonuna gelmişken müdahale talebinin taraflara tebliğinin davayı gereksiz yere uzatmaktan öte geçmeyeceği hallerde taraflara bildirilmeden idari yargı yerince müdahale talebi hakkında karar verilebileceğini belirtmektedir.<sup>40</sup> Yazarlar bu görüşün "dava ekonomisi kavramı"na dayanan bir içtihat olduğunu belirtmekteyse de referans bir yargı kararından bahsetmemişlerdir. Biz de çalışmamız

<sup>38</sup> Gözübüyük-Tan, *a. g. e.*, s. 855.

<sup>39</sup> "Dosyanın incelenmesinden; . . . İli, . . . Köyünde bir kısım arazinin bina yapılması amacıyla parsel olarak belirlenmesine ilişkin Köy Yerleşim Komisyonu işleminin iptali istemiyle açılan davada, yargılama sürerken 21. 5. 2001 tarihinde . . . İdare Mahkemesi kayıtlarına giren dilekçe ile . . . vekili Av. . . . tarafından müdahale talebinde bulunulduğu, idare mahkemesince müdahale talebi hakkında herhangi bir karar verilmeden esas hakkında karar verildiği anlaşıldığından usul hükümlerine uyulmadan verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır..." D. 8. D. 2002/2476E., 2003/1905K. KT. 24. 04. 2003 (Çevrimiçi) www. danistay. gov. tr 10. 08. 2007; ". . . Genel Müdürlüğü'nün davada taraf olma isteğini kapsayan dilekçesi, davalıya gönderildiğine göre, mahkemece, istemin kabulü veya reddi yolunda bir karar verilmesi gerekirken, böyle bir karar verilmeden davanın karara bağlanmasında usul kurallarına uyarlık bulunmamaktadır." D. 8. D. 1190/817E., 1991/617K. KT. 28. 03. 1991 (Çevrimiçi) www. kazanci. com. tr 10. 08. 2007; "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin 1. fıkrasında üçüncü kişilerin davaya katılmasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun uygulanacağı hükme bağlanmış, anılan hükümle yollamada bulunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 54. maddesinde katılma dilekçesinde her iki tarafa da tebliğ edileceği, aynı yasanın 55. maddesinde iki taraftan birinin katılma istemine itiraz edebileceği ve itirazların hakim tarafından karara bağlanacağı, 56. maddesinde ise katılma isteminin kabulü halinde katılanın davayı izleyebileceği öngörülmüştür.

Olayda dava konusu inşaat ruhsatlarının sahibi . . . in 22. 8. 1983 günlü dilekçe ile davaya katılma isteğinde bulunduğu, katılma dilekçesinin davanın taraflarına tebliğ edilmeksizin 24. 8. 1983 gününde katılma isteğinin kabul edildiği ve aynı gün davanın süre yönünden reddedildiği dava dosyasının incelenmesinden anlaşılması olup, katılma isteminin incelenmesinde ve kabulünde yukarıda değinilen yasa kurallarının öngörülmediği usul izlenmeksizin karar tesis edildiği açıktır." D. 6. D. 1983/1415E., 1983/4428K., KT. 30. 12. 1983 (Çevrimçi) www. danistay. gov. tr 10. 08. 2007.

<sup>40</sup> Coşkun/Karyağdı, *a. g. e.*, s. 112-113.



için taradığımız kaynaklarda bu türden bir kararla karşılaşmadık. Öğretide Erkut da müdahale talebinde bulunan üçüncü kişinin menfaati açıkça ortadaysa, yargılama sürecine ara verilmeden müdahale talebinin kabul edilmesinin ve hakim tarafından gerekli görülürse karşı tarafa müdahale talebi hakkındaki beyanlarının sorulmasını ve böylece mevcut uygulamaya göre yargılama süresinde 6-7 haftalık bir tasarruf sağlanacağını belirtmektedir.<sup>41</sup> Sürekli bir yakınma konusu haline gelen yargının ağır işleyişi sorunu karşısında bu yaklaşımlar dikkat çekicidir.

Müdahale talebi mahkemece kabul edilen üçüncü kişi medeni yargılama hukukunda olduğu gibi davaya taraf olmadan, davaya yanında katıldığı tarafa yargılama sürecinde yardımcı olur. Müdahil davaya katılmasından önceki işlemlerle bağlıdır, bu işlemlere itiraz edemez, tarafa ancak davaya katılmasından sonraki işlemlerde yardımcı olabilir.<sup>42</sup>

Davanın asıl tarafı yararına usuli işlemleri yapabilecek olan müdahilin asıl tarafın yararına olmayan işlemleri yapamayacağı kabul edilir. Müdahil, yanında davaya katıldığı taraftan bağımsız hareket edemez.<sup>43</sup> Koşut olarak; öğretinin bir bölümü ve yaygın Danıştay içtihadı, müdahilin asıl tarafın talebi olmadan, yürütmeyi durdurma kararının kaldırılmasını talep edemeyeceği yahut tek başına temyiz (ya da diğer kanun yollarına başvuru) talebinde bulunamayacağı görüşündedir.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Celal Erkut, "İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu", Danıştay 2001 Yılı İdari Yargı Sempozyumu'na sunulan bildiri (Çevrimiçi) www. danistay. gov. tr 10. 08. 2007.

<sup>42</sup> Onar, a. g. e., s. 1959; Gözübüyük-Tan, a. g. e., s. 855.

<sup>43</sup> "Katıldığı tarafla birlikte hareket etmek zorunda olan müdahilin, katıldığı taraf olan davalı idarenin bu konuda isteminin bulunmaması sebebiyle, isteminin yerinde görülmediği" hakkında D. 6. D. 1994/2278E., 1994/3246K., KT. 27. 09. 2004 (aktaran Candan, a. g. e., s. 715); "Müdahilin, katıldığı tarafla birlikte hareket etmek zorunda olduğu; onun durumunu ağırlaştıramayacağı; onun yapmadığı yargısal işlemleri yapamayacağı, istekte bulunamayacağı; dolayısıyla taraf olmayan müdahilin davadan feragatinin hukuki sonuç doğurmayacağı" hakkında D. 6D. 1991/3217E, 1992/1383K., KT. 31. 03. 1992 (aktaran Candan, a. g. e., s. 715).

<sup>44</sup> Zehra Odyakmaz, *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Alfa Yay., İstanbul 1993, s. 73; Gözübüyük-Tan, a. g. e., s. 855; Gözübüyük/Dinçer, a. g. e., s. 750; Çağlayan, a. g. e., s. 61, s. 117; Candan, a. g. e., s. 715-716; Kuru, a. g. e., s. 473; "Dairemizin . . . sayılı kararının yargılamanın yenilenmesi yoluyla yeniden incelenmesini isteyen . . . davada davalı idarenin yanında davaya katılmış olduğundan ve davalı İstanbul Belediye Başkanlığının bu konuda bir isteği bulunma-

Ancak, yargılama sonunda müdahil hakkında hüküm verilmesi halinde, müdahilin hükmün kendisine ilişkin kısmını tek başına temyiz etmesi mümkün olmalıdır.

Müdahilin tek başına kanun yollarına başvurabileceği görüşü öğretide kabul görmekte ve “*olması gereken*” şeklinde nitelenmekteyse de Danıştay’ın bu yöndeki kararları ayrıksıdır.<sup>45</sup> Bu görüşü savunan

---

dığından yukarıda değinilen yasa hükümleri uyarınca yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine karar verildi. ” D. 6. D. 1983/1050E., 1983/2974K, KT. 30. 09. 1983 (Çevrimiçi) [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr) 10. 08. 2007; “Dosyanın incelenmesinden, İdare Mahkemesi kararını temyiz edenin davada taraf olmayıp davalı Belediye Başkanlığı yanında davaya katıldığı ve davanın taraflarınca da anılan mahkeme kararı temyiz edilmediği anlaşıldığından temyiz isteğinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 14. maddesinin 3/C bendi delaletiyle 15. maddesinin 1/b bendi gereğince ehliyet yönünden reddine...” D. 6. D. 1986/1223E., 1986/954K., KT. 13. 11. 1986 (Çevrimiçi) [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr) 10. 08. 2007; “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesinde üçüncü kişinin davaya katılması halinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun uygulanacağı öngörülmüş, anılan hükümle göndermede bulunulan Kanunun 57. maddesinde ise davaya katılanın katıldığı tarafla birlikte hareket edeceği kurala bağlanmış olduğundan, müdahilin, İdare Mahkemesi başkanının reddine ilişkin isteminin, davanın esasının kara bağlanmasından sonra yapılmış olması nedeniyle incelenmeksizin reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozulması isteminin davalı idarece bu yolda bir istemde bulunulmaması olması nedeniyle incelenme olanağı bulunmamaktadır. ” D. 6. D. 1991/2542E., 1992/1367K., KT. 31. 03. 1992 (Çevrimiçi) [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr) 10. 08. 2007; “Müdahilin, davaya katıldığı tarafın yanında hareket etmesi gerektiği; tek başına kararın düzeltilmesi başvurusunda bulunamayacağı” hakkında D. 11. D. 2003/3720E., 2004/896K., KT. 24. 02. 2004 (*Danıştay Kararlar Dergisi* Yıl:3, Sayı:6, Ankara 2005, s. 296).

<sup>45</sup> “Yasanın verdiği bu haktan yararlanabilmek için yargılama sırasında davaya katılmak isteyen kişinin yargı yerine başvurmuş olması ve yargı yerince de katılmanın kabul edilmiş olması gerekir. Bu kurallara göre davaya katılan kişilerin, verilen yargı kararları çıkarılmaları ilgilendirdiğinden bu kararların temyizen incelenmesini isteme hakları bulunduğu yargı yeri içtihatları ile kabul edilmiştir. 2577 sayılı yasanın yargı kararlarının temyizen incelenmesine ilişkin 46. maddesi, yasanın kararlara karşı başvuru yolları “başlıklı üçüncü bölümünde yer almıştır. Yasanın sistematikğine göre bu yasal yol yalnızca davada taraf olanlara tanınmış olduğu açıktır. Buna göre davada taraf olmayan yada yargı içtihatlarında kabul edildiği gibi davaya katılma istemi kabul edilmeyen kişilerin yargı kararlarına karşı bu yasal yola başvurma olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle uyuşmazlık konusunda karar veren İdare Mahkemesi kararında taraf olmayan ve davaya katılma isteminde de bulunmadığı anlaşılan Köy Muhtarlığının yukarıda anılan yasa kuralları nedeniyle idare mahkemesi kararının temyizen incelenmesini isteyebilme olanağı da bulunmamaktadır...” D. 8. D. 1991/715E., 1991/997K., KT. 27. 05. 1991 (Çevrimiçi) [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr) 10. 08. 2007; D. 8. D. 1992/2953E, 1993/3867K, KT. 25. 11. 1993 (aktaran Erkut, a. g. e.)

Onar'a göre, taraf yararına olmak kaydıyla müdahilin tek başına kanun yollarına başvurması mümkündür.<sup>46</sup> Erkut da idari yargılama hukukunda, HUMK'da olduğu gibi müdahilin yargılamaya katılımını yanında katıldığı tarafın iradesiyle sınırlamanın idari yargılamanın kendine özgü nitelikleriyle bağdaşmayacağı düşüncesindedir.<sup>47</sup>

Konuya ilişkin monografilerinde Pekcanitez ve Berk de müdahilin idari yargılama hukukunda tek başına temyiz hakkının varlığını savunmaktadır. Medeni yargılama hukukunda da müdahilin tek başına temyiz hakkını savunan Pekcanitez, idari yargılama alanında bunun öncelikle olması gerektiğini, iptal davasında davalı idare yanında katılan üçüncü kişinin haklarının dava sonucundan medeni yargılama hukukundaki müdahile göre daha çok etkilendiğini söylerken idari yargılama hukukunda hakimın kendiliğinden davayı ihbar ettiği üçüncü kişinin medeni yargılama hukukunda tarafların ihbarı ile davaya katılabilen üçüncü kişiden daha geniş yetkilere sahip olması gerektiğini; aksi halin idari yargılamada geçerli olan kendiliğinden araştırma ilkesi ile bağdaşmadığı gibi Anayasanın "*Hak Arama Hürriyeti*" başlıklı 36.maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "*Dürüst (Adil) Yargılama*" başlıklı 6.maddesine aykırı olduğunu vurgulamaktadır.<sup>48</sup> Berk de tarafların yargı faaliyetinden tam tatmini için ilk derece mahkemesince verilen kararın denetlenmesi gerektiğini; bunun da ancak kararın üst yargı organı önüne götürülmesi ile mümkün olacağını belirtmekte ve üst yargı organının resen denetim yapmasının mümkün olmadığı ve idari işlemin hukuka uygunluğunun denetlendiği yargı sisteminde hukuk devletinin gereği olarak müdahilin tek başına temyiz yoluna başvurması gerektiğini savunmaktadır.<sup>49</sup>

Davaya bakan mahkeme, fer'i müdahili de, taraflar gibi, yargılama sürecinden haberdar eder, duruşmalara çağırır ancak müdahil hakkında yalnız yargılama giderleri yönünden hüküm verilebilir, esasa ilişkin hüküm taraflar hakkında verilir.<sup>50</sup> Bununla birlikte kararda müdahile,

<sup>46</sup> Onar, *a. g. e.*, s. 1960.

<sup>47</sup> Erkut, *A. g. e.*

<sup>48</sup> Pekcanitez, "İdari Yargıda Fer'i Müdahil Hükümü Tek Başına Temyiz Edebilir mi? (Karar Tahlili)", s. 591-601.

<sup>49</sup> Kahraman Berk, "İdari Yargıda Müdahilin Temyiz Hakkı", *İstanbul Barosu Dergisi*, C:74, Sayı:10-11-12, İstanbul 2000, s. 1130.

<sup>50</sup> Pekcanitez, *Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, s. 208; Gözübüyük-Tan, *a. g. e.*, s. 855-856; Gözübüyük-Dinçer, *a. g. e.*, s. 750.

iddia ve savunmalarına da yer verilmesi gerekir.<sup>51</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, davaya katılmasına karar verilen müdahile kararda yer verilmemesini bozma nedeni olarak kabul etmiştir.<sup>52</sup>

## B. FER'İ MÜDAHALE UYGULAMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE ELEŞTİRİLER

Yargılama usulleri ve bu usullerle çözüme bağlanacak uyuşmazlıklar birbiriyle yakın ilişki içindedir. Medeni yargılama hukuku, özel hukuk alanında, tarafların öznel haklarının çatıştığı uyuşmazlıkların çözümünde uygulanır. İdari yargılama hukuku ise İdarenin hukuka uygunluğunun yargı yolu ile denetlenmesinde uygulanır ve öznel hakların korunması amacına değil idarenin hukuka uygunluğunun sağlanması ile kamu yararının gerçekleşmesine hizmet eder.<sup>53</sup>

Doğrudan kamu yararının gerçekleşmesi amacına hizmet eden idari yargılama hukukunda “kendiliğinden araştırma ilkesi” geçerlidir ve hakim medeni yargılama hukukuna göre daha etkin bir konumdadır. İYUK’un 20. maddesinde düzenlenen bu ilkeye göre, medeni yargılama hukukundan farklı olarak, mahkeme, davadaki vakıaları ve delilleri kendiliğinden araştırır. Medeni yargılama hukukunda ise delilleri taraflar toplar ve mahkemeye sunar.

Bu iki yargılama hukukunun birbirinden ayrışık yapısına karşın Türk Hukuku’nda idari yargılama hukuku alanında medeni hukuk yargılamasına atıf yapılmıştır. Yapılan bu atıfla birlikte HUMK’da düzenlenen kimi kurumlar idari yargılamanın özellikleri dikkate alınarak

<sup>51</sup> Candan, *a. g. e.*, s. 716.

<sup>52</sup> “... Özel Sağlık ve Eğitim Hizmetleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin kararın sonucu ile ilgisi bulunduğu kabul edilerek davaya davalı idare yanında katılmasına karar verilmeyle birlikte, kararda yer verilmediğinden adı geçen müdahilin kararın kendisine tebliği ile karardan bilgi sahibi olmak ve dolayısıyla davalı idare ile birlikte hareket etmek iradesini kullanmak suretiyle kararı temyiz etmek hakkını kullanmaktan mahrum bırakılmış olması nedeniyle kararda usule uygunluk bulunmamaktadır.” DİDDGK 2003/512E, 2003/738K, KT. 16. 10. 2003 (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr 10. 08. 2007.

<sup>53</sup> Metin Günday, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun İdari Yargıda Uygulanma Alanı”, Danıştay 2001 Yılı İdari Yargı Sempozyumuna sunulan bildiri (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr, 10. 08. 2007; Erkut, A. g. e; Yaşar Eroğlu, “Danıştay Kanunu’yla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Danıştay’da Uygulanışı”, *Danıştay Dergisi*, Yıl:3, Sayı:8, Ankara 1973, s. 24.

idari yargı alanında uygulanırken fer'i müdahalenin de dahil olduğu kimi kurumlar idari yargılamanın özellikleri dikkate alınmadan uygulanmaktadır.

HUMK'nın " *taraflarca hazırlama ilkesi*"ne göre düzenlenen fer'i müdahale kurumunun, idari yargılamanın kendine özgü özellikleri dikkate alınmadan HUMK'da düzenlendiği haliyle idari yargı kurumlarınınca uygulanması idari yargıda sağlıklı bir yargılama sürecine neden olmakta, dolayısıyla kamu yararının gerçekleşmesinde sıkıntılar doğmaktadır.

Fer'i müdahale kurumuyla dava dışı üçüncü kişinin, davada verilecek hükümden olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmesi ve hukuki yararının korunması amaçlanır. Üçüncü kişi hukuki yararının korunması için -taraf sıfatı olmadan- davada taraflardan birine yardımcı olur. Ancak bu durumdayken hukuki yararını koruması sınırlı biçimde mümkün olacaktır. Davada asıl korunan hukuki yarar, doğal olarak tarafların hukuki yararlarıdır. Müdahil davaya etkisi ölçüsünde hukuki yararını koruyabilecektir.

İdari yargı alanında, özellikle iptal davalarında verilen kurucu hükümlerin davanın tarafları dışındaki üçüncü kişileri etkilemesi sıklıkla mümkündür. Örneğin bir memurun kendi yerine yapılan atama işlemini dava etmesi halinde İYUK'ya göre söz konusu davaya, yeni atanan memurun davalı idare yanında müdahil olması ya da idarenin vermiş olduğu ruhsatın iptalinin dava edilmesi halinde ruhsat sahibinin davalı idare yanında davaya müdahil olması mümkündür. Fakat bu kişilerin müdahil olarak kendi hukuki yararlarını ne ölçüde koruyabilecekleri şüphelidir. Tarafa bağımlı hareket edebilen, taraf lehine işlemleri dahi tek başına yapamayan müdahilin doğrudan kendi hukuki yararını ilgilendiren benzer durumlardaki aczi idari yargılama hukuku yönünden fer'i müdahaleyi tartışmalı hale getirecektir.<sup>54</sup>

Günday'a ve Candan'a göre fer'i müdahaleye ilişkin HUMK hükümlerinin idari yargı alanında uygulanmasına gerek yoktur. Fer'i müdahale ile medeni yargılama alanında pasif durumdaki mahkemenin de dava dışı üçüncü kişilerin haklarının korunmasına yardım etmesi amaçlanmıştır. Oysa idari yargı alanında "*res'en araştırma ilkesi*" nedeniyle mahkeme zaten etkindir.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Pekcanitez, *Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, s. 208-210.

<sup>55</sup> Günday, *a. g. e;* Candan, *a. g. e.*, s. 714.

Buna karşın idari yargılama alanında fer'i müdahale kurumundan vazgeçilmeyecekse HUMK'a atfı yerine konu idari yargının özelliklerine göre yeniden düzenlenmeli ve müdahale talebi hakkında tarafların görüşü alınmadan mahkeme kendiliğinden karar vermelidir. Ayrıca, idarenin etkin denetiminin sağlanması amacıyla koşut olarak müdahilin, tarafın istem sonucunu değiştirmeden, ondan bağımsız hareket etmesine olanak tanınmalıdır.<sup>56</sup>

## SONUÇ VE ÖNERİLER

İYUK'nun HUMK hükümlerine atfı yaptığı 31.maddesinde "üçüncü şahısların davaya katılması" hali olarak düzenlenen ve HUMK'nun 53. ila 58. maddelerinde "Üçüncü Şahsın Müdahalesi" başlığında karşılığını bulan "fer'i müdahale" tipik bir medeni yargılama hukuku kurumdur.

İdari yargılama hukuku öğretisinde gerekliliği sorgulanan fer'i müdahale kurumunun idari yargılama hukukunun kendine özgü yönleri dikkate alınarak idari yargı yerleri tarafından uygulanması ya da İYUK'un 31. maddesinin yasakoyucu tarafından idari yargının özellikleri doğrultusunda yeniden düzenlenerek daha işlevsel kılınması halinde idari yargılama alanında gerekliliğine ilişkin tartışmaların son bulacağı ve idari yargı faaliyetine katkı sağlayacağı açıktır.

Eleştirilerin yoğunlaştığı "müdahilin kanun yoluna taraftan bağımsız olarak başvurmaması" sıkıntısının 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 242. maddesindeki (Katılanın Kanun yoluna Başvurması) gibi müdahile kanun yoluna başvuru imkanı veren açık bir hükümlerle çözümlenmesi mümkün gözükmemektedir.

Yine, Pekcanitez'in, idari yargı alanında fer'i müdahale ve ihbar kurumları yerine Almanya'da ve İsviçre'de idari yargıya özgü bir kurum olarak uygulanan "Beiladung-üçüncü kişinin daveti"ne ilişkin önerileri dikkate değerdir. Bu usulde, dava sonunda hükümden etkilenen olan üçüncü kişi tarafların isteği ile ya da mahkemece kendiliğinden, davaya katılmaya davet edilir ve daveti kabul etmese dahi yargılama sonunda verilecek hükümlerle -taraflar gibi- bağlıdır. Burada da üçüncü

<sup>56</sup> Berk, a. g. e., s. 1130; Günday, a. g. e.; Erkut, A. g. e.; Zehra Odyakmaz, "İdari Yargı ile İlgili Öneriler", Danıştay 2001 Yılı İdari Yargı Sempozyumuna sunulan bildiri (Çevrimiçi) www. danistay. gov. tr, 10. 08. 2007.

kişi taraf sıfatını kazanmaz ancak fer'i müdahilden farklı olarak davayı takip etmede usuli işlemlerle sınırlı da olsa geniş yetkilere sahip olur. Yine, fer'i müdahilden farklı olarak taraflardan birine bağlı olmadığı gibi tarafların işlemleri üzerinde söz sahibi değildir ve dava konusu üzerinde tasarrufta bulunamaz. Bunun yanında kendiliğinden hakimi reddedebilir, hakkında işleyecek süreler taraflarinkinden bağımsızdır. Taraflardan bağımsız olarak ve onların aksine kanun yoluna başvurusu mümkündür. Ancak yine de hukuki olarak davayı kazanmasında hukuki yararı olan tarafın yanında yer alır.<sup>57</sup>

Kanımızca, "Beiladung-üçüncü kişinin daveti" kurumu, idari yargılama alanında fer'i müdahale uygulamalarının doğurduğu sıkıntıları aşmada diğer önerilerden daha kalıcı biçimde öne çıkmaktadır.

#### KAYNAKÇA

- Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Yıldırım Deren, Nevhis, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Alkım Yay., 4.bası, İstanbul 2004.
- Aslan, Zehreddin/berk, Kahraman, *İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar*, Alfa Yay., Güncellenmiş 4. basım, İstanbul 2006.
- Aybay, Rona-Dardağan, Esra, *Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, Aybay Yay., İstanbul 2001.
- Berk, Kahraman, "İdari Yargıda Müdahilin Temyiz Hakkı", *İstanbul Barosu Dergisi*, C:74, Sayı:10-11-12, İstanbul 2000, s. 1130.
- Candan, Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2005.
- Çağlayan, Ramazan, *İdari Yargıda Kanun Yolları (Kararlara Karşı Başvuru Yolları)*, Seçkin Yay., Ankara 2002
- Danıştay Kararlar Dergisi*, Yıl:3, Sayı:6, Ankara 2005, s. 296.
- Erkut, Celal, "İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu", *Danıştay 2001 Yılı İdari Yargı Sempozyumuna sunulan bildiri (Çevrimiçi)* www.danistay.gov.tr, 10.08.2007.
- Eroğlu, Yaşar, "Danıştay Kanunu'yla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Danıştay'da Uygulanışı", *Danıştay Dergisi*, Yıl:3, Sayı :8, Ankara 1973, s. 24.

<sup>57</sup> Pekcanitez, *Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, s. 211

- Gözübüyük, Şeref A./Dinçer, Güven, *İdari Yargılama Usulü*, Turhan Kitabevi, 2.bası, Ankara 2001
- Gözübüyük, Şeref A./Tan, Turgut, *İdare Hukuku C: II*, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş bası, Ankara 2003.
- Günday, Metin “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun İdari Yargıda Uygulanma Alanı”, Danıştay 2001 Yılı İdari Yargı Sempozyumuna sunulan bildiri [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr), (Çevrimiçi, 10.08.2007).
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C: IV, Demir Demir Yay., 6.bası, Ankara 2001.
- Nedimoğlu, Ruhi, “Danıştay’da Görülen Davalarda Katılma”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:1976, Sayı:1, s. 67-69.
- Odyakmaz, Zehra, *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Alfa Yay., İstanbul 1993.
- Odyakmaz, Zehra, “İdari Yargı İle İlgili Öneriler”, Danıştay 2001 Yılı İdari Yargı Sempozyumuna sunulan bildiri [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr), (Çevrimiçi, 10.08.2007).
- Onar, Sami Sıdık, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C: III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- Pekcanitez, Hakan, *Medeni Usul Hukukunda Fer’i Müdahale*, DEÜ Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 1992.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yay., 3. bası, Ankara 2004.
- Pekcanitez, Hakan, “İdari Yargıda Fer’i Müdahil Hükmü Tek Başına Temyiz Edebilir mi? (Karar Tahlili)”, *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan*, Dokuz Eylül Üniv. Yay., İzmir 2001, s.591-601.
- Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, Nesil Matbaacılık, Gözden geçirilmiş 7. bası, İstanbul 2000.
- [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr), (Çevrimiçi, 10.08.2007)
- [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Çevrimiçi, 10.08.2007)



# AMERİKAN, İTALYAN VE FRANSIZ HUKUKLARIYLA KARŞILAŞTIRMALI OLARAK KUSURUN KABULÜ\*

Prof. Dr. Jean PRADEL\*\*  
Çev.: Zeynel T. KANGAL\*\*\*

“Kusurun kabulü” (*plaider coupable; plaidoyer de culpabilité*) ifadesi, sözcüğe sıkı sıkıya bağlı kalınarak yorumlandığında oldukça belirsizdir. Tamamen sade bir anlatımla, sanığın kusurunu kabul ederek savunma yapması anlamına gelmektedir. Anglo-Saksonlar *guilty plea*’dan söz etmektedirler. Her çağda sanıklar, gerek koşulları göz önünde bulundurarak başka türlü yapamayacakları için, gerek vicdan azabından kurtulmak istedikleri için –Katolik öğretisi günah çıkarma erdemini öğretmekte; buna, ikrarda “kendini cezalandırma”yı gören psikanalistler itiraf etme gereksinimini eklemektedirler,<sup>1</sup>– nihayet gerekse hâkimin veya jürinin acımasını cezbetmek, böylece doğrudan dile getirmeden indirimli bir ceza elde etmeyi istedikleri için suçlarını kabul etmekteydiler.<sup>2</sup>

Oysa “kusurun kabulü” ifadesinin ikinci bir anlam ihtiva etmesi –bir ceza indirimi umudu– bu açıdandır. İfade, bu defa amaca uygun olarak yorumlandığında, savcılık ile failin indirimli bir ceza konusun-

---

\* 11 Nisan 2005 tarihinde Danıştay’da Karşılaştırmalı Hukuk Derneği’nin genel kurulunun sonunda Prof. Dr. Pradel tarafından verilen konferansın gözden geçirilmesine dayanan bu makale, “*Le plaider coupable confrontation des droits américain, italien et français*” başlığıyla RIDC (Revue internationale de droit comparé) 2005, s. 473-491’de yayımlanmış olup, yazarın izniyle tercüme edilmiştir.

\*\* Fransa Poitiers Üniversitesi Hukuk Fakültesi emekli öğretim üyesi.

\*\*\* Av. Dr., İstanbul Barosu.

<sup>1</sup> Th. REIK, *Le besoin d’avouer*, 1973, Paris, Payot, s. 208.

<sup>2</sup> İngiltere’de, kusurunu kabul eden sanık cezanın % 30 indiriminden otomatik olarak yararlanmaktadır. Üstelik bu durum, sanık üzerinde bir baskı uygulayabilmektedir. Bkz. J. Spencer, *La procédure pénale anglaise*, coll. “Que sais-je?”, PUF, 1998, s. 84.

da anlaşmasını –bu husus Fransa’da vergi ve gümrük uzlaşmasını hatırlatmaktadır– ve bu anlaşmanın hâkime sunulmasını düşündürmektedir. Taraflar arasında bir anlaşmanın yapılması ve resmi onaylama amacıyla bir hâkimin görevlendirilmesi, ifadenin ikinci anlamında kusurun kabulünün iki kurucu unsurudur.<sup>3</sup> Anglo-saksonlar için basit *guilty plea*, biraz onun doğal çocuğu olan ve üstelik konusu çok geniş olarak anlaşılan *plea bargaining* biçimini almaktadır. Gerçekten ABD’li hukukçular, *charge bargaining* (tavsifin azaltılması; örneğin failin silâhli hırsızlık suçunu işlemesine karşın, basit hırsızlıktan dolayı takibat yapılması), *count bargaining* (iddia makamı tarafından bazı iddia nedenlerinden vazgeçilmesi; örneğin üç hırsızlıktan yalnızca yakalanan ve kabul edilen hırsızlıktan dolayı takibat yapılması) ve *sentence bargaining* (iddia makamının daha hafif bir hükmü talep edeceği vaadi karşılığında ikrar; örneğin cezanın ağır hapis cezası olmasına karşın denetimli serbestliğin tavsiye edilmesi) arasında ayırım yapmaktadırlar. Bu üçüncü model genellikle birinci veya ikinci modelle birleşmektedir.<sup>4</sup> Diğer yandan İtalyanlar, (1989 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu ile oluşturdukları) *patteggiamento*’dan söz etmekte ve 9 Mart 2004 tarihli Fransız Kanunu “*kusurun önceden kabulü üzerine mahkemeye çıkma*”yı kurumsallaştırmıştır. Bununla birlikte, her ikisi de yalnızca, soruşturma konusu suçu yaptırım altına alan cezayı hedef almaktadırlar. Bu durum, Kuzey Amerika’da benimsenen anlayıştan daha dar bir anlayışı ortaya koymaktadır. Benzer çözüm tarzları başka mevzuatlarda da benimsenmiştir.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Kanada Hukuk Reformu Komisyonu “*savunma konusunda anlaşma*”dan söz etmekte ve bunu, “*sanığın kusurunu kabul ettiği, buna karşılık iddia makamının belirli bir davranış çizgisini benimsemeye ya da benimsememeye söz verdiği her türlü anlaşma*” olarak tanımlamaktadır. Savunma konusundaki müzakereler ve anlaşmalar, Kanada Hukuk Reformu Komisyonu, Çalışma Belgesi No: 60, Kanada İkmal ve Hizmet Bakanlığı, 1989, s. 4.

<sup>4</sup> David W. Neubauer, *America’s Courts and the Criminal Justice System*, 5ème éd., 1996, Wadsworth Publishing Company. Comp. Cezanın belirlenmesine ilişkin Kanada Komisyonu tarafından önerilen en son sınıflandırma şöyle bir ayırım getirmektedir: 1- İddia nedenleri hakkında pazarlık (tavsifin azaltılması veya bazı iddia nedenlerinden vazgeçilmesi, hatta suçlunun arkadaşlarını soruşturma kapsamına dahil etmeme vaadi); 2- Hüküm hakkında pazarlık (iddia makamı tarafından hafif bir hüküm talep etme veya tutuklama sürecini talep etmeme vaadi); 3- Davaya ilişkin olgular hakkında pazarlık (örneğin, sanığın adli geçmişinin hâkime açıklanmaması vaadi), Cezanın belirlenmesine ilişkin Kanada Komisyonu, Kanada İkmal ve Hizmet Bakanlığı, 1987, s. 446 vd.

<sup>5</sup> J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 2ème éd., Dalloz 2003, No: 483; M. Langer, “From Le-

Birçok ülkede mevcut olan, ifadenin –bizi ilgilendiren– ikinci anlamında kusurun kabulü olduğunu ifade etmek gerekir. Uzun zaman çeşitli ülkeler, hukuksal statüsünü oluşturmaksızın, yalnızca hâkim önünde basit ikrarı kabul etmişlerdi. Oysa XX. yüzyılın başlangıcından, hatta biraz daha öncesinden beri, gittikçe bugün kanun koyucular ve uygulamacılar, bir hâkimin denetimindeki taraflar arasındaki anlaşmalara başvurumaktadırlar. Böylece her ülkede ceza muhakemesinde belirli bir uzlaşmacılık,<sup>6</sup> pazarlıklı veya katılımcı bir adalet<sup>7</sup> gelişmektedir.

Şu hâlde kusurun kabulünü karşılaştırmalı bir açıdan incelemek yerinde görünmektedir. Bununla birlikte üç ülkenin incelenmesiyle yetineceğiz. Bunlar Amerika Birleşik Devletleri, İtalya ve Fransa'dır. Neden diğerleri değil de, bu üç ülke? Çünkü öncelikle Amerika Birleşik Devletleri, kusurun kabulünü, öyle görünüyor ki, tarihsel olarak dünyada benimseyen ilk ülke olmuştur. Sonra İtalya, Roma-Cermen hukuk dünyasında mevzuatına dâhil eden ilk ülke olmuştur. Nihayet Fransa şu anda bunu benimseyen son ülkedir. Ayrıca bu iki Avrupa ülkesinin –İtalya ve Fransa– *common law* ülkeleri (ABD, Kanada, İngiltere...) bunların fazlasıyla önünde gitmelerine karşın, hangi nedenlerden dolayı bu denli zaman sonra mevzuatlarına kusurun kabulünü dâhil etmek zorunda kaldıklarını kendimize sorabiliriz. Üç neden zikredilebilir: 1. Kültürel neden: Anglo-saksonlar yönetim, böylece davalaradaki işleyişte olduğu gibi adli yönetim sorunlarına genelde daha duyarlıdırlar; 2. Muhakemeye ilişkin neden: *common law*'da mağdur, anlaşmayı engelleyebilecek bir taraf değil, diğerlerinin arasında sadece bir tanıktır; 3. Adli teşkilata ilişkin neden: Roma-Cermen hukuk dünyasında olmamakla birlikte, *common law*'da, savunma avukatları formasyonlarıyla savcılara çok yakındırlar ve böylece doğal olarak birbirleriyle anlaşmaya itilmektedirler.

---

gal Transplants to Legal Translations: the Globalisation of Plea Bargaining and the Americanization, Thesis in Criminal Procedure", *Harvard International Law Journal* 2004, vol. 45, No: 1, s. 1-64; Marc G. Gertz, "The dynamics of plea bargaining in three countries", in *Criminal Justice Review*, Georgia State University, vol. 15, No: 1, 1980, s. 48 vd.

<sup>6</sup> J. Pradel, *Le consensualisme en droit pénal comparé*, Coimbra, 1988.

<sup>7</sup> F. Tulkens ve M. Van de Kerchove, "La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?", *Rec. dr. pén. et crim.* (Bruxelles), 1996, s. 445 vd.

Ne olursa olsun, *common law* dünyasında doğan kusurun kabulü bir tür salgın fenomeniyle Roma-Cermen dünyasına yerleştirildi. Fakat aynı kurum mu söz konusudur? İlkeler – taraflar arasındaki bir hâkimin takdirine tâbi olan anlaşmayı hatırlatalım– her ülkede aynı olsa da, teknik farklılıklar bir hukuk sisteminden diğerine çok büyüktür.<sup>8</sup> Fakat aynı zamanda, bu yeni adalet, klasik duruşma olmadan, ceza muhakemesinin temel ilkeleri bakımından sorunlar oraya çıkarmakta veya çıkarabilmektedir. Bu yüzden kusurun kabulü modellerini ve meşruluğuna ilişkin sorunu ardı ardına inceleyeceğiz.

## I. KUSURUN KABULÜ MODELLERİ

Kusurun kabulünün uygulama alanı konusunda ve dahası usuli işleyişi konusunda üç hukuk sistemi arasında farklılıklar ortaya çıkmaktadır.

### A. Nispeten Homojen Bir Alan

Ele alacağımız üç hukuk sistemi arasında değişmez genel eğilimlerin yanı sıra, değişkenler de mevcuttur. Fakat bu değişkenler ideolojik olmaktan ziyade tekniktir.

1. Değişmezler bakımından, kusurun kabulünün küçüklerle ilgili olmadığı kuralını öncelikle zikredebiliriz. Bir küçük, rıza gösterme bakımından tam ehliyete sahip olmaması ve yalnız bir avukatın hazır bulunmasının yeterli olgunluğunun bulunmayışının yerini tutamayacağı açık nedeninden dolayı, kusurun kabulüne ilişkin bir muhakemeye iştirak edemez. ABD’de küçüklerin hariç tutulması kuralı esastır. İtalya’da bu kural, suçlu küçükler hakkındaki 22 Eylül 1988 tarihli kararnamein 25. maddesinden doğmaktadır. Nihayet Fransa’da kural, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 495-16. maddesinde belirtilmiştir.

İkinci değişmez, bütün mevzuatlarda genellikle otomatik ve götürü tepkilerin konusu olan hafif suçlarla ilgilidir. Kusurun kabulü hürriyeti bağlayıcı bir cezaya konu olabilen suçlar bakımından önem

<sup>8</sup> Yerleştirme farklılaşma olmadan değil, adaptasyon olmaksızın asla yapılmamaktadır. 1791’de Fransa’da kabul edilen İngiliz jürisi örneği buna güzel bir örnektir. J. Pradel, “Le procès par jury, Étude comparée des systèmes français et canadien”, *Travaux de l’Institut de sciences criminelles de Poitiers*, vol. 10, Cujas, 1990, s. 127 vd.

taşımaktadır ve bunun fail bakımından faydası, normalde uygulanacak cezanın onun lehine olarak indirilmesine haklı olarak olanak sağlamasıdır.

2. Hukuk sistemlerine göre değişkenler konusuna gelince, değişkenler hukuk sistemlerinin her birine özgü teknik bir kılıf geçirmeden ibarettir. Bununla birlikte, ağır ve karmaşık suçların hariç tutulması ve serbest bir tretimandan yararlanabilmek bakımından çok tehlikeli kabul edilen bazı suçların dışarıda bırakılması şeklindeki ortak özelliği belirtelim.

a. Konunun esas olarak uygulama tarafından yönlendirildiği ABD’de ağır suçların kusurun kabulünden hariç tutulduğunu hatırlatalım. Başsavcılığın federal savcılara yönelik 22 Eylül 2003 tarihli bir genelgesi,<sup>9</sup> bu savcılardan federal suçlara uygulanabilen en ciddi tavsifleri sistematik olarak saklı tutmalarını istemektedir. Böylece 2003 tarihli genelge her türlü hoşgörüyü ve bu suretle ihanet veya casusluk gibi kural olarak ağır suçlar olan federal suçlardan dolayı *plea bargaining* uygulamasını bir yana bırakmaktadır.<sup>10</sup>

b. İtalya’da sorun, 1989 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu’nun, amacı “*usul ekonomisini gerçekleştirmek*” için *patteggiamento*’nun, tehlikeli suçlar ve çok ağır suçlar bakımından bunu tamamen bir yana bırakarak, uygulama alanının genişletilmesi olan 12 Haziran 2003 tarihli bir kanunla yeniden kaleme alınan 444. maddesinde ele alınmıştır.<sup>11</sup> 2003 reformundan önce, olası hafifletici nedenler ve en fazla üçte birlik sonraki bir indirim dikkate alınarak, gerçekten hükmedilecek cezanın azami sınırı iki yıldır. 2003 reformu “*iki aşamalı*” bir *patteggiamento*’yu kurumsallaştırmaktadır.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> “Cürüm niteliğindeki suçlardan dolayı takibatların açılması, takibatların tanzimi ve cezaların hükme bağlanması konusunda savcılığın politikasına dair” başlıklı genelge. Başsavcılık (federal suçlardan dolayı) federal soruşturmaları yürütmekte ve düzenli genelgelerıyla federal suçların ne zaman ve nasıl soruşturulacağını açıklığa kavuşturmaktadır. Bkz., J. Cedras, *La justice pénale aux États-Unis*, Economica, 1990, s. 46.

<sup>10</sup> Genelgenin ikinci amacı, cezaların belirli bir oranda tek bir biçime sokulmasını sağlamaktır.

<sup>11</sup> G. Lozzi, “*Patteggiamento allargato: nessun beneficio dall’applicazione di una gitezia negoziale*, Guida al diritto”, *Editoriale processo penale*, août 2003, s. 9.

<sup>12</sup> F. Peroni, “*Le nuove norme in materia di patteggiamento ‘allargato’ e di sanzioni sostitutive*”, *Diritto penale e processo penale*, 2003, s. 1067 vd.

- Öncelikle, somut olayın koşulları ve üçte bire kadar olan sonraki indirim göz önünde bulundurularak, beş yıla kadar hapis cezasının (ya da para cezasının veya hapis cezasının yerine ikame edilen bir cezanın) uzlaşmaya dayalı olarak verilmesi olanağıyla karakterize edilen, ifade doğrusa, bir müşterek hukuk *patteggiamento*'su mevcuttur (m. 444/f.1). Yeni tavan yasal olarak yedi buçuk yıllık hapis cezasına kadar cezalandırılan suçlara *patteggiamento*'nun uygulanabilmesini sağlamaktadır. İtalyan doktrininin genişletilmiş (*allargato*) *patteggiamento* şeklinde adlandırdıkları kurum budur.

- Ardından, fiiller ağır veya fail tehlikeli olduğunda daha sınırlı olan istisnai bir *patteggiamento* oluşturulmuştur. Objektif bakımından mafya tipi örgütlenmeden, yağmaya bağlı olarak kişi hürriyetinin kısıtlanmasından ve terör amaçlı fiillerden dolayı ve subjektif bakımdan itiyadi suçlular, suçu meslek edinen veya suça eğilimli kişiler ve dahası tekerrür durumundaki failer nedeniyle anlaşmaya dayalı olarak verilen ceza, para cezasıyla birlikte veya değil, iki yıl hapis cezasını geçemez (m. 444/f. 1bis).<sup>13</sup>

c. Nihayet Fransa'da kusurun kabulü yalnızca, soyut olarak beş yılı aşmayan bir hapis cezası ve/veya bir para cezası ile cezalandırılan suçlara uygulanmaktadır (Ceza Muhakemesi Kanunu m. 495-7). Şu hâlde çok ağır suçlar değil, orta ağırlıktaki suçlar söz konusudur. Dahası, ispatları az çok ciddi güçlükler ortaya çıkarabilen bazı suçlar hariç tutulmuştur. Bunlar basın suçları,<sup>14</sup> taksirle insan öldürme,<sup>15</sup> siyasi suçlar<sup>16</sup> ve de takibatları özel bir kanunla öngörülen suçlardır.

İncelediğimiz üç hukuk sistemi arasındaki farklılıklar, kusurun kabulünün usuli mekanizması alanında, uygulama alanı konusundaki şimdiden ayırt edilebilir farklılıklara göre, çok daha net olarak ortaya çıkacaktır.

<sup>13</sup> Genel olarak 2003 reformu hakkındaki mükemmel kolektif inceleme için bkz. *Patteggiamento "allargato" e giustizia penale, a cura di F. Peroni*, Turin Giappichelli ed., 2004.

<sup>14</sup> Duruşmada ortaya çıkartılabilen gerçeklik iddiasından dolayı.

<sup>15</sup> Tıp veya karayolu trafiği konusundaki örneklerde olduğu gibi, hassas bilirkişi incelemelerine yol açabilmektedir.

<sup>16</sup> Bütün bu suçlar doğrudan mahkemeye çıkılması hâli çerçevesinde daha önceden ayrı tutulmuştur.

## B. Çok Farklı Mekanizmalar

Kusurun kabulü, daha önceden söylendiği gibi, taraflar (savcılık ve fail) arasındaki anlaşma safhası ve ardından bu anlaşmanın bir hâkim tarafından incelenmesi safhası olmak üzere iki safhaya ayrılır.

1. Taraflar arasındaki anlaşma, bir yığın sorun ortaya çıkarmaktadır. Hemen belirtelim ki, anlaşma maddi olarak yazılı bir belgede ortaya çıkmaktadır.

a. Öncelikle, anlaşma usulünün içerisinde bulunan önemli kişiler kimlerdir? Sanığın avukatının hazır bulunması değişmesini belirtmek gerekir.<sup>17</sup> Avukat sanığa tavsiyede bulunmak için (hatta ABD’de anlaşmayla ilgili müzakere yapmak için) burada bulunmaktadır. Avukatın rolünün, müvekkiline savcılığın önerisini reddetmeyi tavsiye etmesi ve daha sonra mahkeme tarafından verilen cezanın önerilmiş olan cezadan daha yüksek olması hâlinde, hassas olduğunu kabul etmek gerekir!

Geriye kalan iki değişken ortaya çıkmaktadır. Öncelikle, fail kimi kez sürekli olarak hazır bulunmakta (İtalya ve Fransa), kimi kez de çoğu zaman dışarıda bırakılmaktadır (ABD) –buna karşın, dışarıda bırakılsa bile, yine de bir avukata muvafakat vermek zorundadır-. İkinci değişken, hâkimin hazır bulunmasına önem vermektedir. Anlaşmayı “değerlendirmekle” görevli bulunan bu hâkimin, mantık gereği sürece katılamayacağı haklı nedeninden dolayı hazır bulunmaması kuşkusuz genel kuraldır. Bu kural İtalya ve Fransa’da mutlaktır. Ancak ABD’de hâkim federal konuda ortaya çıkmamakta ise de (*Federal rules of Criminal Procedure* m. 11e), çözüm eyalete ilişkin konularda daha az belirgindir. Yakın zamanda hâkim, hazır bulunmasının sanık üzerinde zorlayıcı bir etkiye sahip olabileceği ve muhakemenin adil şekilde yürütülmesinin güç olacağı gerekçeleriyle sistematik olarak dışarıda bı-

<sup>17</sup> Hazır bulunma Fransa’da (CMK m. 495-8/f. 4) ve İtalya’da zorunludur. ABD’de 6. değişiklik avukat hakkını benimsemekte ve bu yardımın her türlü ceza muhakemesi bakımından geçerli olduğu herkes tarafından kabul edilmektedir. Bununla birlikte, uygulama, bir *plea bargaining* çerçevesinde bile, sanığın avukatının yardımından, “tavsiyesiz bir savunmanın tehlikelerinden ve sakıncalarından haberdar edilmek koşuluyla”, vazgeçebileceğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme’nin *Faretta v. California Davası*, 422 US 806, 95 Sct 2525,45 L. Ed 2d 562 (1975) ve tartışma için bkz. *Criminal Procedure*, 4 ème ed., by Wagne R. La Fave, Jerold H. Israel ve Nancy J. King, Thomson West, 2004, s. 994 vd.

rakılmaktadır. Bugün uygulama, hâkimin yalnızca bir tür kayıt odası olmasından kaçınmak için bazen tersine çevrilmektedir.

**b.** Ardından anlaşma inisiyatifine kim sahiptir? Savcılık yetkilisi mi, yoksa sanık mı? Ayrıca bu anlaşma muhakemenin hangi aşamasında ortaya çıkmaktadır? İki sorun birbirine bağlıdır. Burada yine, Amerikan, İtalyan ve Fransız hukuk sistemlerinin derinden ayrıldığı ortaya çıkacaktır.

ABD’de *plea bargaining* inisiyatifi genel olarak sanıktadır. Fakat bazen bu inisiyatif iddia makamında olabilmektedir. Talep ya da teklif duruşmadan bir gün önce, hatta duruşma sabahı, davanın tabi olacağı usule karar verildiği esnada, dahası jüri tarafından kararın açıklanmasının hemen öncesinde bile, ortaya konabilir. Öte yandan inisiyatifin duruşmadan uzun zaman önce ortaya konması bir gerçektir.<sup>18</sup>

İtalya’da *patteggiamento*’nun başarısı kural olarak iki tarafın, iddia makamının ve soruşturulan kişinin anlaşmasını gerektirmektedir. *Patteggiamento* biri veya diğeri tarafından ileri sürülebilir. Buna göre, savcılığın sanığa bir ceza önerip de, sanığın bunu reddetmesi uygulanan olağan usuldür. Bununla birlikte, öneri sanıktan geldiği ve bunu savcılık reddettiği takdirde, durum daha karmaşıktır. O halde somut olarak, sanık, duruşma hazırlığı esnasında öneride bulunmaktadır. Oysa ki, savcılığın reddi, duruşma (*dibattimento*) hâkiminin önünde *in limine litis* teklifini yenilemeyi sanığa yasaklamamaktadır. Bu hâkim, görüleceği üzere, bunu kabul edebilir. Kısacası savcılığın reddi, *dibattimento* hâkimi, sanık tarafından önerilen cezanın uygun olduğuna kanaat getirdiği takdirde, cezanın indirilmesi uygulamasını engellememektedir.<sup>19</sup> Şu hâlde, her bir usul, taraflar anlaşmadığı takdirde, düzenlenmektedir.

Nihayet Fransa’da durum daha farklıdır. Bir gözaltıyla bitirilebilen bilgi toplamanın sonunda, çalışma odasında faile bir ceza öneren çoğu zaman Cumhuriyet savcısıdır (gerçekte büronun vekili). Savcı aynı zamanda faile, kararını vermesi için on günlük bir süreyi kullanabileceği açıklamasını da yapmaktadır. Bununla birlikte, savcılık *kusurun kabulü* usulünü istemediği, doğrudan celp veya mercie çağırma yo-

<sup>18</sup> L. Weinreb, “La Constitution et le droit pénal”, Journées de la Société de législation comparé, I., 1979, s. 618; J. Cedras, *La justice pénale aux États-Unis, a. g. e.*, s. 254.

<sup>19</sup> M. Mercone, *Diritto processuale penale*, 12 ème éd., ed. Simone, 2004, s. 534.



lunu (CMK m. 390 ve 390-1) bu usule tercih ettiği takdirde, bunlardan birini alan sanık, savcıdan *kusurun kabulü* usulünün uygulanmasını talep edebilmektedir. Böylece savcı fırsatı hemen değerlendirebilir ve ona bir ceza önermek için çalışma odasına çağırabilir. Bununla birlikte, savcı bunu yapmak zorunda değildir. Zira savcı, doğrudan celp veya mercie çağırma yoluyla normal akışı izleyerek mahkemenin görevine bırakabilir (CMK m. 495-15). Şu hâlde Fransa'da *kusurun kabulü* inisiyatifine sürekli olarak sahip olan savcılıktır.<sup>20</sup>

c. Anlaşmanın niteliği nedir? Savcı ile sanık arasında gerçekten bir müzakere mevcut mudur? Kuşkusuz ABD'de mevcuttur. Sanığın inisiyatifinin ve savcıya öneride bulunmasının ardından savcı, gelişimi içerisinde sanığı ikinci bir öneriye götüren karşı önerilerini yapar. Şu hâlde, bu durum, biraz bazı pazarlardaki tacirler ile müşteriler arasında olduğu gibi, bir anlaşma yapılmaya kadar aralıksız devam etmektedir. Üstelik *plea bargaining* ifadesi de bunu doğrulamaktadır. Çünkü *to bargain* fiili müzakere etmek, pazarlık yapmak anlamlarını ifade etmek istemektedir. İtalya'da da durum aynıdır. *Patteggiamento* pazarlık anlamına gelmekte ve bizzat Kanun'a göre, tarafların talebi üzerine cezanın uygulanmasıdır (*applicazione della pena su richiesta delle parti*). Daha açıkçası, taraflar, anlaşamama durumları hariç olmak üzere, dilekçeyi biçimlendirmeyen tarafın muvafakatiyle ayrı olarak imzalamadıkları sürece, hâkimlere hitaben bir dilekçeyi birlikte imzalarlar. Şu hâlde dilekçe bir müzakerenin, belki bazen sert bir müzakerenin önüne geçmektedir. Doktrin bir "*pazarlık perspektifi*"nden söz etmektedir.<sup>21</sup>

Fransa'da aksine, ön müzakere olmadan bir anlaşmaya varılması kuraldır. Bir ceza önerisinde bulunan sadece savcıdır ve sanık yalnızca, cevabı on gün sonraya ertelemeyi tercih etmedikçe,<sup>22</sup> evet ya da hayır şeklinde hemen cevap verebilmektedir. Şu hâlde Fransız kanun koyucusu, özel hukukçuların söylediği gibi, burada sözleşmeden bah-

<sup>20</sup> İlkenin uygulanmasında, şahsi hak davacısının rolü saklı tutulsa bile, takibat yapmayı istediği takdirde, takibatın şekline karar veren savcıdır.

<sup>21</sup> D. Siracurano, G. Tranchina ve E. Zappala, *Elementi di diritto processurale penale*, 2ème ed., Milan, Giuffrè, 2004, s. 192.

<sup>22</sup> Bu süre boyunca, savcı gerekli görürse, sanığın adli kontrol altında tutulması ya da tutuklanması amacıyla özgürlükler ve tutuklama hâkimine başvurabilmektedir. Bkz., CMK m. 495-10.

sedilebildiği takdirde, iltihaki akit tezini benimsemiştir. Burada, pazarlıksız anlaşma mevcuttur.

d. Nihayet anlaşmanın içeriği nedir? Bir taraftan İtalya, diğer taraftan Fransa ve ABD arasındaki bir farkı öncelikle belirtmek uygun olacaktır. İtalyan hukukunda sanık kusurunu kabul etmemekte (kusur önceden kabullenilmiş olsa bile) ve savunma hakkından, tanıklarını çağırabileceği duruşma hakkından vazgeçmekle yetinmektedir. Sonuç olarak hâkim, klasik anlamda bir mahkûmiyet kararı vermemekte<sup>23</sup> ve mağdurun hukuk davası hakkında da bir karar alamamaktadır. Mağdur, zararının giderilmesini istediği takdirde, hukuk hâkimine başvurmak zorunda kalacak ve bu hâkim ceza hâkiminin kesinleşmiş kararını beklemek zorunda olmayacaktır (CMK m. 444/f.2, c.2 *in fine*). Ceza davası ile hukuk davasının tamamen ayrımı mevcuttur. Aksine Fransa ve ABD’de, sanık kusurunu kabul etmekte ve aynı zamanda davaya çıkmaktan vazgeçmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi’ne göre, “kusurun kabulü, geçmişteki bir davranışın kabul edilmesinden daha ziyade, davalının bir mahkûmiyet kararının davasız tefhim edilmesine rıza göstermesi, bir jüri veya hâkim önündeki dava hakkında vazgeçmesidir”.<sup>24</sup> Bundan, öncelikle sanık tarafından kusurunun kabul edilmesinin mevcut olduğu sonucu çıkarılabilir. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu m. 495-8/f.4, kişinin “filleri kabul etmesi”ni açıkça dile getirmektedir. Bundan, mağdurun kusurun kabulü ceza usulü çerçevesinde hukuk davasını açabileceği sonucuna varılmaktadır. Şu hâlde Fransa ve ABD’de, soruşturulan kişi hem fiilleri kabul etmekte (geçmiş bakımından) hem de hızlı bir muhakeme usulü içerisinde kendini güdümlenmektedir (gelecek bakımından). Fiil ve hukukun karışımı söz konusudur. Bununla birlikte, Amerikan hukukunun kusurun kabulünü, Fransız hukukuna göre, daha geniş olarak yorumladığını belirtelim. Gerçekten ABD’de, anlaşma, söylenildiği gibi, hem işlendiği iddia edilen suçların sayısının azaltılmasını, hem de daha az bir tavsifin benimsenmesi yoluyla iddia dışı bırakmayı konu alabilmektedir.

<sup>23</sup> CMK m. 445/f.1bis *in fine*, “kararın bir mahkûmiyet hükmünün tefhimine eşdeğer olduğunu” hatırlatmaktadır. Bu ise, kararın adli sicile kaydedilmesini sağlamaktadır. Ayrıca Yargıtay İş Dairesi’nin 16 Nisan 2003 tarih ve 6047 sayılı kararı, mahkûmiyet kararıyla bir tutulabilir. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 12 Ekim 1990 tarih ve 443 sayılı kararı.

<sup>24</sup> Yüksek Mahkeme, *Brady v. United States Davası*, 397 US 742, 748 (1970).

Bunu söyledikten sonra, üç hukuk sisteminde ceza üzerinde anlaşmanın mevcut olduğunu belirtelim.<sup>25</sup> En ilginç saptamaların yapılabileceği yer burasıdır. Zira teknik kılıflandırma çeşitlilik arz etmektedir.

ABD’de temel sorun, *plea bargaining*’in ceza ağıyla (*sentencing guidelines*) bağdaşabilirliğidir.<sup>26</sup> İlke iyi bilinmektedir. Hâkim cezayı, suçun ağırlığını gösteren dikey bir ekseni (içerisinde bu ağırlığa göre kırk kadar tavsif sayılmakta ve sınıflandırılmaktadır) ve failin geçmişteki durumuyla ilgili yatay bir ekseni ihtiva eden bir tabloya göre hesaplamak zorundadır. Kesişme noktası hâkime, cezaya, hapis cezasının % 25’ini ya da 6 ayı geçemeyen dar bir makasla karar vereceğini göstermektedir. Ödül bireyselleştirmeye üstün gelmektedir. Bunu söyledikten sonra, 1984’te oluşturulan oranlar, daha sonra birçok defa değiştirilmiştir. Oysa ki, *plea bargaining* ile birlikte, savcı bakımından anlaşmanın uygulanmasının tek şekli, daha az bir ağırlığı benimseyerek tavsifi değiştirmektir. Şu halde, tavsifi belirleyen hâkim değil, failin onamasıyla savcıdır. Hâkim gerçekte bu anlaşmayı tasdik etmektedir.<sup>27</sup>

İtalya’da, anlaşma hapis cezasına ikame bir yaptırımı, üçte biri indirilmiş bir para cezasını, başlangıçta iki yıl olarak saptanan, hatta 2003 tarihli kanundan beri kural olarak beş yıla çıkarılan bir tavanla birlikte üçte biri indirilmiş bir hapis cezasını konu almaktadır (CMK m. 444). Böylelikle anlaşma, beş yıl hürriyeti bağlayıcı cezaya kadar varabilmektedir. Dilekçe, anlaşmanın kapsamını cezanın koşullu askıya alınmasına, başka bir ifadeyle cezanın infazının ertelenmesine bile bağlayabilmektedir (CMK m. 444/f.3).

Fransız hukuku daha dardır. Taraflar, gerektiğinde erteleme uygulamasıyla birlikte, üst sınırında bile para cezasında anlaşabilirler. Aynı şekilde bir yıl tavanlı hapis cezası da, olası erteleme uygulamasıyla birlikte, mümkündür. Tamamlayıcı bir ceza da yine karşılaştırılabilir. Bütün bu durumlarda, Ceza Kanunu’nun (“suçun koşulları ve failin kişiliği” gibi muğlak kriterlerin belirtildiği) cezanın bireyselleştirilmesi

<sup>25</sup> ABD’de, *plea bargaining*’in bazı iddia nedenlerinin terk edilmesini konu alması durumu hariçtir. Çünkü bu durumda, soruşturma içerisinde kalan nedenler bakımından “ceza indirimi için anlaşma” mevcut değildir.

<sup>26</sup> 1984 tarihli *Sentencing Reform Act* isimli federal kanunla benimsenen sistem; J. Pradel, *Droit pénal comparé, a. g. e.,* no: 550.

<sup>27</sup> I. Papadopoulos, *Plaidier coupable, La pratique américaine. Le texte français, a. g. e.,* s. 46.

hakkındaki 132-24. maddesinin gerekleri, savcılık bakımından bile, en azından dolaylı olarak uygulanmaktadır. Fransız kanun koyucusunun, hapis cezası hariç olmak üzere, yasal tavanlarda hiçbir şekilde indirim yapılmasını öngörmediğini ifade edelim. Ancak uygulamada savcılar, sanıkları kusurun kabulünü benimsemeye teşvik etmek için, genel olarak hâkimlerin karara bağladığı cezaların altında cezalar önermektedirler. Bununla birlikte, hâkimin kabul etmesi de gereklidir.

2. Sadece taraflar (sanık ve savcılık) arasındaki anlaşmalarla ortaya konamayacak olan ceza adaletinin kamu düzeni niteliği gözönünde bulundurularak, hâkimin kabul etmesi sistematik olarak gerekli görülmektedir. Amerikan hâkimi, sanığın rızasını bilgilendirilme sonucunda vermediği kanaatine ulaşırsa (*Federal Rules of Criminal Procedure* m. 11 d) veya uzlaşmanın temeli ona yanlış görünürse (m. 11 f), anlaşmayı reddedebilmektedir. İtalyan hâkimi, gerçekleşen *patteggiamento'* nun koşullarını uygun görürse, doğrudan cezaya hükmetmektedir (CMK m. 448). Nihayet Fransız hâkimi, kararını gerekçelendirmek suretiyle, "önerilen ceza veya cezaları onaylamaya karar vermektedir". Böylece hâkim, bir kayıt makinesi olmamaktadır (CMK m. 495-11). Bu ise, kusurun kabulünün, "iki sözleşen arasında iki taraflı bir ilişki değil, karşılıklı yükümlülük olmaksızın üçlü bir ilişki olduğunu" doktrine söylettirmektedir.<sup>28</sup> Bununla birlikte, önemli tamamlayıcı kural, hâkimin anlaşmayı düzeltmeyeceğidir. Hâkim anlaşmayı mevcut şekliyle ya onaylar ya da onaylamaz. Ayrıca, sanık, savcılığın önerisini kabul ettikten sonra hâkim karşısında bundan vazgeçerse, hâkim, artık mevcut olmayan bir anlaşmayı onaylayamayacaktır. Şu hâlde, sözleşmesel mantık bunu gerekli kılmaktadır.<sup>29</sup> Hâkimin takdiri, karar verdiği esnada oluşmaktadır. Nihayet sonuncu müşterek kurallar, hâkimin kararının aleni bir duruşmada verilmesi<sup>30</sup> ve savcılığın bu duruşmada ve kararın okun-

<sup>28</sup> A. Garapon ve I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, O. Jacob, 2003, s. 72.

<sup>29</sup> Fransa'da CMK m. 495-12. İtalya'da Yargıtay'ın 7 Kasım 1991 tarih ve 2831 sayılı ve de 23 Mayıs 1994 tarih ve 1468 sayılı kararları.

<sup>30</sup> 9 Mart 2004 tarihli kanun durumuna gelecek olan Fransız Kanunu, duruşmanın "müşavere heyeti hâlinde (*en chambre du conseil*)" cereyan edeceğini öngörmekteydi. Fakat Anayasa Konseyi, 2 Mart 2004 tarihli kararında bu kelimelerin kaldırılmasına hükmetmiştir. Böylece Konsey, duruşmanın ve kazaî nitelik taşıyan ve de hürriyetin kısıtlanması sonucuna götürebilen onaylama kararının aleniyetini gerekli görmüştür (Gerekçeler 117 ve 118).

masında hazır bulunmasıdır.<sup>31</sup>

Üç hukuk sistemine ortak olan ilkeler bunlardır. Bununla birlikte, her bir hukuk sistemine özgü teknik özellikler mevcuttur.

a. ABD’de, birtakım açıklamalar getirmeye itilen, uygulamadır. Birinci örnek, bir savcının duruşmada sözünü tutmaması hâlinde, sanığın artık kabulüyle bağlı olmamasıdır. Daha açıkçası, savcının daha az ağırlıktaki bir tavsifi benimseme yoluyla iddiaları azaltmayı sanığa vaat etmiş ve hatta en yüksek yaptırımın uygulanması amacıyla hâkime hiçbir tavsiyede bulunmayacağını eklemiş olup da, hâkim karşısında en yüksek yaptırımı tavsiye ettiğini düşünelim. Yöntem, hâkimin geri alınmasına ve yerinin başka bir hâkimle doldurulmasına karar veren Yüksek Mahkeme tarafından açık açık eleştirilmiştir.<sup>32</sup> Başka bir örnek, savcının duruşmada iyi niyetle sözünü yerine getirmek ve sonuç olarak önerisinin makul olduğu ve adaletin çıkarlarına hizmet ettiği konusunda hâkimi içtenlikle ikna etmek zorunda olmasıdır.<sup>33</sup> Karşılıklı olarak sanık, her şeyi hâkime anlatacağı konusunda savcıya söz verdikten sonra, sorgusu sırasında hâkimden bazı fiilleri gizlerse, savcı artık sözüyle bağlı değildir<sup>34</sup> (*Pacta sunt servanda*).

Amerikan hâkiminin uygulamada yalnızca yüzeysel bir denetim yaptığından daha az bir sonuç çıkmamaktadır. Doktrinin önemli eleştirilerinden biri, bu noktadadır. İtalyanlar *patteggiamento*’yu benimsemek istediklerinde, ciddi bir denetimi teşkilatlandıracaklarına söz vermişlerdir.

Nihayet Amerikan hâkimi, *plea bargaining* uygulamasında sanığı mahkûm ederse, eski hâle getirme emri verebilmektedir (*Federal Criminal Code and Rules*, Titre 18 USC §§ 3556 uygulamasında *order of restitution*). Bu emir yalnızca mağdura yapılacak iadeleri değil, aynı zamanda zararın tazminini de kapsamaktadır. Mağdura bu şekilde

<sup>31</sup> Bununla birlikte Fransa’da, savcılığın hazır bulunması konusunda 9 Mart 2004 tarihli kanun sessiz kalmıştır. Uygulamacılar, duruşmada ve hâkimin kararının okunması esnasında savcının hazır bulundurulmaması alışkanlığını hızla talep ettiler. Yargıtay’ın 18 Nisan 2005 tarihli bir mütalaası, savcılığın hazır bulunmasının zorunlu olduğu çözümünü getirmiştir (D. 2005, s. 1200, J. Pradel’in notu). Bir kanun tasarısı düşünülmüştür. En iyi çözüm yolu savcının hazır bulunmasının sadece ihtiyari hâle getirilmesi olacaktır.

<sup>32</sup> Yüksek Mahkeme, *Santobello v. New York Davası*, 404 US 257, 1971.

<sup>33</sup> Yüksek Mahkeme, *United States v. Simmons Davası*, 537 F 2d 1260, 4è circuit 1976.

<sup>34</sup> J. Cedras, *La justice pénale aux États-Unis, a. g. e., s. 257*.

göz kırılması anlaşılmaktadır. Zira fail kusurunu varsayımsal olarak kabul etmiştir.

**b.** Tam olarak İtalya'da Ceza Muhakemesi Kanunu m. 444 § 2, fiilin hukuksal tavsifinin yanı sıra, taraflar tarafından ileri sürülen koşulların karşılaştırılmasının uygulamasını tahkik etmeyi (hazırlık soruşturmasının ya da esas yargılamanın hâkimi olan) hâkimden istemektedir. Üstelik Anayasa Mahkemesi yakın zamanda, önerilen cezanın yerindeliği değerlendirmesinin yapılmasını hâkime yasaklamış olan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bir hükmünü iptal etmiştir.<sup>35</sup> Muhakemenin çabukluğu kaygısı içerisindeki kanun koyucu, iki ek kural öngörmüştür: 1. Hâkimin kararı ne yargılama giderlerine mahkûmiyeti ne de tali cezaların ve müsadere hariç olmak üzere güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını içerir (CMK m. 445/f.1). Bu ise, suçluları *patteggiamento*'yu talep etmeye teşvik edecek niteliktedir; 2. Hâkimin kararı, cezanın uygulanması dilekçesi hakkında suçluyla anlaşamamış olduğu takdirde savcılık tarafından yapılan başvuru hariç olmak üzere, istinaf kanun yoluna gidilmesine elverişli değildir (CMK m. 448/f. 2).

Nihayet hatırlanacaktır ki, İtalyan hâkimi mağdura tazminat ödemesi konusunda uzlaştırmaya gidememektedir.

**c.** Fransa'da kanun koyucu, savcılığın dilekçesinin onaylanması konusunda karar vermekle görevli hâkimin yetkilerini büyük bir açıklıkla belirlemiştir. Gerçekten de hâkim, failin ikrarlarının gerçekliğinden, savcılık tarafından önerilen cezanın kabul edildiğinden ve suçun koşulları ve failin kişiliği bakımından haklılığından emin olmak zorundadır (CMK m. 495-11). Kanun açıkça ifade etmemesine karşın, hâkim savcılığın uygun tavsifi hedeflediğinden de emin olmak zorundadır. Gerçekten hâkim, cezanın kabul edildiğini incelemek suretiyle, tavsifin yerindeliğini de dolaylı olarak incelemeye itilmektedir. Kararın gerekçeli olmasını ve sanık avukatının duruşmada hazır bulunmasını eklemeye gerek var mıdır?

Ayrıca hâkimin kararı, mağdurun şahsi hak davasını da sonuca bağlamaktadır (CMK m. 495-13)<sup>36</sup> ve bu karar istinaf kanun yoluna

<sup>35</sup> 1999'da düzeltilen hükmün yerini, daha önce zikredilen hüküm almıştır; Anayasa Mahkemesi, 2 Temmuz 1990 tarih ve 313 sayılı karar.

<sup>36</sup> Hatırlanacaktır ki, İtalya'da *patteggiamento* yolu şahsi hak davasını hariç tutmaktadır. Bu suretle, mağdur hukuk hâkimine başvurmak zorundadır.

başvurulmasına da elverişlidir (CMK m. 495-11/f.2).<sup>37</sup> Belirtmek gerekir ki, sadece Fransa bu istinaf yolunu kabul etmektedir. Bu kural, kusurun kabulüne yönelik eleştirileri susturacak nitelikte midir? Bu husus şimdiden, genel olarak bu kurumun meşruluğu sorununu çağrıştırmaktadır.

## II. KUSURUN KABULÜNÜN MEŞRULUĞU NEDİR?

Hemen tahmin edildiği gibi, kusurun kabulü sorun çıkarmış ve çok güçlü kaygılara yol açmaktan da geri kalmamıştır. *Plea bargaining*'e yönelik eleştiriler sayısızdır ve sürüp gitmektedir. Bazı yazarlar, şeytanın kutsanmış sudan korktuğu gibi, bu kurumdan korkmaktadırlar. Bir yazar klasik bir çalışmasında,<sup>38</sup> bu uygulamayı yıkım olarak nitelendirecek kadar ileri gitmiştir. *Patteggiamento*, 1989 tarihli İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde yürürlüğe konulması sırasında, çok eleştiriye neden olmasa da, Fransa'da kusurun önceden kabulü üzerine mahkemeye çıkma ile ilgili 2003-2004 yıllarındaki parlamento müzakereleri esnasında özel olarak güçlü bir muhalefet ortaya konmuştu.<sup>39</sup> Bugün, ABD'de değilse bile, Fransa'da yatıştırma sağlanmaktadır. Öyle görünüyor ki -doğrusunu söylemek gerekirse uzun zamandan beri- kusurun kabulü açık bir zaman kazanmaya yol açsa da,<sup>40</sup> yaklaştırmaca bir adalete neden olma riskini de üzerinde toplamaktadır.

<sup>37</sup> Sadece Fransız hukuku istinaf yolunu kabul etmektedir. Aksine İtalyan hukuku, bu yolu tamamen engelleyerek, sanık ve başsavcı tarafından temyiz yoluna başvurulmasını kabul etmiştir.

<sup>38</sup> Stephen J. Schulhofer, "Plea bargaining as Disaster", *101 Yale Law Journal* 1979 (1992). Bununla birlikte, kısa bir süre öncesindeki doktrin daha az katıydı, bkz., J. Richert, "La procédure du *plea bargaining* en droit américain", *Rev. sc. crim.* 1975, s. 375 vd.

<sup>39</sup> Bununla birlikte ceza uzlaşmasının Fransa'ya girmesi esnasında, bu teknik bizim kusurun kabulü tekniğine çok benzemesine karşın, hiç kimse eleştirilerini dile getirmemiştir. Ocak 1991'de Cezaevleri Genel Derneği'nde *plea bargaining* hakkında bir müzakerenin cereyan etmiş olduğunu ve avukatlar da dâhil olmak üzere, katılanların muhalefet göstermemiş olduklarını da hatırlatabiliriz.

<sup>40</sup> Ayrıca kusurun kabulü, duruşmada karara bağlanan bir mahkûmiyetin şüpheliğinden kaçınma, gereğinden fazlasına mahkûm olmayacağına inanan sanığı ve onu her şeye rağmen mahkûm olarak görmek isteyen savcıcıyı tatmin etme avantajı sunmaktadır.

## A. Zaman Kazanmanın Açıklığı

Kusurun kabulünün avantajlarına bizi kolayca inandırabilen mantık ve tarihtir.

1. Mantık, duruşmanın delillere ayrılmış oturumu ortadan kaldırdığı takdirde, dava süresinin kısaltılmasını gerekli kılmaktadır. Oturumdan vazgeçilmesi, bir İtalyan yazara göre, muhakemenin yükünün hafifletilmesine ("*deflazione del carico processuale*"), usul ekonomisine ("*risparmio processuale*") yol açmaktadır.<sup>41</sup> Kuşkusuz kusurun kabulü yoluyla ele alınan davalar çok karmaşık olmayan, tam tersine bu nitelikten uzak davalardır. Fakat niceliksel önemlerinden dolayı bu davalar, bütün duruşmaların yapılmalarını zorunlu kılmaktadır. Buna tam olarak inanmak için, örneğin Fransa'da, davaların her birinin iki ila beş dakika kadarlık sürede "*geçip gittiği*"ni çok çabuk olarak saptamak bakımından, şu son yıllarda asliye mahkemelerinin duruşmalarına gitmiş olmak yeterlidir. Adaletin karikatürü "*azarlama*"yı akla getirmektedir! Burada söz konusu olan çelişmeli yargılamadır. Çelişmeli yargılamanın ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri olduğu kuşkusuz gün gibi ortadadır.<sup>42</sup> Fakat bundan, ilkenin bütün davalar bakımından aynı şekilde ortaya konmak zorunda olduğu sonucu çıkarılamaz. Zira, fiiller kabul edildiği takdirde basit dosyalar ile fiiller kabul edilmediği takdirde, basit ya da karmaşık olsun, diğer dosyalar aynı şekilde ele alınamaz. Fransa'da, kusurun kabul edilmesinin ardından mahkemeye çıkma hakkındaki parlâmento müzakeresi esnasında Adalet Bakanı M. Perben, "*kusurun kabul edildiği davalar ile kabul edilmediği davaların birbirinden farklı olarak ele alınması gerektiğini*" belirtmekten başka bir şey söylememiştir.<sup>43</sup> *Common law*'da, sanığın duruşmanın başında kusurunu kabul etmesi hâlinde, hâkimin doğrudan karar (*sentencing*), başka bir ifadeyle mahkûmiyet aşamasına geçtiğini eklemek gerekir.<sup>44</sup>

Oysaki bugün, aşağı yukarı her ülkede ceza adaleti çok yavaş işlemektedir. Bu husus özellikle Fransa'da belirgindir. Örneğin, asliye

<sup>41</sup> M. Mercone, *Diritto processuale penale, a. g. e.*, s. 535.

<sup>42</sup> Bkz., Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun giriş maddesi. Ayrıca bkz. J. Pradel, *Procédure pénale*, 12ème ed., Cujas 2004, no: 374, 400, 847 vd.

<sup>43</sup> Ulusal Meclis önünde 21 Mayıs 2003 tarihli müdahale, 50 déb. parl. 22 Mayıs.

<sup>44</sup> Bu sistemin, fiillerin kabul edilmesi hâlinde, hâkimin fiillerin nasıl vuku bulduğunu bilememesi gibi kötü bir sonuca sahip olduğu bir gerçektir.



mahkemelerinde cezai karşılığın ortalama süresi on aydır.<sup>45</sup> Kovuşturmaya alternatifler ve kusurun önceden kabulü üzerine mahkemeye çıkma gibi kovuşturmanın basitleştirilmiş şekillerini geliştirme çifte zorunluluğu bu yüzden doğmuştur.

Basit mekanik bir bakış açısından, klasik kovuşturma modellerine göre daha az zaman israf eden kusurun kabulü, şu halde adalet yönetimi anlamında çok makul ve verimlidir.

2. Bu bakış açısı tarih tarafından da haklı çıkarılmaktadır. Sorgu hâkimi ve hatta derinleştirilmiş ön soruşturması bulunmayan Amerikan hukukunun itham düşüncesinde olduğunu, çünkü hâkim ve jüri tarafından kabul edilen delillerin duruşmada sunulan deliller olduğunu (doğrudan doğrualık ilkesi) hatırlatmak gerekir. Şu hâlde ceza duruşmaları ağır, uzun ve karmaşıktı. XIX. yüzyılın sonundan itibaren bunlar yön değiştirdiler; öyle ki, uygulamacılar yavaş yavaş ve önceleri yasadışı şekilde, delillere ilişkin oturumun bir yana bırakılmasına olanak sağlayan basitleştirilmiş yolları düşünmeye başladılar. Uygulamacılar bütün davaları artık *full trial*, başka bir ifadeyle jüri önünde bir yargılama yapılması yoluyla ele alamamaktaydılar. Böylece *plea bargaining* doğmuş oldu.<sup>46</sup>

İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hazırlayıcıları da başka türlü düşünmemişlerdi. Avrupa Mahkemesi tarafından pek çok kez yaptırım altına alınmış olan kabul edilemez gecikmeler karşısında, kısaltılmış yargılama (*giudizio abbreviato*)<sup>47</sup> ve *patteggiamento* gibi özel muhakeme usulleri (*procedimenti speciale*, CMK m. 438 vd.) tasarlamışlardı.

<sup>45</sup> M. Perben'in adı geçen müdahalesi.

<sup>46</sup> A. Garapon ve I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France, a. g. e., s. 70'* de yukarıda özetlediğimiz konu ayrıntılarıyla anlatılmakta ve *plea bargaining* hakkında pek çok Amerikan eseri, özellikle de Georges FISHER, *Plea bargaining's Triumph, history of plea bargaining in America*, Stanford University Press, 2003 adlı eser zikredilmektedir. Belirtilmelidir ki, ABD'de zaman kazanılması *plea bargaining* lehindeki yazarlar tarafından ileri sürülen tek argüman değildir. Bu yazarlar başka argümanlara, özellikle de polislerin ve savcılarının, jürinin yetkisi dâhilinde olan kusura ilişkin asıl tartışmadan kaçınmak için, dosyayı daha iyi inceleyebilmeleri argümanına başvurmaktadırlar; *Criminal Procedure*, 4 ème ed., by Wagne R. La Fave, Jerold H. Israel ve Nancy J. King, Thomson West, 2004, s. 968.

<sup>47</sup> Sistem, sanığın savcılığın muvafakatiyle, hazırlık soruşturması hâkiminden esas hakkında karar vermesini talep edebilmesine dayanmaktadır. Bu da, esas mahkemesine başvurulmasını engellemektedir.

Aynı pratik zorunluluklar, Fransız kanun koyucusunu daha ileri bir adım atmaya götürmüştür. Fransız kanun koyucusu, Avrupa'da bunu yapmak zorunda kalan son kanun koyuculardan biridir. Yaklaştırmaca bir adaletin yerleştirilmesi endişesi ve çekingenliği yüzünden mi bu gecikme yaşanmıştır? Şimdi incelenmesi gereken konu budur.

## B. Yaklaştırmaca Bir Adalet Riski

1. Birinci risk, *adli hata* riskidir. Amerikan doktrini ısrarla bunun üzerinde çok durmaktadır. Uygulamacılara sorulduğunda, onlar bile, işlemedikleri bir suç, koşulları göz önünde bulundurarak, ikrar eden sanık sayısının % 10'a kadar gidebileceğini itiraf etmektedirler.<sup>48</sup> Gerçekten de, bir davalı, özellikle önemli oranda olduğu takdirde, bir ceza indirimini kabul etmeye ve daima sonu az çok şüpheli olan bir yargılamada şansını denememeye bu yüzden itilmektedir. Kabul etmek gerekir ki, *plea bargaining* nedeniyle sanık, çelişmeli bir yargılamanın güvencelerinden, özellikle de tanık çağırılmadan vazgeçmektedir.

Fransa'da adli hata riskinin çok daha düşük olduğu bir gerçektir. Kuşkusuz, parlamento müzakeresi sırasında bir milletvekili, kusurun önceden kabulü üzerine mahkemeye çıkma sistemimizin yapay bir adalete yol açacağı, zira ikrarın mutlaka baskı altında yapılacağı değerlendirilmesinde bulunmuştu.<sup>49</sup> Kanun koyucunun, avukatın hem savcılıkta hem de hâkim önünde düzenli olarak hazır bulunmasını zorunlu kılarak, ilgiliye cevabını vermeden önce on günlük bir süre verme görevini savcıya empoze ederek, nihayet istinaf yoluna başvurma hakkını ilgiliye açık bırakarak güvenceleri artırdığını unutmamak gerekir. Bu güvenceler bizi adli bir hatadan koruyacaktır.

2. Kusurun kabulünün ikinci riski, sanığın kusurlu olduğu farz edilse bile, *adaletsiz bir ceza* riskidir.

Ceza çok ağır olabilmektedir. Bu risk Amerikan doktrini tarafından dile getirilmektedir. ABD'de, sanık hazır bulunmadan pazarlığı yürüten avukat, görüşmeden çekilebileceği gibi, savcıyla da anlaşabilmektedir. Gerçekten de davaların çoğu, re'sen atanmış ve üstelik dava

<sup>48</sup> Stephen J. Schulhofer, "Criminal Justice as a Regulatory System", 17 *Journal of Legal Studies* 43 (1988).

<sup>49</sup> Ulusal Meclis önünde 21 Mayıs 2003 tarihinde P. Braouzec'in müdahalesi, JO. déb. parl. 23 Mayıs 2003.

açıldığında daha fazla bu sıfatı taşımayacak olan avukatlarına yetersiz ödeme yapılan yoksul sanıklar hakkındadır<sup>50</sup>.

Ceza çok az olabilmektedir. Bu ihtimal, Fransa’da kusurun kabulü usulünün uygulamasının ilk aylarından itibaren gerçekten de bazı mahkemelerde ortaya çıkmış ve savcıların kurala bağlamak için en düşük “karşılığın” da altına “indikleri” görülmüştü. Fakat hâkim dilekçeyi çok iyi bir şekilde reddedebilir ve bunu yapacak hâkimler şimdiden ortaya çıkmıştır.

3. Geriye kalan üçüncü risk, Fransa’da kusurun kabulü hakkındaki parlâmento oturumu sırasında da çok ileri sürülmüş olan, *ceza muhakemesinin temel ilkelerinin ihlâl edilmesi* riskidir.

Kusurun kabulünde evvela masumiyet karinesinin ihlâl edildiği düşünülmüştür. 9 Mart 2004 tarihli Fransız Kanunu’nun Anayasa Konseyi’nde bir başvuru konusu olduğunu, başvuranların, özellikle, sanığın kusurunu ikrar etmiş olmasından ve bununla muhakemeye farklı bir yön vermiş olmasından dolayı, bu ilkenin tanınmadığını ileri sürmüş olduklarını anımsatalım. Fakat Montpensier Sokağı’nun bilgeleri, buna cevap vermekte hiçbir güçlük çekmediler; “*İlke, 1789 tarihli Beyanname’nin hiç kimsenin suçunu kabul etmeye zorlanamayacağı şeklindeki 9. maddesinden ileri gelse de, ne bu hüküm ne de Anayasa’nın başka bir hükmü bu kişiye kusurunu özgürce kabul etmesini yasaklamamaktadır*”.<sup>51</sup> Kuşkusuz bu durumda kusurun kabul edilmesi muhakemenin seyrini değiştirme etkisine sahiptir. Fakat sanık, avukatının huzurunda kusurunu serbestçe kabul ettiği takdirde ve de çabukluk ve cezanın miktarı anlamında yarar bulunduğunu düşünmekte tamamen haklı ise, bu durum nasıl eleştirilebilir?

Savunma hakları dahi, tanınmamış değildir. Fransa’da avukatın hazır bulunmasının zorunlu olduğunu, failin on günlük bir düşünme süresine sahip olduğunu ve hatta istinaf kanun yoluna başvurabileceğini hatırlatmak gerekir!

Nihayet, savcının en önemli kişi hâline getirildiği gerekçesiyle yargılama ilkesinin azaltıldığı sonucunun ortaya çıktığı<sup>52</sup> ve özgürlüklerin

<sup>50</sup> Stephen J. Schulhofer, *Plea bargaining as Disaster*, a. g. e., s. 1988-1991.

<sup>51</sup> Anayasa Konseyi, 2 Mart 2004, No: 2004-492 DC, gerekçe 110.

<sup>52</sup> Ulusal Meclis önünde 21 Mayıs 2003 tarihinde A. Vallini’nin müdahalesi, JO déb. parl. 24 Mayıs 2003. Bu milletvekili, “*savcının itham etmek, soruşturmayı yürütmek ve*

ihlâl edilme tehlikesi ile karşı karşıya bulunduğu ileri sürülmüştü. Bu husus öncelikle doğru değildir. Zira savcılar da, tıpkı çalışma arkadaşları hâkimler gibi, adli makamın parçasıdır.<sup>53</sup> Bu husus sonra yine doğru değildir. Zira her ne kadar savcı öneride bulunsa da, daha önce de belirtildiği gibi, kararı veren ve denetim yetkileri önemli olan hâkimdir.

Sonuç olarak, özünde kusurun kabulü, bağımsız bir hâkimin bulunması, soruşturma ve yargılama ayrımının sürdürülmesi ve özellikle savunma haklarına saygı gösterilmesi dolayısıyla adil yargılanma figürüne (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine) uygun düşmektedir.

\*

\*      \*

Bu çalışmanın sonunda, genel olarak iki saptama yapılabilir.

Birincisi, kusurun kabulünün, aşağı yukarı her ülkede mevcut olması dolayısıyla, (kusurun kabulünün bulunduğu) *common law* ülkeleri ile (kusurun kabulünün bulunmadığı) Roma-Cermen ülkeleri arasındaki geleneksel ayrımı bugün için alt üst ettiği.<sup>54</sup> Bu iki hukuk dünyası arasında yakın zamanda çizilen sınırlar, günümüzde en genel şekliyle silinme eğilimindedir.<sup>55</sup>

İkinci saptama, kusurun kabulünün ilke olarak tartışma götürmediği fikrinin teyit edilmesidir. Bunu mümkün kılan uygulama modelleri mevcuttur. Ayrıca, buradan, kusurun kabulünün iyi bir ceza adaleti yönetimi için mutlak kaçınılmaz bir araç olduğu sonucuna varmak istiyoruz. Bakanlar Komitesi tarafından 17 Eylül 1987 tarihinde benimsenmiş olan ceza adaletinin basitleştirilmesi hakkındaki R (87) sayılı tavsiye kararında Avrupa Konseyi, savcılık ile bir anlaşma so-

---

*yaptırım uygulamak ile görevli olacağını, bunun ise, tek bir kişi için çok olduğunu*" özellikle belirtmişti.

<sup>53</sup> Anayasa Konseyi, 11 Ağustos 1993, Karar no: 93-326 DC. Bkz., *RFD const.* 1993, no: 16, s. 849' da Th. S. Renoux'nun yorumu. Ayrıca bkz. Th. S. Renoux ve M. de VILLIERS, *Code constitutionnel*, Juris Code Litec, 2004, s. 612 vd.

<sup>54</sup> A. Langer, "From Legal Transplants to Legal Translations...", *a. g. e.*,

<sup>55</sup> J. Pradel, "Les procédures pénales dans les droits de common law et romano-germaniques: des frontières qui se brouillent", in *Les nouveaux territoires du droit, colloque des Facultés de droit de Poitiers et de Montréal, Poitiers, Aralık 2002*, Poitiers Hukuk Fakültesi Yayını, 2004.

nucunda, failin kusurunu kabul etmesine dayanan usul mekanizmalarından yana olduğunu ortaya koymaktadır. Bu olanağa sahip olan bütün devletler bu yüzden çok geniş bir kullanım alanı yaratmışlardır. ABD’de davaların yaklaşık %90 ila % 95’i *plea bargaining* yoluyla ele alınmaktadır.<sup>56</sup> Daha önce zikrettiğimiz, 1971 tarihli *Santobello v. New York* kararında yargıç E. Burger, “soruşturma makamı ile savunma arasındaki anlaşmayla bir ceza davasının çözüme kavuşturulmasının (...) adaletin esaslı bir unsuru olduğunu ve usulüne uygun olarak yürütülürse, teşvik edilmesi gerektiğini” yazmıştır. İtalyanlar *patteggiamento*’yu gittikçe daha çok kullanmaktadırlar ve bu yüzden 2003 tarihli bir kanunla uygulama alanını bile genişletmişlerdir. Bu tür anlaşmalardan yana mevzuatlar kulübüne en son katılan ülke olan Fransa’ya gelince, bu ülke baştan çıkmış görünmektedir. 1 Ekim 2004’ten 8 Nisan 2005’e kadar, toplam 181 mahkemedan 139’u kusurun kabulünü uygulamıştır. 6326 yargılama bu yeni olanakla ele alınmış olup, başarı oranı % 83,2’dir. Üstelik ilginç bir biçimde, Kuzey Amerika doktrininin kusurun kabulüne karşı en sert olduğu dönem,<sup>57</sup> İtalya ve Fransa’nın kusurun kabulünü geliştirdiği ana denk düşmektedir. Bu ise, müşterek bir ideolojinin (zaman kazanma) ötesinde, mevzuatların teknik plânda birbirilerinden derinden ayrıştığını iyice ortaya koymaktadır.

Böylelikle yeni kurum umut vericidir. Bazı durumlarda uyulması zorunlu bir emirden “müzakere edilmiş bir emre” geçmek suretiyle, sağlıklı gerçek bir devrimi küçük adımlarla benimsetip yaymaktadır.<sup>58</sup> Fakat her zaman mümkün olan sapmalara dikkat etmek gerekir!

<sup>56</sup> Federal davaların % 95’i ve eyalet düzeyindeki davaların % 94’ü, doğrudan bir cezayı takip eden *plea bargaining* yoluyla sona ermektedir. Bkz., A. Garapon ve I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France, a. g. e., s. 72.*

<sup>57</sup> Bu sertlik, *plea bargaining*’in kaldırılmasını ve bunun yerini orta önemdeki davalar bakımından jürinin kaldırılmasına kadar giden diğer normların almasını (*miscellaneous*) veya delillerin duruşmada sunulmasında hâkime büyük bir rol verilmesini bile talep edecek noktaya gelmiştir. Bkz., J. Palmer, “Abolishing Plea Bargaining an End to the Same Old Song and dance”, *American Journal of Criminal Law*, vol. 26, 1998-1999, s. 505 vd. Bununla birlikte aksi yönde bkz. *Criminal Procedure*, 4 ème ed., by Wagne R. La Fave, Jerold H. Israel ve Nancy J. King, a. g. e., s. 968 vd. Kanada’da fikirler daha az belirgindir. Cezanın belirlenmesi hakkındaki Kanada Komisyonu (1987) ve Kanada Hukuk Reformu Komisyonu (1989) “savunmaya ilişkin anlaşmalara”, mağdurun müzakerelerden haberdar edilmesi, sanığın kavrama gücünün hâkim bakımından incelenmesi hakkı gibi bazı düzenlemeler getirilmesi zorunlu olsa bile, ilke olarak muhalif değillerdir. Bkz. P. Beliveau ve M. Vaclair, *Traité général de preuve et de procédure pénale*, 11ème éd. 2004, Montréal, éd. Thémis, no: 1721 vd.

<sup>58</sup> N. Rouland, *Aux confins du droit*, 1991, s. 108.



# ULUSLARARASI CEZA DİVANI VE KİŞİSEL CEZA SORUMLULUĞU\*

M. Yasin ASLAN\*\*

## Giriş

Uluslararası Ceza Divanı'nın hukuksal dayanağını oluşturan Roma Statüsü'ne göre, divan gerçek kişiler üzerinde yargı yetkisine sahip bulunmaktadır. Uluslararası hukuk, genel olarak devlet görevlilerinin davranışlarından kaynaklanan sorumluluğu bir bütün olarak ilgili devlete yüklemektedir. Bu genel kuralın en önemli istisnası, uluslararası suçlardır.<sup>1</sup> Örneğin, savaş hukuku kurallarının ağır ihlalleri birer savaş suçu olarak, bu ihlali yapan devlet görevlisinin kişisel olarak cezalandırılmasını gerektirmektedir.

Statü kapsamına giren suçlardan dolayı, devletler değil, bireyler sorumlu tutulmaktadır. Belli suçları işleyen failer, Statüde öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezalarla ve diğer ceza ve tazminatlara kişisel olarak katlanacaklardır. Makalede; Uluslararası Ceza Divanı Statüsü'nde yer alan kişisel ceza sorumluluğunun esasları anlatılmaktadır.

## II. Uluslararası Suçlar ve Ceza Sorumluluğu

Genel olarak "*uluslararası suçlar*," uluslararası hukukun veya uluslararası antlaşma ve sözleşmelerin suç olarak tanımladığı kişisel tutum

---

\* Makalede yayımlanan görüş ve düşünceler tamamen yazarın kişisel fikirlerini yansıtmaktadır.

\*\* Dr., Hakim Binbaşı, Genelkurmay Başkanlığı Adli Müşavirliği, Uluslararası Hukuk İşleri.

<sup>1</sup> Hortensia, D.T. Gutierrez Posse, "The relationship between international humanitarian law and the international criminal tribunals," *International Review of the Red Cross*, Volume 88, Number 861, March 2006, s. 69.

ve davranış biçimleridir.<sup>2</sup> Gerek savaş suçları ve gerekse diğer uluslararası suçları<sup>3</sup> işleyen kişilerin, bu suçları devlet adına veya görevleri sebebiyle işledikleri yönündeki savunmaları kişisel ceza sorumluluklarını ortadan kaldırmamaktadır. Aynı şekilde, bu kişilerin; yetkili üstlerin veya amirlerinin emri altında hareket ettikleri yönündeki savunmaları da kendilerini kişisel sorumluluktan kurtarmamaktadır.<sup>4</sup>

Uluslararası suçlardan dolayı kişisel ceza sorumluluğu, ceza hukukunun evrensel prensipleri çerçevesinde, özellikle suçların şahsiliği genel ilkesine dayanmaktadır. Bu kapsamda kişiler, işledikleri veya işlenmesini emrettikleri ya da işlenmesine iştirak ettikleri uluslararası suçlardan dolayı kişisel olarak sorumludurlar. Nitekim 1993 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsüne göre; bir kişi planladığı veya başlattığı/kışkırttığı veya emrettiği, işlediği veya diğer bir şekilde planlamasına, hazırlanmasına veya işlenmesine yardımcı olduğu bir savaş suçundan dolayı kişisel olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu nedenle, savaş hukuku kuralları savaş suçu teşkil edecek nitelikteki emirlere itaat etmeyi reddetmek hakkını da ayrıca düzenlemiştir. Sonuç olarak, savaş hukuku, kişilere savaş hukukunun açık bir ihlali sonucunu doğuracak nitelikteki bir emre itaat etmemeyi reddetmek görevini de yüklemektedir.<sup>5</sup>

Hangi eylemlerin uluslararası suçları oluşturacağı konusunda genel bir tanım vermek mümkün değildir. Bununla birlikte; uluslararası sözleşmelerin suç saydığı eylemler, geleneksel uluslararası hukukun ihlal saydığı davranışlar, uluslararası sözleşmelerin yasakladığı faaliyetler, uluslararası mahkemelerin içtihatları ve devlet uygulamaları çerçevesinde suç olarak kabul edilen eylemler, “uluslararası suç” kapsamına girmektedir. Bu kapsamda; barışa karşı suç olan saldırı suçu, savaş hukuku kurallarının ağır ihlali niteliğindeki savaş suçları, herhangi bir sivil topluluğu hedef alan insanlığa karşı suçlar ile belirli bir sivil topluluğu yok etmeye yönelik soykırım, uluslararası hukukun kabul ettiği uluslararası suç niteliğindedir.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Onbirinci Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1994, s. 535.

<sup>3</sup> Saldırı suçu, soykırım, insanlığa karşı suçlar gibi.

<sup>4</sup> Dönmezer-Erman, s. 536.

<sup>5</sup> A. g. e., s. 544.

<sup>6</sup> A. g. e.



### III. Uluslararası Suçlarda Yargı Yetkisi

Uluslararası suçlardan dolayı, ulusal mahkemelerin yargılama yapabilmeleri, şu ilkeler doğrultusunda mümkün olmaktadır:

**1. Ülke veya toprak ilkesi:** Suçun işlendiği ülke devletinin mahkemesine yargı hakkı tanımaktadır.

**2. Vatandaşlık ilkesi:** Suçu işleyen kişinin vatandaşı olduğu devlete yargı yetkisi vermektedir.

**3. Mağduriyet ilkesi:** Suç nedeniyle ölen, yaralanan veya zarar gören kişinin vatandaşı olduğu devlete yargı yetkisi vermektedir.

**4. Koruyuculuk ilkesi:** Bir devletin koruması altında bulunan kişilere yönelik eylemler koruyucu devlet mahkemesine yargılama yetkisi vermektedir.<sup>7</sup>

Uluslararası suçlarda ulusal mahkemelerin yetkisi açısından yukarıda belirtilen ilkelerin dışında, "evrensellik ilkesi" denilen çok önemli bir yargılama ilkesi daha vardır. Bu ilke; uluslararası belirli suçlar için, bu suçlarla ülke, vatandaşlık, mağduriyet veya koruyuculuk gibi hiçbir ilgisi olmayan herhangi bir devlete dahi yargı yetkisi tanımaktadır. Evrensel yargı yetkisinin söz konusu olabilmesi için, suçun özel ağırlık taşıması veya uluslararası toplumun tümünü etkilemesi gerekmektedir.<sup>8</sup>

Bu derece ağır suçları işleyen kişilerin yargı organları önüne getirilmesinde bütün devletlerin menfaatinin bulunması sebebiyle, bu suçları işleyen failerin herhangi bir devlet mahkemesi tarafından yargılanması imkanı uluslararası hukukta kabul edilmiş bulunmaktadır. Kısaca, ağır bir uluslararası suç failinin, örneğin sivil halka karşı kimyasal gaz kullanılması sonunda toplu katliamlara sebep olan bir yabancıнын, yabancı bir ülkede işlemiş olduğu bu suçtan dolayı, bu suçla doğrudan etkilenmeyen bir başka ülkenin faili elde etmesi halinde, faili elinde bulunduran devlet evrensel yargı yetkisine dayanarak yargılama hakkına sahip olacaktır.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Yargı yetkisi hususunda bakınız; *a. g. e.*, s. 362.

<sup>8</sup> Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt:1*, Genel Hükümler, onüçüncü tıpkı basım, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995, s.153.

<sup>9</sup> *A. g. e.*

#### IV. Uluslararası Suçların Failer ve Mağdurları

Uluslararası suçların nitelikleri ve yargı kararları çerçevesinde, bu suçların kimler tarafından işlenebileceğinin tespit edilmesi, suçların kapsam ve sınırlarının daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Bu bakımdan, başta savaş suçları olmak üzere, insanlığa karşı suçlar, soykırım ve saldırı suçunun fail ve mağdurlarını karşılaştırmalı olarak incelemek gerekmektedir.

“Savaş suçları,” teknik anlamda savaş hukuku kurallarının ağır ihlalleri anlamına gelmektedir. Bu kurallar silahlı çatışmalarda askeri gereklilik ve insancıl düşünceler arasında denge kurmak amacıyla kabul edilmiştir. Kuralların koruma altına aldığı şahıslar; savaş esirleri, yaralı, kazazede ve hastalar ile siviller gibi, gerek muharebe dışı kalmış askerler ve gerekse sivillerdir. Asker ve sivillerden oluşan bu şahısların statülerinin gerektirdiği korumayı yok sayan kasıtlı ve ağır ihlaller birer savaş suçu olarak, hem askerlere, hem de sivillere yönelik olarak; gerek askerler tarafından ve gerekse de siviller tarafından işlenebilir.<sup>10</sup> Örneğin, teslim olmuş bir çatışan taraf askerinin, savaş esiri olarak işlem görmeyip işkenceye tabi tutulması askere; meskun mahallerde sivilleri hedef alan bir eylem ise sivillere karşı işlenmiş bir savaş suçudur.

İnsanlığa karşı suçların da hem askerler, hem siviller tarafından işlenebilmesi mümkündür. Savaş suçlarından farklı olarak, bu suçlar “herhangi bir sivil topluluğa karşı” işlenebilmektedir. Ayrıca, insanlığa karşı suçtan bahsedebilmek için, insan topluluğuna yöneltilen eylemlerin geniş çapta ve sistematik bir saldırı teşkil etmesi koşulları aranmaktadır. Bu koşulu taşımayan eylemler ayrı birer savaş suçları şeklinde tanımlanacaktır.<sup>11</sup>

Soykırım ise, belli bir grubu hedef almaktadır. Soykırım; ulusal, etnik,ırki veya dini bir grubu tamamen veya kısmen ortadan kaldırmaya yönelik hareketlerdir. Soykırım da, askerler ve siviller tarafından işlenebilen bir suçtur.

Savaş suçlusu kavramı, kural olarak, statüsüz sivilleri de kapsama-

<sup>10</sup> Dönmezer-Erman, s. 539. Bir savaş suçunun siviller tarafından işlenmesine dramatik bir örnek, arızalanan veya vurulan bir uçaktan atlayan bir pilotun (kazazede) sivil ahali tarafından linç edilmesi olayıdır.

<sup>11</sup> A. g. e., s. 541-542.

sına karşın, saldırı suçu mahsus bir suçtur. Bu suçu sıradan sivillerin ve askerlerin işlemesine olanak bulunmamaktadır. Bu suç ancak askeri, siyasi ve hatta ekonomik “üst düzey lider” pozisyonunda bulunan kişiler tarafından işlenebilir. Saldırı suçunun tanımı bugüne kadar yapılamamıştır. Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü’nde barışa karşı suçlar olarak yer alan saldırı suçu, “bir devletin bağımsızlığını ve toprak bütünlüğünü bozmak amacıyla, hukuka açıkça aykırı olarak, silahlı kuvvete başvurmak” şeklinde tanımlanabilir. En geniş anlamda saldırı suçu, bir devletin meşru müdafaa hakkını aşan boyutlarda kuvvet kullanması anlamına gelmektedir. Saldırı suçu ancak devletlere karşı işlenebileceği için, bu suçun mağduru devletlerdir.<sup>12</sup>

Kuvvete başvurmanın meşruluğu hususu, hareket hukuku kapsamında irdelenmesi gereken bir sorundur. Buna karşılık, kuvvete başvurmanın meşruluğu sorununun ötesinde,<sup>13</sup> kullanılan kuvvetin tarz ve hedefleri açısından, örneğin kullanılan silahların yasallığı veya sivillerin hedef alınması gibi hususlar ise, savaş hukukunu ilgilendirmektedir.<sup>14</sup> Bu bakımdan, hukuka açıkça aykırı olarak kuvvete başvurma, yani saldırı teşkil eden bir askeri hareket veya işgalde, ayrıca hiçbir savaş suçunun veya diğer uluslararası suçların işlenmemiş olması mümkün bulunmaktadır.

## V. Uluslararası Ceza Divanına Göre Kişisel Ceza Sorumluluğu

### 1. Kişisel Ceza Sorumluluğu

Roma Statüsünde kişisel ceza sorumluluğu söz konusudur. Uluslararası Ceza Divanı gerçek kişiler üzerinde yargı yetkisine sahip bulunmaktadır. Statü, kapsama giren suçlar açısından devletleri değil, bireyleri sorumlu tutmakta olup, suçları işleyen failerin, statüde öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezalara veya diğer ceza ve tazminatlara kişisel olarak katlanacakları hükme bağlanmıştır.

Statüde yer alan hükümlere göre; kişisel ceza sorumluluğu kapsamına giren eylemler; işlenmiş veya teşebbüs edilmiş herhangi bir suçun; tek başına veya başkası ile birlikte ya da birisinin yardımı ile

<sup>12</sup> A. g. e., s. 537.

<sup>13</sup> Saldırı veya meşru müdafaa hali durumunda kuvvet kullanılması gibi.

<sup>14</sup> Savaş suçları, soykırım veya insanlığa karşı suçlar gibi. Başka örnekler için bkz., a. g. e., s. 538.

işlenmesi, işlenmesini teşvik, ikna veya emretme, işlenmesine yardım, yataklık, kolaylaştırma, vasıta sağlama, ortak bir amaç altında bir grubun işlediği bir suçta herhangi bir şekilde bilerek katkı yapma; soykırım suçuna ilişkin olarak ise, suçun işlenmesine açık ve doğrudan kışkırtma; herhangi bir suçla ilgili olarak da suçun işlenmesi ile ilgili icra hareketlerine başlamasına karşın, suçun failin iradesinde olmayan sebeplerle suçun tamamlanamamasıdır. Bir kişi icra hareketlerine başladığı bir suçtan vazgeçerse veya suçun tamamlanmasını başka bir şekilde önlerse, isteyerek ve tamamen vazgeçirmek koşulu ile, teşebbüs etmiş olduğu suçtan dolayı cezalandırılmayacaktır.<sup>15</sup>

Görüldüğü üzere; Uluslararası Ceza Divanı suça iştirak halleri ile, suçlara teşebbüs, vazgeçme ve faal nedamet hallerini, ulusal ceza yasamıza paralel bir şekilde düzenlenmiştir. Uluslararası Ceza Divanı tarafından verilecek bireysel cezaların, devletlerin bu eylemlerden doğan uluslararası hukuk sorumluluklarını kaldırmayacağı ve statünün hiçbir hükmünün bu şekilde yorumlanmayacağı da ayrıca vurgulamaktadır.

Roma Statüsünün, ulusal ceza yasalarından ayrılan önemli özelliklerinden birisi de, 18 yaşından küçüklerin işlemiş oldukları suçlardan dolayı Statü kapsamında bir ceza sorumluluğuna tabi tutulamayacağını öngörmüş olmasıdır. Bu sorumsuzluk; suçun işlendiği tarih itibarıyla on sekiz yaşın altında bulunan küçükleri kapsamaktadır. Roma Statüsünü böyle farklı bir uygulamaya iten sebebin, insani düşüncelerin yanı sıra, savaş suçlarının özelliği itibarıyla, küçüklerin silah altına alınmasını ve silahlı çatışmalarda kullanılmasını yasaklayan çocuk hakları sözleşmeleri hükümlerinin de dikkate alınmış olmasıdır.

## 2. Komutanların ve Diğer Üstlerin Ceza Sorumluluğu

Roma Statüsü kişisel sorumluluk halleri dışında, “komutanların ve diğer üstlerin sorumlulukları” başlığı altında, özel bir ceza sorumluluğu hali de öngörmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu sorumluluk hali, Roma Statüsü ile başlamış bir uygulama değildir.

<sup>15</sup> Suça iştirak ve teşebbüs hususlarında bakınız; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 1998, s. 186-190.

Uluslararası ceza yargılamasındaki yeri önceye dayanmaktadır.<sup>16</sup> Getirilen düzenlemeler ile, sorumluluk halinin kişisel sorumluluğu aşan niteliğine karşılık, görev ve yetkilerle orantı ve ölçüsü bakımından kurulan denge, sorumluluk halini ceza hukuku ve suçta şahsılık ilkeleri ile bağdaşır kılmaktadır.

Statüde yer alan hükmün başlığında kullanılan “diğer üstler”den kasıt, bir askeri karargahta bulunan subaylar değil, komutan veya diğer üst düzey yönetici veya siyasetçilerdir. Bu özel sorumluluğun, “saldırı suçundan dolayı” liderlere yönelecek suçlama ile karıştırılması gerekir. Zira komutan ve üstlerin sorumluluğu, ancak saldırı suçu dışında kalan suçlar için söz konusu olabilir. Saldırı suçunda ise ancak lider durumda olan kişiler için, bizzat kişisel sorumluluk söz konusu olmaktadır.<sup>17</sup>

Savaş hukukunun “komutan sorumluluğu”na ilişkin kurallarına göre; savaş suçlarının işlenmekte veya işlenmek üzere olduğuna dair haber veya bilgisi olan bir komutan; önleyici veya suçluları cezalandırıcı tedbirleri almadığı takdirde, kişisel olarak ceza sorumluluğuna maruz kalacaktır.<sup>18</sup> Nitekim Uluslararası Ceza Divanı’nın; “Komutanların veya diğer üst rütbelilerin sorumluluğu” başlığını taşıyan hükmünde; bir komutan veya amirin emri veya kontrolü altında bulunan şahıslarca savaş suçunun işlenmesi durumunda, komutan veya amirin suçların işlenmekte veya işlenmek üzere olduğuna dair bilgisi olması gerektiği ve makul önlemleri almadığı veya suçları kovuşturma ve yargılama makamlarına iletmediği hallerde, o suçtan dolayı ceza sorumluluğunun bulunduğu açıkça belirtilmektedir.<sup>19</sup>

Statünün; komutan sorumluluğunu ceza hukukunun genel ilkelelerinden sapmadan, mümkün olduğu kadar geniş sorumluluk doğuracak şekilde düzenlediği görülmektedir. Komutanların yalnız bildiği hususlarla değil; “bilmesi gereken hususlardan” da sorumlu tutulduğu görülmektedir. Elbette ki; “bilmesi gereken” hususların takdiri Uluslararası Ceza Divanı yargıçlarına ait olup, bu takdir yapılırken komutanın askeri yasalar çerçevesindeki görev ve yetkileri ile savaş suçlarının iş-

<sup>16</sup> Posse, s. 71.

<sup>17</sup> A. g. e.

<sup>18</sup> A. g. e.

<sup>19</sup> A. g. e., s. 72.

lendiği ve komutanın çalışma koşullarının da dahil olduğu ortam veya çevrenin durum ve koşullarının birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu bakımdan, komutan savaş suçlarına emir komuta zinciri açısından ne kadar yakın ise, *"bilmesi gereken"* yönünde yapılacak bir tespit o kadar muhtemeldir. Bu nedenle, bir komutanın gerçekten hiç bilmediği savaş suçları hakkında, bilme görevine kayıtsızlığı sebebiyle o suçları işlemiş gibi sorumlu tutulması kuvvetle muhtemeldir. Aynı şekilde, komutanın daha sonra öğrendiği savaş suçularını rapor etmemesi onun bu suçlara iştirak etmiş gibi cezalandırılmasını da gerektirebilecektir.<sup>20</sup>

Şüphesiz ki; devlet yapısı içinde, askerler haricinde makam, memuriyet, resmi görev veya yetki itibarıyla, sorumlu olduğu insanlar üzerinde etkin derecede kontrol gücüne sahip diğer üstler de bulunmaktadır. Bu durumdaki üstlerin, komutan sorumluluğuna sahip askeri personel gibi, mevcut kişisel sorumluluklarına ilaveten, Uluslararası Ceza Divanı'nın yargı yetkisi bakımından, özel görev ve sorumlulukları da bulunmaktadır. Bu niteliğe sahip diğer üstler, etkin kontrol ve denetim altında bulundurdıkları astlarının suç işlediklerini veya işlemek üzere olduklarını bildiği veya bu yöndeki mevcut bilgileri bilerek ihmal ettiklerinde, söz konusu suçla ilgili faaliyetlerin üstün etkin kontrol sorumluluğuna dahil olması durumunda, üst bu suçların önlenmesi, bastırılması, soruşturma ve dava yetkisine sahip makamlara iletmek için gerekli ve makul tedbirleri almadığı takdirde, onların da işlenen suçlardan dolayı sorumlu olması esası getirilmiştir.<sup>21</sup>

## VI. Ceza Sorumluluğunu Etkileyen Haller

Bir kimsenin uluslararası bir suç işlediği iddiası üzerine, bu iddiayı kovuşturacak ulusal ve uluslararası yargı makamları, soruşturu-

<sup>20</sup> Diğer taraftan, karargah subaylarının komutan sorumluluğu bulunmamakla birlikte, savaş suçlarından dolayı sorumlulukları söz konusu olabilmektedir. Bir karargah subayının işlenen suçlardan dolayı sorumlu olabilmesi için, o karargah subayının mensup olduğu karargaha bağlı birimlerde savaş suçlarının işlenmekte veya işlenmek üzere olduğunun farkında olması ve durumu komutana veya diğer yetkili bir soruşturma makamına rapor etmemiş olması gerekmektedir. a. g. e., s. 73.

<sup>21</sup> M. Cherif Bassiouni, "Explanatory note on the ICC Statute," *International Review of Penal Law*, Reprint, Volume 71, 2000, s. 9.

lan ve yargılanan kişilerin söz konusu eylemlerden dolayı suçlu olup olmadığına, suçlu ise uygun ceza ve/veya diğer bir yaptırıma maruz kalmasına karar verecektir. Söz konusu yargısal makamlar ceza sorumluluğunu belirlerken, bazı olgu ve olayları da dikkate almaktadır. Roma Statüsünde yer alan ceza sorumluluğunu etkileyen bu hususlar bu bölümde maddeler halinde açıklanmıştır:

### 1. Üstlerin Emirleri

Uluslararası ceza yargılamalarında, kural olarak, üstlerin emirleri savaş suçlarına ilişkin geçerli bir savunma teşkil etmemiştir. Yine de, üstlerin emrinin yerine getirilmesi cezanın azaltılmasında takdiri bir sebep olarak dikkate alınmıştır. Uygulamada, emirlere itaat yönündeki askeri disiplinin gerekleri ile adaletin sağlanması bakımından emri yerine getirenin cezасız kalmaması gereği arasında uzunca süre bir çatışma ve çelişme yaşanmıştır.<sup>22</sup>

Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nden önce, üstlerin emirleri gereğince suç işlenmesi hallerinde, galip devletler ele geçirdikleri sanıklardan, çoğunlukla sadece emri veren komutanları savaş suçlusu olarak yargılamışlardır. Ancak, Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesinin sorumluluklarla ilgili statü hükümleri bu durumu değiştirmiş ve *"suçlanan kişinin, üstlerinin emirlerini yerine getirdiği"* yönündeki savunmasının geçerli ve araştırılacak bir durum olmayacağı kabul edilmiştir. Buna karşılık aynı statü, mahkemenin böyle bir durumu, *"hakkaniyetin öyle gerektirmesi halinde,"* cezada indirim sebebi olarak kabul edebilmesini öngörmüştür.<sup>23</sup>

Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü'ndeki durum, 1993 Eski Yugoslavya ve 1994 Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüleri'nde de aynen benimsenmiştir.<sup>24</sup> Roma Statüsü de üstlerin emirlerini, kural olarak, bireysel ceza sorumluluğundan kurtaran meş-

<sup>22</sup> *International Law Deskbook*, Charlottesville, Virginia: The Judge Advocate General's School, 1990, s. 9/7-8.

<sup>23</sup> M.Charif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992, s. 369.

<sup>24</sup> Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü, m. 7 ve 8, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü m. 7, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü m. 6.

ru bir sebep olarak kabul etmemektedir. Ancak, aşağıda belirtilen üç koşulun birlikte gerçekleşmesi halinde, üstlerin emirleri doğrultusunda suç işleyen kişilerin ceza sorumluluğundan tamamen kurtulacağını hükme bağlamıştır:

A. Suçlanan ast, söz konusu emre itaat etmek hususunda yasal bir sorumluluk altında olmalıdır.

B. Suçlanan ast, verilen emrin yasadışı olmadığı farkında olmamalıdır.

C. Verilen emrin yasadışı olduğu açıkça anlaşılmalıdır.<sup>25</sup>

Görüldüğü üzere, Uluslararası Ceza Divanı yargı yetkisi açısından, daha önceki uluslararası mahkemelerde geçerli bir sebep olarak kabul edilmeyen “üstlerin emirlerini yerine getirme” savunması, istisnai olarak, yukarıda sıralanan koşulların hepsinin beraberce mevcudiyeti hallerinde, geçerli bir savunma olarak kabul edilmektedir.<sup>26</sup> Ancak, son koşulun yorumunda, statü kapsamında bir sınırlama getirilmiş olup; “soykırım” ile “insanlığa karşı suçların” işlenmesine yönelik emirlerin açıkça hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Bu durum, yani belli koşullarda üstlerin emirlerini yerine getirmenin ceza sorumluluğunu kaldırması; askerlik yaşamın gerekleri ve bir askerin sorumlulukları ile adalet menfaatleri arasında ahenkli bir dengenin kurulmuş olduğuna bir örnek teşkil etmektedir.<sup>27</sup> Hemen belirtmek gerekir ki, Uluslararası Ceza Divanı yargılaması açısından, emrin yerine getirilmiş olması hali kanuni bir hafifletici sebep olarak kabul edilmemektedir. Buna karşılık, divanın bu hususu takdiri hafifletici bir sebep olarak dikkate alması mümkündür.

## 2. Somut Olayda Yanılma

Somut olayda yanılma, gerek öğretilerde ve gerekse uygulamada geçerli bir savunma kabul edilmektedir. Örneğin, bir topçu birliğinin komutanının düşman komuta merkezi olarak değerlendirdiği bir bi-

<sup>25</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü m. 27 ve 28.

<sup>26</sup> Bassiouni, “Explanatory note on the ICC Statute,” s. 15-16.

<sup>27</sup> Albin Eser, “‘Defences’ in War Crime Trials”, in *War Crimes in International Law* (Yoram Dinstein–Mala Tabory), The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, s. 261-270.



naya ateş emri verip imha etmesi durumunda, burasının daha sonra yapılan araştırmada, gerçekte bir okul veya hastane olduğunun ortaya çıkmış olması karşısında, somut duruma ilişkin belli hal ve koşulların mevcudiyeti çerçevesinde, aslında bir savaş suçu olarak değerlendirilebilecek böyle bir durumda; komutanın sorumlu tutulmaması, “*somut olayda veya gerçekte yanılma*” sebebiyle sorumluluğu cihetine gidilmesi mümkün olabilecektir.<sup>28</sup>

Roma Statüsü, “*olayda yanılmayı*”, “*kasıt*” unsurunu ortadan kaldıracak nitelikte olmak şartıyla, geçerli bir savunma kabul etmektedir. Şüphesiz ki, meselenin özü suçlanan kişinin suç kastına gerçekten sahip olup olmadığının belirlenmesidir. Burada olayın koşulları, mevcut deliller ve istihbarat verileri, görevin gerektirdiği inceleme ve değerlendirmenin yapılmış olması ve buna rağmen yanılmanın meydana gelmesi gibi haller, suç kastını etkileyen durumlar olarak değerlendirilebilecektir.

### 3. Meşru Müdafaa

Savaş suçları yargılamasında kendini ve başkalarını savunma gerekçeleri, kişileri ceza sorumluluğundan koruyan haller arasındadır.<sup>29</sup> Roma Statüsü de savaş suçları kapsamında, bir kişinin kendisini veya başkalarını, ani ve hukuk dışı saldırılara karşı tehlikeye uygun bir şekilde koruma hakkını kabul etmektedir. Statü meşru müdafaa hakkını sadece yaşama yönelik değil, aynı zamanda mallara yönelik saldırılar karşısında da tanımaktadır.

Statü mallar konusunda ayırım yaparak, saldırıya uğrayanın yaşamı açısından önemli olan mallar ile askeri görevin yerine getirilmesi açısından gerekli olan mallara yönelik saldırılara karşı meşru müdafaa hakkını tanımaktadır. Statü ayrıca, meşru müdafaa halinde bulunan

<sup>28</sup> Norveç Temyiz Mahkemesi’nde görülen 1947 tarihli bir davada, birçok Norveç vatanşının ölüm cezasını infaz eden bir görevli sanık olarak yargılanmış ve beraat etmiştir. Mahkeme kararının gerekçesinde sanığın, gerçekte “meşru bir mahkemenin” verdiği ölüm cezasını infaz etmekte olduğuna inanmış olmasını göz önüne almıştır. Bakınız *Uluslar Arası Ceza Divanı ve Uluslara Arası Ceza Yargılaması*, Harp Akademileri Yayını, İstanbul: Harp Akademileri Basımevi, 2003, s. 35.

<sup>29</sup> Ömer İlhan Akipek, *Meşru Müdafaa'nın Mahiyeti ve Benzeri Müesseselerle Mukayesesi*, Ankara: AÜHF Yayınları No. 82, 1955, s. 26.

bir kişinin kullanmakta olduğu kuvvetin, başlı başına meşru müdafaa için herhangi bir gerekçe teşkil etmeyeceğini de belirlemektedir.<sup>30</sup>

#### 4. Zorlama

Kural olarak, savaş suçlarına ilişkin yargılamalarda, suçlanan kişinin zorlama altında kalarak suç kabul edilen eylemi gerçekleştirmesi de geçerli bir savunma olarak kabul edilmektedir. Bu durum, ya zorlama neticesinde zorlanan kişinin eylemi isteme iradesinin ortadan kaldırılması, ya da zorlanan kişinin kendi yaşamını kurtarması alternatifinin kalmaması ile açıklanabilmektedir.<sup>31</sup>

Bir kişinin zorlama altında eylemi gerçekleştirdiği kabul edilerek sorumluluktan kurtulması için; aşağıdaki koşulların bir arada olarak gerçekleşmesi gerekir:

A. Zorlanan kişinin suçu gerçekten istemeden yapmış olduğu konusunda ciddi deliller olmalıdır. Şayet suç, zorlamanın etkisi sona erdikten sonra işlenmiş bulunuyorsa geçerli bir zorlama savunması kabul görmez.

B. Suçlunun zorlama altında kalarak meydana getirdiği zarar, zorlanan kişiye potansiyel olarak yöneltilen zararla orantılı olmalıdır. Suçlanan kişinin birkaç günlük hürriyetinin sınırlandırılması tehdidi ile başka birisini öldürmeye zorlanması, bu yöndeki savunmayı geçerli kılmaz.<sup>32</sup>

Roma Statüsü'ne göre de, zorlama altında suç işlenmesi hali geçerli bir savunma olarak kabul edilmektedir. Statüye göre, suçun işlendiği sırada mevcut bulunun bir ölüm tehdidine veya bedeni zarara maruz olan kişi, söz konusu bu tehdit veya tehlikelerden gerekli ve makul bir şekilde kaçınmasına karşın, kaçınabileceği zarara göre daha ağır bir zarara niyetlenmediği takdirde, statü kapsamına giren bir suçu işlemek zorunda kalmış ise, bu suçtan dolayı sorumlu tutulmayacaktır.

<sup>30</sup> Dönmezer/Erman, s. 548.

<sup>31</sup> Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Yargılama Dairesinin Kupreskic ve diğerleri kararı, p. 515-520; Erdemovic kararı, p. 88.

<sup>32</sup> Sahir Erman, *Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7 nci Bası*, İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1983, n. 118-119.

Bu duruma göre, Uluslararası Ceza Divanı yargılamasında zorlama sebebiyle suç işlenmesi halinde, aşağıdaki koşulların birlikte bulunması halinde, kişi sorumlu tutulmayacaktır:

A. Suçlu, söz konusu eylemi gerçekleştirmeyi gerçekten istememiş olmalıdır.

B. Suçlunun maruz bulunduğu zarar tehlikesi ile neden olduğu zarar orantılı olmalıdır.

C. Suçlunun maruz bulunduğu tehlike hemen bir ölüm tehlikesi veya devam eden veya ani, ciddi bedensel bir zarar olmalıdır.<sup>33</sup>

Ç. Suçlu koşulları altında bulunduğu zorlamadan makul bir şekilde kurtulmak için gerekli davranışları göstermiş olmalıdır.

## 5. Statüde Yer Alan Ceza Sorumluluğunu Etkileyen Diğer Haller

Statüde yer alan zihinsel hastalıklar, uyuşturucu ve alkol gibi sarhoş edici etkiler ceza sorumluluğunu etkileyen diğer haller olarak kabul edilmektedir. Savaş hukukunun, uluslararası hukukun veya diğer uygulanabilir kurallardan kaynaklanan sorumsuzluk sebepleri de sorumluluğu etkileyen diğer haller olarak kabul edilebilecektir. Bunlardan zihinsel hastalık ve rahatsızlıklarda; rahatsızlığın bir kişinin tutum ve davranışının nitelik veya yasa dışılığını kavrama kapasitesini bozması veya kişinin davranışlarını yasalara uygun şekilde ayarlama gücünü ortadan kaldırması hallerinde ceza sorumluluğundan kurtulmak mümkün olabilecektir. Sarhoş edici maddelerin tesiri altında bulunan kişilerin, bu durumda iken sorumluluktan kurtulabilmek için, ayrıca kişinin gönüllü olarak bu maddeleri kullanmaması veya kişinin bu sarhoş edici maddelerin tesiri ile mahkemenin yetkisindeki suçlara karışabileceği hususunda bilgisinin olmaması ve bu yöndeki mevcut riskleri ihmal etmemiş olması koşulu aranacaktır.<sup>34</sup>

## 6. Kaza

Kaza, ceza sorumluluğunu etkileyen bir durum olarak, Uluslararası Ceza Divanı Statüsü'nde yer almaktadır. Ceza hukukunda ölüm

<sup>33</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü m. 27 ve 28.

<sup>34</sup> *Uluslar Arası Ceza Divanı ve...*, s. 37.

veya zararın kaza ile meydana geldiği yönündeki bir savunmanın bazı koşullarda sorumluluktan kurtulma sebebi kabul edilmesi mümkündür.<sup>35</sup> Örneğin, bir muharebe alanında sağlık hizmeti sebebi koruma altında bulunan düşman kuvvetlere ait bir ambulans aracının tahrip edilmesinin bir yanlışlık, sapma veya silahın hatalı çalışması sonucu olması veya bir sivil yerleşim biriminin, hedeften sapan bir havan mermisi ile isabet alarak bazı sivil şahısların ölmesi halleri, geçerli olabilecek savunma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yargılamaya yetkili mahkeme, ölüm, yaralanma veya hasarın bir hata veya kaza ile olduğu sonucuna varırsa, suçlanan şahıs yargılandığı savaş suçundan dolayı aklanabilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, kaza veya hata savunmasının bir çatışmada sık sık ileri sürülüyor olması, özellikle bu kazaların çok iyi eğitilmiş, sürekli tatbikat ve uygulama olanağına sahip ve teknolojik olarak çok iyi teçhiz edilmiş bir ordunun bu yöndeki savunmasının inandırıcılığını zayıflatabilecektir.<sup>36</sup> Roma Statüsü kapsamında özel olarak düzenlenmemiş bulunan kaza halinin, ayrıca suçun manevi unsuru olarak kabul edilen "*bilme ve isteme*" unsurunu ortadan kaldırdığı müddetçe, geçerli bir savunma olarak kabul edilmesi mümkün görülmektedir.

## 7. Devlet Temsilcilerinin, Resmi Statüdekilerin veya Dokunulmazlıkları Olanların Eylemleri

Devlet temsilcilerinin, resmi statüdekilerin veya dokunulmazlıkları olanların eylemleri, Uluslararası Ceza Divanı dahil, uluslararası ceza yargılamalarında geçerli bir savunma olarak kabul edilmeyen sebeplerdir. Uluslararası suçlara ilişkin ceza yargılamalarında suçlanan kişinin resmi statüsü, ne geçerli bir savunma ne de geçerli bir ceza artırımı halidir. Nitekim Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi bir kararında açıkça, bazı koşullarda devlet temsilcilerinin ceza yargısından korunacağına dair uluslararası hukuk prensibinin, uluslararası suçların sanıklarına uygulanamayacağına karar verilmiştir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü de aynı kuralı teyit etmiş ve resmi statünün uluslararası suçlar ile ilgili yargılamada indirim nedeni

<sup>35</sup> Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1975, s. 170.

<sup>36</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü m. 32.

olarak da kabul edilmeyeceğini hüküm altına almıştır.<sup>37</sup>

Uluslararası Ceza Divanı Statüsü de bu paralelde, Statünün resmi yetki ayrımına dayanmaksızın bütün kişilere eşit bir şekilde uygulanacağını hüküm altına almıştır. Statü bu bağlamda devlet veya hükümet başkanlığının, hükümet veya parlamento üyeliğinin, seçilmiş bir temsilcinin veya bir hükümet görevinin hiçbir kimseyi Statü kapsamı suçların yargılmasında ceza sorumluluğundan kurtarmayacağını ve bu hususların herhangi bir ceza indirim nedeni olarak kabul edilmeyeceğini açıkça belirtmiştir. Statüde ayrıca; bir kişinin resmi yetkisi dikkate alınarak, bu kişiye ulusal veya uluslararası hukuk tarafından verilmiş bulunan dokunulmazlık ve özel yargılama usullerinin, Uluslararası Ceza Divanını yargı yetkisini kullanmaktan alıkoymayacağı hüküm altına alınmıştır.<sup>38</sup>

## 8. İç Hukuka Uygunluk Savunması

Uluslararası hukuk tarafından suç olarak kabul edilen herhangi bir eylem için, o eylemi gerçekleştiren kişinin tabi olduğu devlet yasaları tarafından bir suç veya cezanın öngörülmemiş olması, o kişiyi uluslararası ceza sorumluluğundan kurtarmamaktadır. Hatta eylemin ulusal hukuk çerçevesinde yani ulusal hukuk gereği olarak yerine getirilmiş olması dahi, uluslararası ceza sorumluluğunu kaldırmamaktadır.<sup>39</sup>

## Sonuç

Uluslararası suçlardan dolayı kişisel ceza sorumluluğu, ceza hukukunun evrensel prensipleri çerçevesinde, özellikle suçların şahsiliği genel ilkesine dayanmaktadır. Bu kapsamda kişiler, işledikleri veya işlenmesini emrettikleri veya işlenmesine iştirak ettikleri uluslararası suçlardan dolayı kişisel olarak sorumludurlar.

Roma Statüsü'ne göre, Uluslararası Ceza Divanı gerçek kişiler üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Statü kapsama giren suçlar açısından devletleri değil, bireyleri sorumlu tutmakta olup, suçları işleyen faillerin, Statüde öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezalar ile diğer ceza ve

<sup>37</sup> *Uluslararası Ceza Divanı ve...*, s. 37.

<sup>38</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü m. 27 ve 28.

<sup>39</sup> Dönmezer/Erman, s. 547.

tazminatlara kişisel olarak katlanacakları hükme bağlanmıştır. Roma Statüsü kişisel sorumluluk halleri dışında, “komutanların ve diğer üstlerin sorumlulukları” başlığı altında, özel bir ceza sorumluluğu hali de öngörmektedir.

Uluslararası suçlarla ilgili kişisel sorumluluk, kuşkusuz ki, yalnız söz konusu suçları işleyen kişilere yönelik kişisel sorumluluk halleriyle sınırlı değildir. Uluslararası hukuk, uluslararası suçlara ilişkin olarak, devletlere de bir takım yükümlülükler getirmektedir. Örneğin, Cenevre Sözleşmeleri’ne göre bütün devletler ve çatışan taraflar, savaş hukuku kurallarına, koşullar ne olursa olsun, saygı göstermek ve uymak zorundadırlar. Cenevre Sözleşmeleri bir taraftan asker ve sivil bireylere yönelik olarak savaş kurallarına itaati emrederken, diğer yandan silahlı çatışmalarda taraf olan hükümetlere tedbir ve yükümlülükler getirmektedir.

Uluslararası Ceza Divanı Statüsü devletlere savaş hukuku kurallarının ağır ihlallerinin uluslar yasalarca suç olarak belirlenmesini ve ulusal mahkemeler tarafından etkin bir şekilde cezalandırılması yükümlülüğünü getiren bir ceza sistemi öngörmektedir. Bu hükümlere göre, Roma Statüsü’ne taraf olsun veya olmasın, tüm devletler, artık Uluslararası Ceza Divanı Statüsü’nde belirtilen suçları işleyen kişileri araştırıp, ele geçirmek, kendi uyuşunda bulunan kişilerce işlenmiş suçları ya da kendi topraklarında veya kontrolünde işlenmiş suçları yargılamak zorundadırlar. Zira savaş suçlularının, suçla ilgisi olmayan herhangi bir devlet tarafından da yargılanabilmesi veya Uluslararası Ceza Divanı’na sevk edilebilmesi mümkün hale gelmiş bulunmaktadır.

### KAYNAKÇA

- Akipek, Ömer İlhan, *Meşru Müdafanın Mahiyeti ve Benzeri Müesseselerle Mukayesesi*, Ankara: AÜHF Yayınları No. 82, 1955.
- Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1975.
- Bassiouni, M.Charif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992.
- , “Explanatory note on the ICC Statute,” *International Review of Penal Law*, Reprint, Volume 71, 2000.
- Dinstein, Yoram -Mala Tabory, *The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers*, 1996.

- Dönmezer, Sulhi/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Onbirinci Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1994.
- Erem, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt:1*, Genel Hükümler, onüçüncü tıpkı basım, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995.
- Erman, Sahir, *Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası*, İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1983.
- International Law Deskbook*, Charlottesville, Virginia: The Judge Advocate General's School, 1990.
- Posse, Hortensia, D.T. Gutierrez, "The relationship between international humanitarian law and the international criminal tribunals," *International Review of the Red Cross*, Volume 88, Number 861, March 2006, s. 65-86.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 1998.
- Uluslararası Ceza Divanı ve Uluslara Arası Ceza Yargılaması*, Harp Akademileri Yayını, İstanbul: Harp Akademileri Basımevi, 2003.

# CEZA MUHAKEMESİNDE KOVUŞTURMA MECBURİYETİ İLKESİNDEN MASLAHATA UYGUNLUK İLKESİNE

Hüsamettin UĞUR \*

## GİRİŞ

5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun,<sup>1</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu gibi temel kanunlarda değişiklik öngörmesine rağmen kamuoyu ve medyada en fazla tartışılan ve daha da tartışılacağı beklenen konu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişikliklerle getirilen ve ceza usul sistemimizin yabancı olduğu *"Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi"* ve *"Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması"* kurumları olmuştur.

Bu çalışmanın amacı, 5560 sayılı kanunla 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişikliklerle ceza yargılama sistemimize getirilen bu yeni kurumların hukuksal temellerini, tarihi süreç içerisinde var olan ceza muhakemesi ilkelerini, mukayeseli hukuk eşliğinde ülkemizde ceza muhakemesine hakim olan sistemi ortaya koyarak, kamuoyu ve medyada yapılan tartışmalara ışık tutmak, konunun hukuki boyutunu belirlemek, şahsi ve siyasi polemiklerden ziyade hukuki çerçevede genel bir değerlendirmeye tabi tutarak konunun gerçek bir zeminde daha sağlıklı şekilde tartışılmasına katkıda bulunmaktır. Uğur Mumcu'nun çok güzel ifade ettiği gibi *"Bilgi sahibi olmadan fikir sahibi olmak"*la hiçbir sorun tartışılmaz, bu şekilde yapılacak bir tartış-

---

\* Yargıtay 7. CD Tetkik Hakimi.

<sup>1</sup> 6.12.2006 Tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 19.12.2006 Tarih ve 26381 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.



madan da “*barika-i hakikat*” (gerçeğin ışığı) ortaya çıkmaz.

Ceza muhakemesinde kamu davasının açılması ile ilgili iki sistem vardır: Kovuşturma mecburiyeti ilkesi ve maslahata uygunluk ilkesi.

### 1. Kovuşturma Mecburiyeti İlkesi

Ceza muhakemesinin (yargılamasının) en önemli ilkelerinden birisi kovuşturma mecburiyeti ilkesidir. Ceza yargılaması iddia makamını temsil eden savcının (ve onun adına görev yapan kolluk gücünün) harekete geçmesi ile başlar.

Öğretide kovuşturma mecburiyeti ilkesi şöyle tanımlanmıştır: Bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine, bu fiilleri takibe yetkili makamlar tarafından derhal hazırlık soruşturmasına başlanmasını, bunun neticesinde, ceza veya emniyet tedbiri gerektirecek hususlarda fiilin ve failin belli olması, yeterli emareler teşkil edecek vakıaların bulunması yani şüphelerin ciddi olduğunun tespit edilmesi ve dava şartlarının gerçekleşmiş olması durumunda yetkili makam tarafından kamu davasının açılmasını, nihayet açılan kamu davasının, muhakeme sonuçlanıncaya kadar savcılıkça yürütülmesini ifade eden ilkeye “*kovuşturma mecburiyeti ilkesi*” denir.

Bu tanımda görüldüğü gibi kovuşturma mecburiyeti ilkesinin üç alt ilkesi vardır:

1. Araştırma mecburiyeti ilkesi (CMUK m. 153/1, CMK m. 160)
2. Kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi (CMUK m. 148/2, m. CMK m. 170/1)
3. Kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesi.<sup>2</sup>

Bu ilkeler toplumda kişilere eşit davranması ve keyfilikten uzak bir ceza adaleti uygulamasının garantisini oluşturur ve halkın gözünde adalete olan güven duygusunu gerçekleştirir.<sup>3</sup>

Kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesi, iddianame ile kamu davasının açıldıktan sonra bir hüküm ile sonuçlanıncaya kadar yürüt-

<sup>2</sup> Bahri Öztürk, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, No:17, Ankara, 1991, s. 5-6.

<sup>3</sup> Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994, s. 37.

mek zorunluluğu demektir. Bu duruma kamu davasının geri alınmaması da denir.<sup>4</sup> CMUK'nın ilk soruşturmayı düzenleyen hükümlerinin 3206 sayılı yasa ile kaldırılmadan önce, kanunumuzda ilginç bir örnek vardı. Buna göre savcı ilk soruşturmanın sonunda, son soruşturmanın açılmasına gerek bulunmadığı düşüncesinde olmasına karşın, sorgu hakiminin son soruşturmanın açılmasına karar vermesi durumunda, bu karara uygun bir iddianame düzenlemek zorundaydı (201. madde). Bu iddianameye Kunter/Yenisey; "*dava yürüten iddianame*" adını vermiştir.<sup>5</sup>

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre bir suç işlendiğinde önce Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlık soruşturması yapılır. Soruşturma evresinden sonra mahkeme önünde yapılan son soruşturmaya (kovuşturma evresine) geçilir. Suçun ortaya çıkmasından hükmün kesinleşmesine kadar, sanık hakkında yapılacak bütün işlemlerin adli makamların görev ve yetkisi içinde bulunması genel kuraldır.

## 2. Maslahata Uygunluk İlkesi

Ceza muhakemesinde kovuşturma mecburiyeti ilkesinin karşıtı maslahata uygunluk ilkesidir. Maslahat, emir; buyruk; madde; husus; dirlik düzenlik anlamındadır. Hukukta maslahat, kamu yararı demektir. Bu nedenle, maslahata uygunluk şartına kamu yararı şartı da diyebiliriz. Kamu davasının açılmasındaki mecburilik sisteminin karşıtı, daha doğrusu alternatifi olan maslahata uygunluk sisteminde, kamu davasının açılması için kamu yararı aranmaktadır. Maslahata uygunluk kamu davasının görülmesi için de aranabilir. Bu uygunluk, kanunilik de denilen mecburilik sistemi içinde de istisna olarak aranabilir. Mesela bizde muhakeme sonunda sanığa verilecek ceza, onun diğer bir suçundan dolayı bir yargı ile mahkûm olduğu veya olacağı cezaya tesiri olmayacaksa, savcı dava açmayabilir.

Dava açmada mecburiyeti değil, kamu yararını kabul eden bu sisteme göre dava açılması için kanuni şartların bulunması yetmez, her dava için maslahata uygunluk diye ifade edilen "*lüzum*" şartı da araş-

<sup>4</sup> Murat Aydın, *Kamu Davasının Açılması ve İddianame*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.102

<sup>5</sup> Murat Aydın, *a. g. e.*, s.102

tırılmalıdır. Yani, her olayda kamusal fayda düşüncesi ile “lüzum” takdir edilecektir. Bu nedenle öğretilerde “takdirilik ilkesi” de denilmektedir. Eğer dava açılması suçtan meydana gelen zarardan veya suçlunun cezasız kalmasındaki toplum zararından daha büyük bir zarar doğuracaksa veya suçlunun şahsiyeti bakımından işlediği suça göz yummak daha faydalı ise dava açılmayabilecektir.

### 3. Mukayeseli Hukukta Durum

#### 3.1. Kıta Avrupası Hukukunda

Almanya, Avusturya (CMUK m. 34), İtalya, İsviçre (CMUK m. 125) ve Danimarka gibi ülkelerde, kamu davasının açılmasında mecburiyet (kanunilik) ilkesi kabul edilmiştir.<sup>6</sup>

**Almanya’da** mahkeme iddianame üzerine son soruşturmanın açılmasına karar verinceye kadar savcılık davasını geri alabilmekte, mahkeme bu kararı verdikten sonra yürütme mecburiyeti başlamaktadır.<sup>7</sup> Bu gün yürürlükte bulunan Alman CMUK kovuşturma mecburiyeti ilkesine yer vermiştir. Kural bu olmakla birlikte, söz konusu kurala çok sayıda istisna getirilmiştir.

**İsviçre’de** federal düzeyde kural olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesi, istisna olarak da maslahata uygunluk ilkesi benimsenmiştir. Kantonlar düzeyinde Almanya’dan etkilenenler kovuşturma mecburiyeti ilkesini, Fransa’dan etkilenenler ise maslahata uygunluk ilkesini benimsemiştir.

**Fransa**, maslahata uygunluk ilkesinin klasik örneğidir. Fransız Savcısının dava açma mecburiyeti bulunmamaktadır. Fransız CMUK’da “suç haberini alan savcı nasıl işlem yapılacağını kararlaştırır” hükmüne yer verilmekle yetinilmiş, savcıya dava açma mecburiyeti getirilmemiş, bunun yerine savcıya dava açma hakkını kullanıp kullanmamak konusunda seçim yapabilme imkanı tanınmıştır.

<sup>6</sup> Şahin, Cumhuriyet, “Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi”, SÜHFD, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişikliklerin Sempozyumu Özel Sayısı*, 1994/1-2, C. 4. s.62’den aktaran, Gökçe, Teoman, Karşılaştırmalı Hukukta Savcılık, *Adalet Dergisi*, Ekim,2002,13. sayı, s. 82.

<sup>7</sup> Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 206.

Fransız hukukunda bizdeki “*şahsi davaya*” benzetilebilecek (CMUK 344. md.) “*actio civile*” olarak anılan bir dava türü öngörmüştür. Fransız Usul Kanunu I/II. maddesinde şahsî davacıyı kamu davacısıyla eşit haklara sahip kılmaktadır. Kamu davası açılmasında maslahata uygunluk ilkesini benimseyen Fransa, İngiltere ve İskoçya gibi ülkelerde ise, ilgililere şahsî dava açma imkanı tanınmıştır. İngiltere ve İskoçya gibi ülkelerde, bireylerin yanında dernek, birlik, resmî daire ve bakanlık gibi tüzel kişiler de dava açma hakkına sahip kılınmışlardır.<sup>8</sup>

**Hollanda** da kamu davasının açılmasında maslahata uygunluk ilkesini kabul eden ülkelerden birisi olup kamu davası açmada iddia tekeli benimsenmiştir. Bu ülkede mağdurun, davadan vazgeçme yetkisi bulunan savcının ve ayrıca polisin kararlarını etkileme yönünde fazla bir imkanı yoktur.<sup>9</sup> Gerçi Hollanda Usul Kanunu’nun 12. maddesinde, kamu davasının açılmasını zorlama yolu kabul edilmiştir. Ancak mahkemenin de maslahata uygunluk ilkesi gereğince davadan vazgeçebilmesi her zaman mümkündür. Bu oldukça küçük ülkede kararlarda eşitlik, sadece 25 savcılıkla koordinasyon ve düzenli konferanslarla sağlanmaya çalışılmaktadır.<sup>10</sup>

Doktrinde, maslahata uygunluk ilkesinin benimsenmesinin gerekçesi olarak, özellikle ceza kanununun tam olarak uygulanmasından doğabilecek insanlık dışı sertliğin bu yolla önlenmesi ve yine bu ilke sayesinde savcılığın iş yükünün önemli ölçüde azalacağı ifade edilmektedir.

**İtalya**’da sıkı bir “*kovuşturma mecburiyeti ilkesi*” hakimdir. Öyle ki, söz konusu ilke İtalyan Anayasası’na bile girmiştir. Bu ilkenin tabii bir sonucu olarak İtalyan savcısı dava açmayabilme imkanına sahip değildir. Örneğin suç haberinin asılsız olduğunun anlaşılması halinde, durma kararı savcı tarafından verilmez, ancak bu yolda bir karar verilmesi için hakimden talepte bulunur.

İtalyan yasa koyucu daha da ileri giderek, usul kanununda kural olarak, hâkimin hüküm vermek için ihtiyaç duyduğu delilleri davada

<sup>8</sup> Huber, Barbara, “Savcılık, Konum, İşlev, Denetleme” Konferans Metni, MÜHF Yayını, İstanbul, 1993, Çeviri Nur Centel, s. 378’den aktaran Gökçe, Teoman, a. g. m., s. 83.

<sup>9</sup> Yücel, Mustafa Tören, “İsveç, Danimarka ve Hollanda’da Savcılık Kurumu”, YD, Özel Sayı, 1989/1-4, C. 15.’den aktaran Gökçe, Teoman, a. g. m., s. 83.

<sup>10</sup> Huber, Barbara, s.376-377’den aktaran Gökçe, Teoman, a. g. m., s. 83.

ikame etmenin, tarafların işi olduğunu belirtmektedir. Savcı İtalya'da sanığın lehindeki delilleri toplamakla yükümlü değildir.<sup>11</sup>

Batı hukukundan etkilenen **Japonya**'da kural, maslahata uygunluk ilkesidir. 1924 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre; "*failin şahsiyeti, yaşı, durumu, failin işleniş biçimi ve neticeleri ceza kovuşturmasını zorunlu kılmıyorsa, kamu davası açılmayabilir*". Japon uygulamasına göre açılması ertelenen kamu davası, ilgilinin yeni bir suç işlemesi durumunda yeniden ele alınır. Kurum, sadece çocuklarla sınırlı olmayıp, suçun türü ve cezası göz önüne alınmadan uygulanmaktadır.<sup>12</sup> Japon savcısının açılmış davayı yürütmek mecburiyeti de yoktur. Gerçekten Japon ceza yargılama sisteminde savcı, esas mahkemesi hüküm verinceye kadar kamu davasını geri alabilir.

**İsveç**'te savcılık sistemi mahkemeler ve polis teşkilatından ayrı örgütlenmiştir ve bağımsızdır. En yetkili görevli, Yüksek Mahkeme'de de savcı olan İsveç'teki en üst düzey savcı, genel savcıdır. Her bölgede de yetkili bir savcı bulunur. Savcılık ofisleri, savcılık faaliyetlerinin yönetimi ve idaresi ile sorumlu bir başsavcı tarafından yönetilir.

Savcının kovuşturma yapmama konusunda takdir yetkisi vardır. Örneğin suçun hafif bir suç olması veya çok sayıda suç işlemiş olan fail üzerinde bu suçla ilgili cezanın etkili olmayacağını anlaşılması ya da failin çok yaşlı veya hasta olması gibi hallerde savcı kovuşturmama kararı verebilir. Müeyyidesi sadece para cezası olan suçlar hakkında (örneğin dükkan hırsızlığı) savcı dava açmak yerine para cezası müeyyidesi uygulamayı önerebilir (ön ödeme). Fail savcının bu yazılı önerisini kabul ederse cezayı ödendiğinde soruşturma sona erer. Trafik kuralı ihlali gibi kimi suçlarda faile doğrudan para cezası polis tarafından uygulanır. Savcının kamu davası açmadığı hallerde zarar görenin (şahsi) dava açması mümkündür.

### 3.2. Anglo-Amerikan Hukuku

**Başta İngiltere ve ABD** olmak üzere dünyanın pek çok ülkesinde geçerli bulunan Anglo-Amerikan hukuku sistemi çeşitli yönleriyle

<sup>11</sup> Huber, Barbara, s. 373-374'den aktaran Gökçe, Teoman, a.g.m., s. 82.

<sup>12</sup> Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Ahmet Caner, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi*, İstanbul, 1999, s. 55.

Kıta Avrupası hukuk sisteminden farklıdır. Bu farklı yönlerden biri konumuz açısından iddia faaliyetidir. Bu sistemin kaynağı durumunda olan İngiltere’de bilinen anlamda bir savcı ve savcılık bulunmamaktadır.

Bu sistemde suç haberini aldığı anda kovuşturmaya başlamak mecburiyetinde olan ve dava açma monopolüne sahip bulunan bir savcılık kurumunun yerine birden fazla kovuşturma makamı öngörülmüştür. Bunlar polis, *Direktor of publis prosecution* (kamusal kovuşturmacılar) ve Attorney-General’dir. Bu kovuşturma makamları, suç haberini aldıklarında, kavuşturmaya başlayıp, işi mahkemenin götürüp götürmemek konusunda tam bir takdir yetkisine sahiptirler.<sup>13</sup>

Bir başka ifade ile Anglo-Amerikan hukuk sisteminde en saf haliyle “*maslahata uygunluk ilkesi*” geçerlidir. Ancak bu resmi yolun yanında bir de “*halk davası*” denilen ve suç işlendiğini öğrenen her vatandaşın ceza davası açabilmesine imkan tanıyan bir başka yol daha vardır. İngiltere’de kural olarak kabul edilen bu ikinci yoldur. Bu yol zaman içinde çok eleştiriye hedef olmuşsa da İngilizlerin muhafazakar yapısı bunun ortada kalkmasını önlemiştir.

İngiltere’de işlenen suçların çok büyük bir bölümünün kovuşturması polis tarafından yapılmaktadır. Polis, suç haberini aldığı anda kovuşturmaya başlayıp işi yetkili mahkemeye götürüp götürmemek hususunda tam bir takdir yetkisine sahiptir. Bu konuda bazı kriterler vardır; “*kamu yararı*” “*kamu düzeni*” “*usul ekonomisi*” “*failin yaşı*” ve “*hukuk kuralının anlamı ve amacı*” gibi... Ancak 1946’dan beri bazı ağır ve devlet için tehlikeli suçları, herhangi bir maslahat mülahazası olmadan derhal *Director of public prosecutions*’a bildirmek mecburiyeti getirilmiştir. (Vatana ihanet, rüşvet, kalpazanlık ve çocuklara karşı cinsel suçlar gibi...)

Kraliyetin hukukçusu olan Attorney-General, politika ile adliyenin birbirinden ayrılması konusunda örnek olarak gösterilen İngiltere’de, özellikle siyasi yönü bulunan suçlarda kovuşturmaya başlanıp başlanmaması konusunda karar vermekle yetkili kılınmış olan siyasi bir memurdur.

<sup>13</sup> Bahri, Öztürk, a. g. e., s. 29.

#### 4. Kovuşturma Mecburiyeti İlkesi Lehindeki Görüşler

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi, ceza kanunlarının kesin olarak uygulanmalarını sağlar. Ceza kanunlarında, her kim belli bir suçu işlerse, şu veya bu şekilde cezalandırılacağı öngörüldüğü için devlet mutlak bir kovuşturma mecburiyeti ve ceza verme mükellefiyeti altında bulunmaktadır.

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi gereğince, ceza müeyyidesi ile karşılanan ve suç adı verilen hareketler kanun tarafından tayin edilebilir ve keza yasak eylemlere ancak kanunların gösterdiği cezalar uygulanabilir.<sup>14</sup>

Nihayet, haberi alınan her suç kovuşturulursa, cezalandırılma korkusu artacağından, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin “*genel önleme*”nin uygun bir aracı olduğu söylenmiştir.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin, kovuşturmanın, kural olarak fertlere değil, devlete ait bir iş olduğu anlamına gelen kovuşturmanın resmiliği ilkesinden doğduğu, kovuşturmanın resmi oluşunun onun mecburi oluşunu da açıkladığı ifade edilmiştir.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi eşitlik ilkesi ile ilgili görülmüştür. Buna göre, insanlar kanun önünde eşittir, buna aykırılık ürkütücü sonuçlar doğurabilir. Devletin organları ve idari makamları, bütün işlemlerinde insanlar arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapmadan devlet faaliyetlerini yürütmek mecburiyetindedir (Any m. 10).

Doktrinde kovuşturma mecburiyeti ilkesi, “*hukuk devleti ilkesi*” ile de ilgili görülmüştür. Bütün davranışlarında hukuk kurallarına uyan devlete, şekli bakımdan hukuk devleti ilkesi denmektedir. Bu durumda hukuk devleti ilkesi, kovuşturma mecburiyeti ilkesini zorunlu kılar. Keyfi davranma yasağı ve eşitlik ilkesi bu adil devletin en önemli unsurlarındandır. Kovuşturma mecburiyeti ilkesi esasını işte, bu şekilde anlaşılan bir hukuk devleti ilkesinde bulmaktadır.

Maslahata uygunluk ilkesinin, hakim tarafından mahkûmiyet karar verilebilmesi ihtimal dahilinde bulunan durumlarda savcıya takip-sizlik (kovuşturmama) kararı verebilme imkânı getirdiği için savcıyı “*süper hakim*” tahtına çıkardığı, bu suretle de kovuşturma mecburiyeti

<sup>14</sup> Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. 1, No. 31.

ve maslahata uygunluk ilkelerinin hakim ve savcı arasında bir yetki bölüşümü sorunu haline geldiği öne sürülmüş; aynı zamanda başta anayasanın “yargı”ya ilişkin hükümleri olmak üzere, anayasa hukukunu yakından ilgilendiren bu konunun hukuk devleti esaslarına dayalı dürüst bir ceza muhakemesini gerçekleştirecek tarzda ele alınması gerektiğine işaret edilmiştir.

Doktrinde hukuk devleti ilkesiyle bağlantılı olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesinin, kuvvetler ayrılığı ilkesine dayandığı; bu ilkeye uymamanın kuvvetler ayrılığı ilkesine de uymama anlamına gelebileceği söylenmiştir. Hangi fiillerin suç teşkil ettiğini tespit etmek kanun koyucuya, yasama gücüne aittir. Yürütmenin memuru olan savcının bazı fiilleri takip edip bazılarını takip etmemesi yasama gücünün işine karışması anlamına gelir ki, bu da kuvvetler ayrılığı ilkesini inkâr etmek demektir.<sup>15</sup>

Modern hukukta suç mağdurlarının da düşünülmesi gerektiği, bu kişilerin suç karşısında yaşadığı şokun, kızgınlığın ve rahatsızlığın içinde yalnız bırakılmasının yaratacağı olumsuz sonuçların, suçla bozulan hukuki barışın daha da vahim bir hal almasına sebep olabileceği söylenmiştir.

## 5. Aleyhindeki Görüşler

Devletin mutlak bir kovuşturma mecburiyetinin ve ceza verme mükellefiyetinin bulunduğu fikri çok eski bir görüş olup, çağdaş düşünceye uygun düşmemektedir. Öç alma teorisi tabanını kaybettiği ölçüde, bu eski düşünce de hukukçular tarafından o derece az paylaşılır olmuştur. Bugün ağır basan görüş, cezanın amaca uygun olarak kullanılması yolundadır. Günümüzde cezanın amacı öç almak değil, esas olarak genel ve özel önlemedir.

Bugün her suç cezalandırılmamaktadır. Zamanaşımı, kanunun ilgası, af kanununun çıkarılması, failin şartla salıverilmesi, cezanın tecili, ceza muhakemesinin şartlarının bulunmaması gibi durumlarda, ortada işlenmiş bir suç bulunmasına rağmen, onu işleyen cezalandırılmamaktadır. Toplum bu haktan vazgeçebilmektedir. Görüldüğü

<sup>15</sup> Öztekin Tosun, IHFM 1968, ayrı bası, s. 17.



gibi, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin suçların veya cezaların kanuniliği ilkesinden çıktığını ileri sürmek mantığa uygun değildir.<sup>16</sup>

Cezaların ferdileştirilmesi ilkesi gereğince, aynı suçu işleyen kimselere aynı cezanın verilmesi isabetli değildir. Suç aynı olsa bile, bunu işleyen kimseler farklı iseler, onlara farklı müeyyideler uygulanmalıdır. Burada kıstas, işlenen suçun ağırlığı veya hafifliği değil, işleyen kimsenin iyileştirilmesine uygun bir müeyyide bulunması olmalıdır. Öyle kimseler olabilir ki, bunlar aleyhine dava açmadan işi geçiştirmek, iyileştirilmesi bakımından daha uygun düşebilir. Buna karşılık bazılarının durumları, dava açılmasını ve ondan sonra kendilerine ceza verilmemesini gerektirebilir. Kısaca, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin uygulanması durumunda, çağdaş anlayışın bir gereği olan “*cezaların ferdileştirilmesi*” mümkün olamayacaktır. Burada maslahata uygunluk ilkesinin önemi daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır.<sup>17</sup>

Kanun önünde eşitlik ilkesinin mutlak değil, nispi anlamda anlaşılması, bugün genellikle kabul edilen bir husustur. Mutlak eşitliğin en büyük eşitsizlik olduğunu öne süren yazarlar; eşitliğin, eşit olanların eşit muameleye tabi tutulması anlamına geldiğini, aynı fiili işlemle birlikte aynı durumda bulunmayan kimseler bakımından dava açmakta da ayrı davranılmasına imkân veren maslahata uygunluk ilkesinin, farklı durumlarda bulunanlar hakkında eşit davranmayı gerektiren mecburilik ilkesinden daha fazla olarak eşitlik ilkesine uyduğunu söylemişlerdir.

Doktrinde kovuşturma mecburiyeti ilkesini, hukuk devleti ilkesi ile açıklayan görüş de eleştirilmiştir. Mutlak bir kovuşturma mecburiyeti, ancak, mutlak bir ceza verme yükümlülüğünün bir sonucu olabilir ki, günümüzde devletin böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.<sup>18</sup>

Öte yandan, hem kovuşturma mecburiyeti hem de maslahata uygunluk ilkesinin suiistimale açık bulunduğu söylenmelidir. Bütün mesele, savcılarının kalitesinde olmak gerekir. Teorik olarak, mecburilik ilkesinin geçerli olması durumunda dava açmamak suretiyle suiistimalin zor, maslahata uygunluk ilkesinin geçerli olması durumunda

<sup>16</sup> Öztekin Tosun, İHFM 1969'dan ayrı bası, s. 19.

<sup>17</sup> Öztekin Tosun, *a. g. e.*, s. 20.

<sup>18</sup> Bahri Öztürk, *a. g. e.*, s. 39.

ise bunun daha kolay olabileceği düşünülebilir. Fakat bu savcılara bağlı bir iştir.

Bugün mutlak bir kuvvetler ayrılığının hürriyetleri koruyan sihirli bir formül olduğu inancı sarsılmış bulunmakta, bunun yerine ahenkli bir işbirliği sistemine geçilmesinin faydalı olduğu genellikle kabul olunmaktadır. Maslahata uygunluk ilkesinin de bu işbirliği sistemine aykırı bulunmadığı açıktır.<sup>19</sup>

Kovuşturma mecburiyeti ilkesine yöneltilen en ciddi eleştirilerden bir diğeri de, söz konusu ilkenin uygulanması durumunda kolluğun, savcılığın mahkemelerin işinin gereksiz yere artacağı yolundadır. Bugün dünyada en çok şikâyet edilen konu mahkemelerin ağır iş yüküdür ve bu nedenle mahkemelerin iş yükünün azaltılması için çeşitli çareler aranmaktadır. Maslahata uygunluk ilkesi bu konuda önemli katkılar sağlayabilir.<sup>20</sup>

Son olarak, maslahata uygunluk ilkesinin hazırlık soruşturmasında “kısalığı” sağladığı, İngiltere’nin buna güzel bir örnek oluşturduğu, dünyanın en kısa hazırlık soruşturmasının, maslahata uygunluk ilkesini benimseyen bu ülkede gerçekleştirildiği; bunun İngiltere’de hazırlık soruşturmasının kalitesiz yapılmasına sebep olmadığı, aksine 1962 yılında Almanya’da, örneğin hırsızlıktan açılan davaların % 92,7’inde mahkûmiyet kararı verilmişken aynı yılda İngiltere’de bu oranın % 95 olarak gerçekleştiği açıklanmıştır.<sup>21</sup>

## 6. Her İki İlkenin Değerlendirilmesi

Yukarıda açıklanan görüşlerin hepsinde de az veya çok gerçek payı vardır. Kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile hukuk devleti ilkesi arasındaki ilişki çok sıkıdır. Hukuk devleti ilkesi ister şekli ve maddi diye ikiye ayrılsın, ister ayrılmasın bu durum değişmemelidir. Bu ilke, her türlü keyfilğe engeldir. Bu açıdan bakıldığında, kovuşturma mecburiyeti ilkesi, hukuk devleti ilkesi mozayığının önemli parçalarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Mecburilik ilkesinin geçerli olduğu durumlarda bile, kanun hükümlerinin her olayda tam olarak

<sup>19</sup> Öztekin Tosun, *a. g. e.*, s. 17.

<sup>20</sup> Öztekin Tosun, “Hazırlık Soruşturması”, *Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan*, s. 91 vd.

<sup>21</sup> Bahri Öztürk, *a. g. e.*, s. 42.

uygulanmadığı, bazen istenerek, bazen ise fiili bazı durumlar sebebiyle yerine getirilmediği ileri sürülerek kovuşturma mecburiyeti ilkesi terk edilerek maslahata uygunluk ilkesine geçilmesi önerilmemelidir. Aksi takdirde, mecburilik ilkesinin uygulandığı durumlarda bile engellenemeyen bazı kabul edilmez keyfiliklerin istisna olmaktan çıkıp, kural haline gelebilmesi tehlikesi ortaya çıkabilir. Bu tehlike, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin tamamen terk edilmesi görüşünde olan yazarlar tarafından da fark edilmiş ve suiistimal konusunun savcıların kalitesiyle ilgili bir husus olduğu söylenmiştir.<sup>22</sup>

İşte, kovuşturma mecburiyeti ilkesi esas olarak burada daha da önem kazanmaktadır. Zira, her işlemin sıkı kayıtlara bağlanmak istenmesinin sebebi, savcıların sübjektif durumuna bakılmaksızın, objektif bir şekilde suiistimal tehlikesidir.

Oysa maslahata uygunluk ilkesinin geçerli olması durumunda, kovuşturma makamları hemen hemen her davranışı takdir yetkisi içinde mütalaa edilebileceğinden, kovuşturma makamlarının cezaî sorumluluğu konusu pek gündeme gelmeyecek, bu da keyfiliğin teşviki olarak karşımıza çıkabilecektir. Öte yandan, ileride de görüleceği gibi, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin geçerli olduğu durumlarda, yeterli suç şüphesine rağmen, savcı kamu davasını açmıyorsa, her türlü keyfi davranışın önüne geçebilmek için idari ve yargısal denetim öngörülmüştür. İdari denetim, üst savcının (Başsavcının) denetimi, valinin denetimi ve nihayet Adalet Bakanının denetimi olmak üzere üç şekilde ortaya çıkmaktadır.<sup>23</sup> Yargısal denetim ise, C. Savcısının takipsizlik kararına karşı mensup olduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine itiraz edilmesidir (CMUK m. 165, m. CMK m. 173).

Yukarıda açıklanan düşüncelere, modern Ceza Muhakemesi Hukukunda kovuşturmanın, kural olarak, fertlere değil, devlete ait bir iş olduğu (kovuşturmanın resmiliği ilkesi); devletin bu işi yerine getirirken, mağdurun durumunu da dikkate alarak hukuki barışı ve adaleti gerçekleştirmeye çalışmak durumunda bulunduğu hususu da ilave edilmelidir. Maslahata uygunluk ilkesinin keyfiliğe yol açması duru-

<sup>22</sup> Öztekin Tosun, *a. g. e.*, s. 23.

<sup>23</sup> CMUK'nun 148.maddesinin 2 ve 3. fıkralarında Adalet Bakanının kamu davasını açmak için C. Savcısına emir verebileceği ve valilerin de bunu vilayetlerindeki C. Savcılarından isteyebileceğine dair düzenlemeler 14/7/2004 gün ve 5219 sayılı kanunla madde metninden çıkarılmıştır.

munda bu söylenenlerin gerçekleşemeyeceği, bunun da mağduru başka yollara itebileceği gözden uzak tutulmamalıdır.<sup>24</sup>

Gerçekten, toplumda her işlenen suçun takip edilmekte olduğu fikrinin yaygın bulunması durumunda, potansiyel failer suç işlemekten vazgeçebilecekleri gibi, suç işledikleri için haklarında kovuşturma başlatılmış bulunan kişiler de, devletin bu konudaki ciddiyetini görüp, bir daha suç işlememe gibi bir tutum içine girebileceklerdir. Halkın hukuk kültürünün yetersiz bulunduğu ülkelerde, savcının, maslahata uygunluk ilkesi mucibince verebileceği kovuşturama kararları yanlış anlamalara ve bunun sonucunda da yanlış davranışlara neden olabilir. Bu tür ülkelerde kovuşturma mecburiyeti ilkesinin ihtiyaca daha uygun bulunduğunu söylemek yanlış olmamalıdır.

Maslahata uygunluk ilkesinin, hakim tarafından mahkûmiyet kararı verilebilecek durumlarda, savcıya takipsizlik (kovuşturama) kararı verebilme imkânı getirmesiyle olduğu kadar; suç mağdurlarının suç karşısında yaşadıkları şokun, kızgınlığın ve rahatsızlığın içinde yalnız bırakılması, suçla bozulan hukuki barışın yeniden tesisi her zaman sanığın cezalandırılması ile gerçekleşmese de, hiç olmazsa, devletin suça karşı bir reaksiyon göstermesi gerektiği halde, bunun gerçekleşmemesine sebep olabildiği; ve nihayet bazı durumlarda sanığın da olumsuz yönde etkilenmesi, üstüne atılan suçu işlemediğini bağımsız hakim huzurunda ispatlayıp, kendini temize çıkarabilecekken, maslahata uygunluk gerekçesiyle, takipsizlik (kovuşturama) kararı ile hakim önüne gitmesinin engellenmesi suretiyle 1982 Anayasası'nın 36/1. maddesinde "*herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir*" şeklinde ifade edilen hak arama hürriyetinin, sanığın elinden alınması sonucunu vermesi eleştirilmelidir.

Bütün bunlara rağmen, ceza muhakemesi hukuku sadece kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile yetinemez. Çünkü bu ilkenin zayıf kaldığı durumlar da vardır. Gerçekten, cezaların kişiselleştirilmesi, mahkemelerin gün geçtikçe ağırlaşan iş yükü ve ceza kanunlarının metrukiyeti gibi konular kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile kolay açıklanabilecek konular değildir. Bu nedenle, kural, kovuşturma mecburiyeti ilkesi olmakla birlikte, istisna olarak maslahata uygunluk ilkesine de yer ve-

<sup>24</sup> Bahri Öztürk , a. g. e., s. 44.

rilebilir. Cezaların kişiselleştirilmesi açısından, aynı suçu işleyen kimselere aynı müeyyidenin uygulanması isabetli değildir. Burada kıstas, işlenen suçun ağırlığı veya hafifliği değil, işleyen kimsenin iyileştirilmesine uygun bir müeyyide bulunması olmalıdır. Seçilen müeyyide o kimsenin bir daha suç işlemesine engel olacak en iyi hareket tarzını teşkil etmelidir. Bu bakımdan, aynı fiili işlemesine rağmen, bir kimsenin kişiliği onun daha ağır, bir başkasının kişiliği daha hafif cezalandırılmasını gerektirdiği gibi, bir başkasının kişiliği ise kendisinin hiç cezalandırılmamasını, hatta hakkında hiç kovuşturma yapılmamasını gerektirebilir.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesine yöneltile en ciddi ve yerinde eleştirilerden biri de, söz konusu ilkenin gerekli gereksiz kamu davasının açılmasına ve bu suretle mahkemelerin iş yükünü kabul edilmez bir şekilde artmasına sebep olduğudur.

Yukarıda yazılan açıklamalar da gösteriyor ki, biz esas olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesinden yanayız; ancak, bu ilkenin maslahata uygunluk ilkesi ile desteklenmesi gerektiğine, bu suretle kovuşturma mecburiyeti ilkesinin sakıncalarının belli oranda ortadan kalkmış olacağına inanmaktayız.<sup>25</sup>

Türk ve Alman ceza usul kanunları da esas olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesini kabul etmişler, istisna olarak da maslahata uygunluk ilkesine yer vermişlerdir. Maslahata uygunluk ilkesi açısından Türk ve Alman ceza usul kanunları arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır.

## 7. Türk Ceza Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti ve Maslahata Uygunluk İlkeleri

1 Haziran 2005 tarihine kadar ceza hukukumuzda katı bir kovuşturma mecburiyeti ilkesi hakim olup belli bir yaşın altındaki küçükler hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamaması, şahsi davalık suçlarda kamu yararı görülmemesi nedeniyle veya ön ödeme nedeniyle verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, cezanın ertelenmesi ve şartla tahliye gibi maslahata uygunluk ilkesine uygun kurumlar ile

<sup>25</sup> Bahri Öztürk, *a. g. e.*, s. 47; (Kunter, Yurtcan, Erem ve Yenisey de kovuşturma mecburiyeti ilkesine taraftar olduklarını açıklamışlardır. Kunter no. 103, Yurtcan (§11. III. 1) s. 31 vd., Erem, s. 217 vd., Yenisey, s. 549).

zaman zaman belli bazı suç ve suç failleri için çıkarılan dava ve cezaların ertelenmesine dair kanunlar mevcut iken 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren ceza hukukumuzda maslahata uygunluk ilkesinin yansımalarına kurumsal olarak yer verildiği görülmektedir. Maslahata uygunluk ilkesi cezaların bireyselleştirilmesine yönelik olup üç aşamada uygulanır; dava açılırken, hüküm kurulurken, ceza çektirilirken.<sup>26</sup>

Gerçektende daha davanın açılması aşamasında CMK'nın 171. maddesine göre yasallık sistemini yumuşatıcı bir istisna olarak "cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebileceği" düzenlenip, önce 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu sonra da CMK'da "Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi" kurumuna yer verilmiştir. Aynı şekilde hükmün kurulması aşamasında, önce Çocuk Koruma Kanunu sonra da CMK'da "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması" kurumu getirilmiştir. İnfaz aşamasındaki maslahata uygunluk ilkesinin yansıması ise eskiden beri var olan cezanın ertelenmesi ve şartla tahliye kurumlarıdır. Şimdi özellikle ceza hukukumuzda yeni getirilen bu kurumlara daha yakından bakabiliriz.

### 7.1. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na Göre

Suç haberini alan yetkili savcı derhal hazırlık soruşturmasına girişmek mecburiyetindedir. Bu husus 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 153. maddesinde;

*"Cumhuriyet savcısı ihbar veya herhangi bir suretle bir suçun işlendiği zehabını verecek bir hale muttali olur olmaz hukuku amme davasını açmağa mahal olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin hakikatini araştırmağa mecburdur"* şeklinde ifade edilmiştir.

Hazırlık soruşturması, fiilin fail tarafından işlenmiş olabileceği yolundaki şüpheleri kuvvetlenmesi sonucunu verirse yetkili savcı dava açmak zorundadır. Bu hususta CMUK'nın 148. maddesinde;

*"Kamu davasını açmak vazifesi Cumhuriyet savcısındır."*

<sup>26</sup> Selçuk, Sami, HPD, Mayıs 2006, Sayı 6, s.150

*Kanunda aksine hüküm bulunmadığı takdirde Cumhuriyet savcısı, ceza takibini gerektirecek hususlarda yeterli delil mevcut ise kamu davasını açmakla mükelleftir.*

*Kamu davası açmak için Adalet Bakanı, Cumhuriyet savcısına emir verebilir.*

*Valiler de kamu davası açılmasını kendi vilayetleri dahilindeki Cumhuriyet savcularından isteyebilirler. Cumhuriyet savcıları mucip sebepler göstererek bu talebi kabul etmezse valinin müracaatı üzerine Adalet Bakanı yukarıki fıkrada yazılı yetkiyi kullanmak lazım gelip gelmeyeceğini takdir eder ve icabını yapar”*

şeklindeki düzenleme ile yeterli suç şüphesi bulunması halinde Cumhuriyet savcısına kamu davasını açma görevi verilmiş, akabinde ikili bir denetim mekanizması getirilmiştir; idari denetim ve yargısal denetim.

**İdari denetim;** Üst savcının (başsavcının), valinin ve adalet bakanının denetimi olmak üzere üç şekilde ortaya çıkar.

**Yargısal denetim;** savcının takipsizlik kararına karşı, bağlı olduğu ağır ceza Mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesinde itiraz edilmesidir.

Vali ve adalet bakanının savcıya “dava aç” şeklinde emir verebilmesi hiyerarşinin bir sonucudur. Adalet bakanının savcılara emir verebilmesi sınırsız değildir. Bu konudaki ilk sınır, kovuşturma mecburiyeti ilkesinden doğmaktadır. Gerçekten, yukarıda da ifade edildiği gibi, gerek araştırma mecburiyeti ilkesi ve gerekse kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi, kişi bakımından, Adalet Bakanı’nu, bu konularda yetkili Adalet Bakanlığı memurlarını ve valileri de kapsamaktadır. Bu durumda, burada sözü geçen yetkililerin bu ilkelere aykırı olarak “dava açılmaması” yolunda görüş bildirmeleri mümkün değildir. CMUK’nın 148. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında Adalet Bakanının kamu davasını açmak için C. savcısına emir verebileceği ve valilerin de bunu kendi vilayetlerindeki C. savcularından isteyebileceğine dair düzenlemeler 14.7.2004 gün ve 5219 sayılı kanunla madde metninden çıkarılmıştır. 5271 sayılı CMK’da da benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Kamu davasının açılması başlıklı 163. maddesinde;

*“Yapılan hazırlık tahkikatı sonunda, toplanan deliller kamu davasının açılmasına yeterli ise Cumhuriyet savcısı mahkemeye bir iddianame vermek suretiyle kamu davasını açar”*

ifadesiyle kovuşturma mecburiyeti ilkesi çok açık bir şekilde vurgulanmıştır. Bunun sonucudur ki, savcı açtığı kamu davasını hüküm ile sonuçlanıncaya kadar sürdürmek zorundadır, geri alamaz.

Savcıya “dava açma” şeklinde emir verilmesi, hukukun, muhakeme hukukunun ve nihayet suç muhakemesi hukukunun ilkelerine ve CMUK’nın 148 ile ilgili öteki maddelerine uygun düşmez. Kanunumuz, yukarıda kısaca açıklanan idari denetimin yanında bir de “itiraz” adını verdiği yargısal denetim öngörmüştür. CMUK bu iki yolla savcının keyfi davranmasının önüne geçmek ve Anayasamızda ifadesini bulan hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmek istemiştir.

Sonuç olarak 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu kovuşturma mecburiyeti ilkesini kabul etmiş, istisna olarak da maslahata uygunluk ilkesine yer verilmiştir (Bazı suçların kovuşturmasının Adalet Bakanının iznine bağlanması, 765 sayılı TCK 434. maddesindeki evlenme halinde cezanın tecili, şahsi dava, ön ödeme... gibi).

## 7.2. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK, kamu davasının açılması yönünden yasallık sistemini benimsemiştir. CMUK’nın 163. maddesinin karşılığı olan 5271 sayılı CMK’nın 170. maddesinde;

*“Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir.*

*Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler”*

denilmesi suretiyle yeterli kuvvette şüphe halinde Cumhuriyet savcısını kamu davasını açmaya mecbur kılmıştır. Hüküm, kamu davasının açılmasında Cumhuriyet savcısına bağlı yetki tanıyan, “mecburilik ilkesi”ni düzenlemektedir. Maddede “yeterli şüphe”den söz edilmek suretiyle, toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli görülmesi halinde şüpheden sanık yararlanır ilkesinin soruşturma evresinde geçerli olmadığı vurgulanmış olmaktadır.



Adalet bakanının Cumhuriyet savcısından davayı açmasını isteyebileceği ve bu istemin yerine getirileceği, valilerin de adalet bakanından bu yetkisini kullanmasını isteyebilecekleri hakkındaki hükümler hükümet tasarısında yer almasına rağmen (173. madde) yasada yer almamıştır. Zaten CMUK'nın 148. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında yer alan bu düzenlemelerin uyum yasaları kapsamında 14.7.2004 gün ve 5219 sayılı kanunla madde metninden çıkarıldığı düşünüldüğünde CMK'da yer verilmemesi isabetli olmuştur.

Keza günümüz batı hukukuna paralel olarak maslahata/maksada uygunluk (takdirlik) sistemi gelişmekte bulunduğundan 171. madde de yasallık sistemini yumuşatıcı bir istisna kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu maddeye göre;

*“Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir.”<sup>27</sup>*

Bu madde ile işlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen; Cumhuriyet savcısına CMK'nın 223/4. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde gösterilen etkin pişmanlık ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde kamu davası açmama yönünde takdir hakkı tanınmıştır. Aslında bu madde duruşmanın sona ermesi sonucu mahkemece verilecek hükümleri düzenlediği halde CMK'nın 171. maddesi ile Cumhuriyet savcısının da bu maddeye dayanarak kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verebileceği düzenlenmiştir.

Etkin pişmanlık halleri 5237 sayılı TCK'da tek tek gösterilmiştir. Bazı suçlar yönünden indirim öngörülmüşken, bazı suçlar için de etkin pişmanlık halinde tamamen ceza verilemeyeceği şeklindedir. İşte Cumhuriyet savcısı 5237 sayılı TCK'nın 24 ila 34. maddelerinde gösterilen şahsî cezasızlık hallerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilecektir.

CMK'nın 171. maddesi ile kamu davası açmada kanunilik (kovuşturma mecburiyeti) ilkesinin istisnaları düzenlenmiş, daha da önemlisi 173. maddede kural olarak suçtan zarar görenin, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on

<sup>27</sup> Altı çizili ifadeler 5560 sayılı kanunla değiştirilmeden önce “kamu davasını açmayabilir” şeklinde idi.

beş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanına itiraz edebileceği düzenlenmişken 173. maddenin 5. fıkrasında “Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâllerde bu madde hükmü uygulanmaz” denilmesi suretiyle takdire dayalı takipsizlik kararına karşı itiraz yolu da kapatılmıştır.

CMK'nın 171 ve 173/5. maddesindeki bu düzenlemeler daha şimdiden çok eleştiri almıştır. Gerçekten de bir çok olayda unsurlarının olup olmadığı kolay tespit edilemeyen etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık halleri gibi ancak mahkemenin takdir edebileceği (CMK m. 223. madde) ve çok defa da Yargıtay'ca yerinde görülmeyle verilen kararların bozulduğu bir konuda Cumhuriyet savcısına da takdir hakkı verilmekte, hem de bu kararların mahkemece verilmesi durumunda istinaf veya temyiz yolu açık olmasına rağmen C. savcısının aynı gerekçeyle takipsizlik kararına karşı itiraz hakkı dahi tanınmamaktadır.<sup>28</sup> “Yargıtay kararlarının bile kabullenilmediği bir toplumda hazırlık soruşturması sonunda savcının tek başına hukuki değerlendirme, kesin delil değerlendirmesi yapması tatmin edici olmayacaktır.”<sup>29</sup>

Görünen odur ki uygulama sürecinde CMK'nın 173/5. maddesinin yol açacağı problemler daha da netleşecektir. Takdire dayalı takipsizlik kararlarına karşı da itiraz hakkı tanınması gerekir. Yasallık sisteminin katılığının maslahata/maksada uygunluk sistemi ile yumuşatılmasının gerekliliğine inanan biri olarak takdire dayalı takipsizlik kararına karşı itiraz yolunun kapatılmasını “maksadı aşan” bir düzenleme olduğu düşüncesindeyiz.

### 7.2.1. Genel Olarak “Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi” ve “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”

Hukukî bir kurum olarak erteleme bir suç politikası (ceza siyaseti) aracıdır. Ertelenenin, “kamu davasının açılmasının ertelenmesi”, “duruşmanın ertelenmesi”, “hükmün ertelenmesi” ve “cezaların ertelenmesi” şeklinde uygulanma biçimleri bulunduğu halde hukukumuzda bugüne kadar erteleme denildiğinde ilk olarak cezanın infazının ertelenmesi

<sup>28</sup> Kaplan, Arif, *Hukuk ve Demokrasi Dergisi*, Nisan 2005, Sayı: 9, s. 45.

<sup>29</sup> Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut, *Uygulamada CMUK*, Ankara 1998, C.1, s. 588.

akla gelmekte idi. Cezanın ertelenmesi genel olarak, bir cezanın yerine getirilmesinin belli bir süre geri bırakılmasıdır. Hepsinin de amacı uygulanacak yaptırımların bireyselleştirilmesi suretiyle, belli bir süre içinde failin iyi hal göstermesi ve kendisine yüklenen mükellefiyetleri yerine getirmiş olması karşısında devletin kovuşturma ve cezalandırma veya tedbir uygulama hak ve yetkisinden vazgeçmiş olmasıdır.<sup>30</sup>

Erteleme iyi bir ceza siyasetinin gerçekleşmesine hizmet eden bir müessese olduğu gibi, aynı zamanda cezanın bireyselleştirilmesi vasıtasıdır. Ertelemenin diğer bir gayesi kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların sakıncalarını ortadan kaldırma ve dolayısıyla mükerrerliğe engel olmalıdır.<sup>31</sup>

Cezanın ertelenmesi dışındaki üç erteleme çeşidinde de ortak nokta, olası bir mahkûmiyet kararından önce deneme süresine ve yükümlülüklerle karar verilmiş olmasıdır. Böylece bu kurumların uygulanması ile küçüklerin ve hafif suç işledikleri saptanan yetişkinlerin damgalanmalarının ve dolayısıyla “*sabıkalı*” olarak nitelendirilmelerinin önüne geçilmiş olmaktadır.<sup>32</sup>

Bugün “*duruşmanın ertelenmesi*” dışında kalan erteleme kurumlarının uygulamadaki yerini aldığını görmekteyiz.

“*Duruşmanın ertelenmesi*”, kamu davası açıldıktan sonra da, sanık olan kişide bulunan belli özellikler dolayısıyla, açılmış olan davaya belli koşullarda devam edilmemekte, duruşma yapılmamaktadır. Yani dava belli bir süre bekletilmektedir. Bu sürede aranan koşulların gerçekleşmesi durumunda dava düşürülmekte ve artık o suç dolayısıyla kişinin yargılanması söz konusu olmamaktadır.<sup>33</sup>

5271 sayılı CMK tasarısının 174. maddesinde “*Kamu davasının açılmasının ertelenmesi*” başlığı ile, 233. maddesinde ise “*Hükümün geri bırakılması, denetimli serbestlik*” başlığı altında belirli şartlara bağlı olarak

<sup>30</sup> Özbek, Veli Özer, *Yeni TCK'nın Anlamı*, C.1, 3. baskı, Ankara 2006, s.409.

<sup>31</sup> Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II (Yaptırım Hukuku)*, Ankara 2003, s. 273.

<sup>32</sup> Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Ahmet Caner, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi”, *Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan*, İstanbul 1999, s. 65'den nakleden, Çolak, Halûk, Altun, Uğurtan, *Adalet Dergisi*, Ekim 2006, 26. sayı.

<sup>33</sup> Özgeçen, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2006. s. 599.

açılacak kamu davasının C. savcısı tarafından ertelenebileceği ve denetimli serbestlik tedbirine tabi tutularak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına mahkemece karar verilebileceği ön görülmüşken Meclis Adalet Komisyonu ve alt komisyonda yapılan hararetli tartışmalar sonucu<sup>34</sup> yerinde görülmeyerek tasarıdan çıkarılmış ve dolayısıyla yasalasılmamıştır. CMK değişiklik tasarısında da bu iki müesseseye yer verildiği halde tekrar Adalet Komisyonu'nca tasarıdan çıkarılmış ancak 5271 sayılı CMK'da yer almaması sistemin önemli ölçüde noksan kalmasına yol açacağından 3. kez tasarıya alınmış ve nihayet 6.12.2006 Tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'la Türk ceza muhakemesi hukukunda yerini almıştır. Daha doğrusu aşağıda değinileceği gibi her iki müesseseye 15.07.2005 tarihli *Resmî Gazete*'de yayınlanan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda yer verilmesi suretiyle Türk ceza muhakemesinde uygulanma olanağına kavuşmuştur.<sup>35</sup>

5271 sayılı CMK tasarısının "*kamu davasının açılmasının ertelenmesi*" başlıklı 174. maddesinin gerekçesinde belirtildiği gibi günümüz karşılaştırmalı ceza muhakemesi hukukunda önemli bir sorun da Cumhuriyet savcısının soruşturma yapmak, kamu davasını açmak veya açmamak yetkisine sahip olup olmamasıdır. Bunun anlamı yasallık sistemi yanında maksada uygunluk sistemine ne derecede veya ölçüde yer verilebileceğidir. Yasallık anlayışı Almanya, İtalya, İspanya'da, İsviçre'nin bazı kantonlarında ve hemen bütün doğu Avrupa ülkelerinde ve bugüne kadar ülkemizde geçerlidir.

Yasallık sisteminin anlamı da hemen davayı açmak hususunda Cumhuriyet savcısını bir otomatizme sevk etmek değildir: Birinci ola-

<sup>34</sup> Bkz., Özgenç, İzzet, *a. g. e.*, s.599,600, 618'deki dipnotlar.

<sup>35</sup> Aslında ceza hukukumuzda eskiden beri kısmen de olsa bazı suçlar yönünden belli hâllerde kovuşturmanın veya davanın ertelenmesi de kabul edilmiştir. Örneğin eski TCK'nın 434. maddesinde kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile sanık veya hükümlülerden biri arasında evlenme gerçekleştiğinde koca hakkında kamu davasının ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesinin erteleneceği belirtilmiştir. Yine, 28/08/1999 tarihli ve 4454 sayılı "Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Davaya ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun" ile 21/12/2000 tarihli ve 4616 sayılı "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Davaya ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun" da dava ve cezanın ertelenmesine ilişkin kurumlara yer verilmiştir. Ancak öğretilerde 4454 ve 4616 sayılı Kanunlarla getirilen düzenlemeleri "erteleme" sayan görüşlere karşılık bunu şartlı af olarak değerlendirenler de vardır.

rak Cumhuriyet Savcısı bazen kamu davasının harekete getirilip getirilmeyeceğini, kendisine ulaşan olayların bir temeli bulunup bulunmadığını, sözgelimi ihbarın anonim olup olmadığını belirlemek için şekli olmayan bir araştırma yapar ve bunun sonucunda soruşturmayı sürdürmemeye karar verebilir yani yasallık otomatiklik anlamını taşımaz.

Çağdaş eğilim, yasallık ve maksada uygunluk sistemleri arasında bir yakınlaşmayı ifade etmektedir.

Tasarının temel amacı yargılamanın, adil yargılama ilkesine tam sadık kalınarak süratlendirilmesi ve kovuşturmanın duruşmadan duruşmaya sürüklenmesini ve böylece parçalı adaleti önlemek olduğundan ve bu amaca ulaşmanın bir çaresi de ceza adalet sistemini, olanak ölçüsünde boşaltmak, soruşturma evresindeki filtreyi etkinleştirmek olduğundan değişik hükümler getirilmiş ve bunlardan önemli birisini de bu madde oluşturmuştur.

Ayrıca bugünkü sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olarak, ödetici ceza anlayışından hükümlüyü veya zanlıyı topluma yeniden kazandırma anlayışına dönülmüş bulunmaktadır.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi sistemi ikiye ayırılır:

**a.** Bir şekle göre, *savcının bu konudaki yetkisi mutlaktır*. Başka bir merciin onayına veya iznine gerek kalmaksızın, kamu davasının açılması savcı tarafından ertelenmektedir. Bu şekli kabul eden ülkeler arasında Finlandiya, Belçika ve Japonya örnek olarak gösterilebilir. Federal Alman hukukunda ise savcı, genç hakiminin katılmasıyla veya onayına gerek kalmadan kovuşturmaya son verebilir.

**b.** Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun diğer bir şekline göre ise, *savcının yetkisi mutlak olmamakta*, çocuk mahkemesi hakiminin (Hollanda) veya diğer bir merciin (Kraliyet Savcısı-Norveç) onayıyla davanın açılması ertelenebilmektedir.<sup>36</sup>

CMK tasarısının “*Hükümün geri bırakılması, denetimli serbestlik*” başlıklı 233. maddesinin gerekçesinde de vurgulandığı gibi, önce Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkan ve özellikle 1950’li yıllardan sonra Kara Avrupası hukukunu etkileyerek ceza kanunlarına girip bugün hemen bütün Doğu Avrupa ve Batı ülkelerinin ceza mevzuatında yer

<sup>36</sup> Artuk/Yenidünya, s. 59,60’dan nakleden, Çolak, Halûk/Altun, Uğurtan; a.g.m.

alan bir kurum olarak ceza sistemlerindeki yerini almıştır. Nitekim Fransız hukukunda bu kurum, ilk önce 2.2.1945 tarihli kanunla çocuk suçlular hakkında uygulanmaya başlanmış, daha sonra 1975 yılında yapılan değişiklikle yetişkinleri de kapsamına almıştır. Belçika’da aynı kurum 29.6.1964 tarihli bir kanunla hukuk sistemine getirilmiştir. Bu örneği, Hollanda, Japonya, Polonya, İsviçre gibi ülkelerde de görmek olanaklıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu Anglo-Sakson hukuk sisteminde yargılanması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre denetim altında tutulması “*probation*” esasına dayanır. Hâkim, sanığın suçluluk ve kusurluluğunu saptamakla beraber cezaya hükmetmeyi geri bırakmakta ve onu belirli bir süre içinde denetim altında tutmaktadır. Davranışları, tâbi tutulduğu denetim süresi içinde olumlu bulunduğu takdirde suçlu için bir mahkûmiyet kararı verilmemektedir. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan suçlu, damgalama süreci dışına çıkarılmakta, bir yargı kararına muhatap olmamaktadır. Bu kurum, çağdaş ceza hukukunun amaçlarından biri olan kişiyi mümkün olduğu kadar damgalamamayı ve toplum ile uyum sağlanmasını gerçekleştiren bir uygulama niteliğindedir.

Hâkim yargılamakta olduğu suçla ilgili olarak sanığın kişisel durumunu, işlediği fiili bütün yönleriyle inceleyerek, delilleri toplayacak ve yargılamayı bitirecektir. Ancak son hükmü açıklamayacaktır. Bunun yanı sıra hâkim sanığa belli bir denetim süresi içinde, denetimli serbestliğe tâbi tutulacağını ve hükmün geri bırakıldığını bildirecektir.

Aslında tasarılar da yer aldığı şekliyle gerek “*Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi*” ve gerekse “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*” Anayasa’nın 174. maddesinde koruma altına alınan “*İnkılap Kanunları*”nda yer alan suçlar hariç olmak üzere üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar yönünden öngörülmüşken medyanın her zaman olduğu gibi postmodern bir anlayışla<sup>37</sup> ko-

<sup>37</sup> Postmodernizm, liberalizmden daha fazla yargıya müdahale edip, yıpratmaktadır. Postmodernizm, temelde “düzen”e karşı bir direnişi, bir karşı koymayı ifade eder. Hukukta dinamik bir adalet anlayışından yola çıkan postmodern anlayış, tanınmış bir futbolcunun ya da şarkıcının adı bir suçtan dolayı yargılanması ve hüküm giymesini öne çıkararak eleştirebilmektedir. Yargının ve kararlarının hukuka uygun olması postmodern anlayış bakımından yeterli değildir. Bu anlayış yargısal sürecin ve kararlarının kendisine uygun olmasını beklemektedir. Oysaki yukarıda da de-

nuya yaklaşması ve “*şu kadar suç için dava bile açılmayacak*” basitliği ile kamuoyunu yanlış bilgilendirmesi sonucu soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarla sınırlandırılmıştır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 1999 tasarısının “*Kamu davasının açılmasının ertelenmesi*” başlığını taşıyan 164. maddesine göre de, “*fiil için Kanunda öngörülen şahsî hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı üç aydan fazla ve iki yıla kadar (iki yıl dahil)*” olması hâlinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi öngörülüyordu. Cezanın üst sınırının üç aydan fazla olmasının nedeni üç aya kadar ceza gerektiren suçların ön ödeme kapsamında olmasıdır.<sup>38</sup>

1999 tasarısı Cumhuriyet savcısının vereceği kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına karşı suçtan zarar görene itiraz hakkı tanınmamış ancak asliye ceza hâkiminin onayına bağlamıştı. Aynı düzenleme yani erteleme kararının hâkimin onayına bağlanması 5271 sayılı CMK tasarısında da yer aldığı halde 5560 sayılı ... Değişiklik Tasarısı’nda yer verilmemiş buna karşı suçtan zarar görene itiraz hakkı tanınmıştır. (CMK 171/2. madde) 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun “*Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi*” başlıklı 19. maddesinde de savcının erteleme kararı çocuk hâkiminin onamasına bağlandığı halde 5560 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu çocuklar yönünden de kamu davasının açılmasının ertelenmesi CMK’nın 171. maddesindeki şartlara bağlanmıştır.

Kovuşturma mecburiyeti ve maslahata uygunluk ilkelerinin lehinde ve aleyhindeki görüşler kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması için de geçerlidir. Aleyhe ileri sürülen en önemli tenkit suçsuz olduğuna inanan bir kimse hakkında kamu davası açılmaması veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması suretiyle beraat etme ihtimali olan sanığın aklanma imkanının elinden alınması, suçsuzluğunu ispat imkânından mahrum bırakılmasıdır. Hatırlanacak olursa 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’un 1. maddesine 4758 sayılı kanunla “*Bu bentle ilgili*

ğınildiği gibi adalet dağıtmak aceleyle yerine getirilecek bir iş değildir. -Konuralp, Haluk, *Yeni Türkiye Dergisi*, 98/23-24, s.3821 (Yargı Özel Sayısı)

<sup>38</sup> CMUK 1999 tasarısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer/Yenisey, *Karşılaştırmalı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve 1999 Tasarısı, Gerekçeler*, İstanbul, 1999.

olarak bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde dosyanın bulunduğu yargı merciine başvurmak suretiyle **soruşturmaya veya davaya devam edilmesini istediklerini bildirenler hakkında soruşturma veya davaya devam olunur**. Mahkumiyet halinde verilen ceza, dava zamanaşımı süresince ertelenir” ibaresi eklenmişti. Amaç suçsuz olduğuna inanan kimseye yargılanarak beraat etme imkânının sağlanmasıdır.

### 2.2.2. CMK'nın 171. Maddesine Göre Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

- 253. maddenin 19. fıkrası hükmü ve uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere,<sup>39</sup> soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yeterli şüphenin varlığına rağmen Cumhuriyet savcısı, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir.

Yeterli şüpheden kastedilen CMK'nın 170. maddesinde ifade edilen “*soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler*” cümlesindeki yeterli şüphedir.

Demekki soruşturma evresi sonunda toplanan deliller;

- Suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa,
- CMK'nın 171. maddesinin 1. fıkrasındaki şartlara bağlı olarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilemiyorsa,
- 253. maddenin 19. fıkrası hükmü ve uzlaşmaya ilişkin hükümler uygulanma olanağı yoksa,

<sup>39</sup> 253. maddenin 19. fıkrası “Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def’aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, 171. maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171. maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 38. maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.”



- Ve 171. maddenin 3. fıkrasında sayılan fiil ve faile ilişkin koşullarının birlikte gerçekleşmişse Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir.

- Erteleme için ilgilinin talebi veya şüphelinin kabulü aranmamıştır.

- Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımını işlemez.

- Suçtan zarar gören, bu karara 173. madde hükümlerine göre itiraz edebilir.

- Şartlarının varlığı halinde C. savcısı erteleme yönünden takdir hakkına sahiptir. C. savcısı takdir hakkını dava açmadan yana kullanırsa buna karşı bir kanun yolu öngörülmemiştir. Ancak şartları varsa iddianamenin iadesine karar verilebilir.

### 3.3.3 CMK'nın 231. Maddesine Göre

#### Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

- Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı olmak üzere, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarla ilgili olarak<sup>40</sup> sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, bir yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması demek bütün delillerin denetime imkan verecek şekilde toplanması, fiil ve faile bağlı olarak suç vasfının tayini ve bu vasıflandırmaya uygun bir şekilde ve gerekçeli olarak mahkumiyet kararı verilmesi demektir. Yoksa yargılamayı karar aşamasına getirip verilecek hükmü açıklamamak değildir.

- Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

**Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;**

<sup>40</sup> 171. maddede kamu davasının açılmasının ertelenmesi yönünden suçun şikâyete bağlı olması şartı en başta ifade edildiği halde 231. maddede bu husus maddenin en sonunda 14. fıkrada ifade edilmiştir. Buna rağmen bu bir ön koşuldur.

a. Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b. Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c. Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir. Belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

- Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

- Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez. Aksi halde ceza ertelenecek veya seçenek yaptırımlara çevrilecekse hüküm açıklanacaktır.

- Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanık hakkında denetimli serbestlik tedbirine karar verilebilir. Demekki gerek görülmezse denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmeyecektir. Ancak denetimli serbestlik tedbiri olarak 8. fıkrafta sayılan aşağıdaki tedbirlere karar verilebilir:

a. Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b. Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c. Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

- Bu tedbirler tahdidi olarak (kanun koyucu tarafından sınırlı olarak) belirlenmiştir. Kıyasen buna benzer tedbirlere hükmedilemez.

- Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

- Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

- Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

### 7.3. 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na Göre

*“Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi”* ve *“Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”* müesseseleri ilk defa 15.07.2005 tarihli *Resmî Gazete*'de yayınlanan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile yasalaşarak yürürlüğe girmiş, böylece suç tarihinde 18 yaşını bitirmeyen sanıklar için de olsa ceza yargılama sistemimizdeki yerini almıştır.

Mukayeseli hukukta da görüldüğü gibi maslahata uygunluk ilkesi gereği anılan erteleme kurumları öncelikle çocuk suçlular için kabul edilmiş, bir süre sonra faydaları görüldükten sonra genelleştirilmiştir.

Çocuk hukukunun genel ilkeleri ve çocuğun yüksek yararı göz önünde bulundurularak, yargılamanın, adil yargılama ilkesine tam sadık kalınarak süratlendirilmesi ve kovuşturmanın duruşmadan duruşmaya sürüklenmesini ve böylece parçalı adaleti önlemek amacıyla, ceza adalet sistemini, olanak ölçüsünde boşaltmak, soruşturma

evresindeki filtreyi etkinleştirmek için kanunda belirtilen durumların varlığı halinde, Cumhuriyet savcısına kamu davasının açılmasının ertelenmesi yetkisi verilmektedir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin<sup>41</sup> 40. maddesi de bunu gerektirmektedir.<sup>42</sup>

Çocuğun "cezalandırılması" fikri, artık terk edilmelidir. Fakat, "cezalandırmama", tepki göstermeme anlamına gelmez. Çocuk Ceza Hukuku, bir tedbir hukukudur. Ceza en son çaredir ve istisnadır.<sup>43</sup>

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5560 sayılı kanunla değişik 19. maddesine göre; "*Çocuğa yüklenen suçtan dolayı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki koşulların varlığı halinde, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilir. Ancak, bu kişiler açısından erteleme süresi üç yıldır.*"

19. maddenin değişiklikten önceki hali, bu müessese CMK'da yer almadığından uzun ve ayrıntılı olarak düzenlenmişti. Uygulayıcılar açısından maddenin eski hali daha lehe hükümler içerdiğinden bunun göz ardı edilmemesi gerekir. Çünkü 15-18 yaş grubu için iki yıla kadar (iki yıl dahil), on beş yaşını doldurmamış çocuklar bakımından üç yıl (üç yıl dahil) hapis cezası gerektiren suçlar için kamu davasının açılmasının ertelenmesi mümkündür.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5560 sayılı kanunla değişik 23. maddesinde ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması düzenlenmiştir; "*Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda, Ceza Muhakemesi Kanunundaki koşulların varlığı halinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Ancak, bu kişiler açısından denetim süresi üç yıldır.*"

Bu maddenin eski halinde de yaş grubu ayırımı yapılmadan çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda belirlenen ceza, üç yıla kadar (üç yıl dâhil) hapis veya adli para cezası gerektiren suçlar için hükmün açıklanmasının geri bırakılması mümkün olduğundan daha lehe idi.

<sup>41</sup> Çocuk Haklarına Dair Sözleşme; Türkiye tarafından 14.9.1990 tarihinde imzalanmış, 9.12.1994 tarihli ve 4058 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve 22.1.1995 tarihli 22184 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır.

<sup>42</sup> Balo, Yusuf Solmaz, *Teori ve Uygulamada Çocuk Ceza Hukuku*, Kasım 2005, s.416

<sup>43</sup> Yenisey, Feridun, *Teori ve Uygulamada Çocuk Ceza Hukuku*, için yazılan sunuş'dan

Kısaca 5560 sayılı kanunla 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 19 ve 23. maddelerinde yapılan değişiklikle gerek kamu davasının açılmasının ertelenmesi gerekse hükmün açıklanmasının geri bırakılması CMK'nın 171 ve 231. maddelerindeki koşulların varlığına endekslenmiş, sadece büyükler için öngörülen 5 yıllık erteleme ve denetim süresi küçükler için üç yıl kabul edilmiştir.

#### 7.4. Özel Soruşturma ve Kovuşturma Usulleri

Etkili, verimli, süratli ve saygın bir kamu yönetimi de toplumun vazgeçemeyeceği bir olgudur. Kamu yönetiminin hizmet görürken bunu memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yapacağı tabiidir. Bu noktada, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri kamusal yetki ve usuller kullanmak suretiyle ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tâbi tutulmaları, kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine yol açabilir. Bu sakıncaları gidermek, memurlar ve diğer kamu görevlilerini asılsız isnat ve iftiralar karşısında korumak için bunların görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında adli makamların kovuşturma yapmasından önce idarenin bir inceleme yapmasını ve bu incelemenin sonucuna göre olayın yetkili ve görevli adli mercie intikal ettirilmesini öngören sistemler geliştirilmiştir.

Ülkemizde kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi için öngörülen özel soruşturma sistemini en kapsamlı biçimde düzenleyen metin, 1913 yılında kabul edilerek yürürlüğe konulan Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu muvakkattır. Ancak bu kanun zaman içinde yetersiz kaldığından 4483 sayılı kanun 4.12.1999 tarihli *Resmi Gazete*'de Yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Aynı şekilde anayasal bir güvence olarak milletvekilleri için yasama dokunulmazlığı ve yasama sorumsuzluğu getirilmiş (Any. 83. m.), keza yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hakim ve savcılar, avukatlar, noterler, asker kişiler, bazı bağımsız düzenleyici kurulların başkan ve üyeleri için ilgili kanunlarında ya farklı soruşturma ve kovuşturma usulleri öngörülmüş ya da 4483 sayılı kanuna atıfta bulunulmuştur.

Böylece memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tâbi tutulmaları, kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine yol açabileceği gibi gerekçelerle Anayasa ve kanunlarda maslahata uygunluk ilkesi gereği farklı düzenlemelere yer verilmiştir.

Bazı özel ceza yasalarında ise genellikle belirtilen suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturmalar için ilgili kurumun “yazılı bildirim” veya “yazılı başvuruda bulunulmasına” bağlanmıştır. 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu... gibi.

## SONUÇ

Hukuk sistemlerine bakıldığında, özellikle son gelişmelerle etkili bir hazırlık soruşturması yürüterek, maddi gerçeğin tam olarak ortaya çıkmasına katkıda bulunması açısından, savcılara daha geniş yetkiler verilmiş olduğu göze çarpmaktadır. Bununla birlikte hazırlık soruşturmasında aynı zamanda, hukuk devleti güvencelerine ve soruşturma faaliyetinin özgürce yapılmasına müdahale yetkisinin sınırlarının belirlenmesi yoluna da gidilmiştir.<sup>44</sup>

1 Haziran 2005'ten itibaren yürürlüğe konulan 5237 sayılı TCK, 5271 sayılı CMK, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu gibi temel kanunların hepsi için içlerinde maslahata uygunluk izlerini taşıdıkları söylenebilir. Fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen; Cumhuriyet savcısına CMK'nın 223/4. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde gösterilen etkin pişmanlık ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde kamu davası açmama yönünde takdir hakkı tanınması, ön ödeme kurumunun muhafazası, Uzlaşma kurumunun getirilmesi (CMK 253, 254. maddeler) gibi “Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi” ve “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması” kurumları da maslahata uygunluk ilkesi gereğidir.

Maslahata uygunluk ilkesinin güzel bir örneği olan ve 1412 sayılı CMUK'nın 344. maddesinde yer alan “Şahsî Davaya”ya 5271 sayılı

<sup>44</sup> Gökçe, Teoman, a.g.m., s. 70.

CMK'da yer verilmemişse de bunun nedenleri farklıdır.<sup>45</sup> Çünkü iddianamenin iadesine yer verilen bir sistemde şahsi davanın yeri olamazdı. Şahsi davanın kaldırılması yerine ise uzlaşma ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumları getirilmiştir.

Böylece 5560 sayılı Kanunla CMK'nın 171 ve 231. maddelerinde yapılan değişiklikler ile uzlaşma müessesesi birlikte değerlendirildiğinde ceza yargılama sistemimizde kovuşturma mecburiyeti ilkesi kural ise de yeni getirilen bu kurumlar ile büyük ölçüde "maslahata uygunluk" ilkelerine de yer verildiği söylenebilir.

Ancak siyasi ve politik bazı mülahaza ve engellemeler nedeniyle özellikle 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesindeki "Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" hükmü gereği ya özel ceza yasalarının tamamı taranarak 5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerine uyumlu hale getirilecekti, ya da 5. madde hükmü karşısında zımnen yürürlükten kaldırılmış sayılacaktı. Ancak onlarca özel yasada öyle hükümler var ki içinden çıkılması çok zor sorunlarla karşı karşıya kalınacaktı. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'a eklenen geçici 1. maddeyle "Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Birinci Kitabı'nda yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmıyaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır" hükmüne yer verilerek özel ceza yasalarının 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesine aykırı hükümleri geçerli kılındı ama bu süre içinde de gerekli değişiklikler yapılamadığından geçici 1. madde "gerekli değişiklikler yapılmıyaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır" şeklinde değiştirilmiştir. Oysa bu amaçla hazırlanan ve 651 maddeden oluşan "Temel Ceza

<sup>45</sup> 5271 sayılı CMK'nın temelinin teşkil eden 1999 tasarısında da şahsi davaya yer verilmemiş ve genel gerekçede bunun sebebi şöyle açıklanmıştır: "Tasarı, her suçtan zarar görenin Devlet olduğu gerçeğinden hareketle, dava açmanın bir kamu görevi olması gerektiğini benimsemiş ve bireyin dava açmasını içeren şahsi dava usulünü kaldırmıştır. Şahsi davanın lehinde ve aleyhinde olanlar da vardır. Tasarı, günümüzde artık suçların kamusal ve özlük olarak ikiye ayrılmadığını, açılan ceza davasına katılma, Cumhuriyet savcısının dava açılmasına yer olmadığına dair kararına itiraz olanaklarını geniş ölçüde kabul etmiş bulunduğuna göre, uygulamada çok kere mahkemeleri işgal eden, zaman israfına neden olan şahsi davaya tasarıda yer verilmemiştir. Kaldı ki şahsi dava, suçtan zarar gören kimse için gerçekten külfettir ve bu haktan genellikle ekonomik durumları güçlü olanlar yararlanabilmektedir." Murat Aydın, *a. g. e.*, s. 45.

*Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda, Temel Ceza Kanunlarında ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*" mutlaka yasalaşmalıydı.

5237 sayılı TCK'nın 5. maddesine benzer bir hükme 5271 sayılı CMK'nda da yer verilmesi gerekir. Çünkü özel ceza yasaları 5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerine aykırı olduğu kadar 5271 sayılı CMK'ya aykırı usul hükümleri de içermektedir. Akademisyenlerin CMK'da "Özel soruşturma ve kovuşturma usullerinin kaldırıldığını" belirten geçici bir maddeye yer verilmesi düşüncesi kabul görmemiştir. Oysa Milletvekilleri, yargı mensupları, kamu görevlileri, asker şahıslar ve yabancı diplomatlarla ilgili olanlar -ki bu konuda da çerçeve bir yasa yeterli olabilir- dışında özel soruşturma ve kovuşturma usullerine yer veren özel düzenlemeler bir an önce kaldırılmalıdır.

Sanıkları yıllarca yargılayıp harcanacak para, emek ve mesaiden sonra verilecek cezayı ertelemek mi? Daha baştan maslahata göre kamu davasının belli şartlarda açılmasının ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mi? Küçük sanıkları büyüklerden ayrı yargılayacağız, deşifre etmeyeceğiz diye istenildiği kadar özel usuller ve önlemler getirilsin, görsel ve yazılı medyada hangi sanık ve mağdurlar daha çok haber olmaktadır?

Kovuşturmada mecburilik/kanunilik sistemi mi? Maslahata uygunluk/takdirilik sistemi mi? Tabii ki sistemin çerçevesinin iyi çizilmesi ve uygulama da çok önemlidir. Çünkü Ali Fuat Başgil'in ifadesiyle "en iyi kanun bile acemi ellerde bir zulüm kılıcı haline gelir." Bunun mefhumu muhalifi, en kötü kanun bile iyi uygulayıcıların elinde doktorun elindeki neşter gibidir.



# ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI KARARLARI VE YASAMA ORGANININ HUKUKA AYKIRI İŞLEMLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Ş. Cankat TAŞKIN\*

## 1. GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi, yasaların, yasa gücündeki kararnamelerin ve meclis içtüzüğü ile Anayasa değişikliklerinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunu denetleyen, Anayasa'da gösterilen kişileri görevleriyle ilgili suçlardan ötürü "Yüce Divan" sıfatıyla yargılayan ve kuruluş yasasıyla kendisine verilen diğer görevleri yerine getiren, yüksek bir yargı organıdır. Mahkemenin, Anayasa değişikliklerini yalnızca şekil yönünden Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisi vardır.

Bu çalışmamda, Anayasa Mahkemesi'nin yasaların yürürlüğünü durdurma yetkisine ve böyle bir karar verip veremeyeceği hakkındaki görüşlere, yürürlüğün durdurulması ile yürütmenin durdurulması kavramlarının farklılıklarıyla benzerliklerine, karşılaştırmalı hukuktaki duruma, yürürlüğün durdurulması kararlarının etkisine, yasaya güvenerek birtakım işlemler yapmış olan bireylerin, yürürlüğün durdurulması kararından sonra "devlete güvenerek" yaptıkları işlemlerin durumunun ne olacağına ve bu anlamda "yasama organının sorumluluğu"na değinerek; sonuç ve değerlendirme bölümüyle çalışmamı tamamlayacağım.

---

\* Av. Bursa Barosu, Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku yüksek lisans öğrencisi.

## 2. ANAYASA YARGISI ve ANAYASA YARGISININ ÖNEMİ

Geniş anlamda Anayasa Yargısı, Anayasa'ya doğrudan doğruya uyum sağlama amacını üstlenen her çeşit yargı işlemlerini, başka bir deyişle, Anayasa hukuku sorunlarının yargısal yöntemlerle çözüm kararına bağlanması sürecidir.<sup>1</sup> Öte yandan, Anayasa yargısı kabaca yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimidir.<sup>2</sup> Bu faaliyetin kapsamında yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi önemli işleve sahiptir.

Anayasa Yargısının gelişimi, Amerika Birleşik Devletleri'nde Yüksek Mahkeme'nin verdiği Marbury A. Madison Davası ile başlamaktadır.<sup>3</sup> Burada, ayrı bir Anayasa Mahkemesi yoktur. Yargı birliği ilkesi geçerli olduğundan denetim her düzeyde ve tüm yargıçlar tarafından yapılmaktadır.

Buna karşın ülkemizin de içinde bulunduğu Kıta Avrupası sisteminde Anayasa Mahkemesi'nin varlığı benimsenmiştir. Yasama organının da bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal edebileceği anlaşıldıktan sonra anayasa yargısının varlığına ve anayasa mahkemelerine gereksinim duyulmuştur. Bunun için de ilk şart yazılı ve sert bir anayasanın varlığıdır.<sup>4</sup>

Türk Anayasa hukuku tarihinde Anayasa mahkemeleri ilk kez 1961 Anayasası ile ihdas edilmiştir. Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası'nın en büyük yeniliklerinden biridir.<sup>5</sup> 1982 Anayasası da 146-154. maddeleri ile Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunu ve çalışma esaslarını düzenlemiştir.

## 3. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN GÖREVLERİ

Anayasa Mahkemesi'nin görevleri Anayasa'nın 148. maddesinde sınırlı sayıda sayılmıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesi kanunların,

<sup>1</sup> Memiş, Emin, *Türkiye'de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2005)-Anayasa Hukuku Notları-Genişletilmiş ve Yenilenmiş* 4. Baskı-İstanbul, 2005-Filiz Kitabevi, s. 420

<sup>2</sup> Kaboğlu, İbrahim, *Anayasa Yargısı*, 2. bs., İstanbul, Kasım 1997, Imge Kitabevi, s. 1.

<sup>3</sup> Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 14.

<sup>4</sup> Kilinç, Bahadır, *Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Ankara 1998, Adil Yayınevi, s. 111.

<sup>5</sup> Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)*, 2. Baskı, İstanbul, Ekim 1998, Yapı Kredi yayınları, s. 404.

kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İÇtüzüğünün Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler. Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Danıştay, Askeri Yargıtay, AYİM başkanlarıyla üyelerini ve başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcı vekilini, HSYK, Sayıştay başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan ötürü "Yüce Divan" sıfatıyla yargılar. Ayrıca, Anayasa'nın 69. maddesi gereğince siyasi partilerin kapatılması davalarına bakar ve siyasi partilerin mali denetimini yapar. Anayasa'nın 85. maddesine göre, yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına veya üyeliklerinin düştüğüne TBMM tarafından karar verilmesi durumunda, ilgililerin söz konusu işlemin iptaline ilişkin istemlerini karara bağlar; Anayasa'nın 158/2. maddesine göre, Uyuşmazlık Mahkemesi başkanını kendi üyeleri arasından görevlendirir. Ayrıca, Anayasa ile kendisine verilen diğer görevleri yerine getirir. (AY 148/son)

#### 4. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KARARLARI

##### A. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi, ret veya iptal şeklinde kararlar verebilir. Bunun dışında mahkeme ara kararları da verebilmektedir. Bu ara kararlar, yorumlayıcı (açıklayıcı) kararlardır veya mutavassit kararlardır.<sup>6</sup> Mutavassit karardan maksat, Anayasa'ya aykırılık içermesine karşın mahkemenin yasayı iptal etme yerine ihmal etmesi ve Anayasa kuralının görülmekte olan davada doğrudan uygulanmasıdır.<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesi, bu yöndeki bir kararı, "Demokratik Barış Hareketi Partisi"nin kapatılması davasında vermiş ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası m. 89 hükmünü, 23. 7. 1995 tarihli Anayasa değişikliğinden sonra (AY md 68/4) daha az güvenceli bularak, Anayasa hükmünü somut olayda doğrudan doğruya uygulamıştır.<sup>8</sup>

Esasa ilişkin red kararı, kanunun Anayasa'ya uygun olması demektir. Buna karşın, iptal kararları dava konusu olan normu ortadan kaldırmaya niteliktedir ve bu nedenle herkes için (erga omnes) bağlayıcı

<sup>6</sup> Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 106.

<sup>7</sup> Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 106.

<sup>8</sup> Demokratik Barış Hareketi Kararı, 1997/3, 22. 5. 1997 tarih (Can, Osman, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, 1. Baskı, Ankara 2005-Seçkin Kitabevi, s. 93)

özelliğe sahiptir.<sup>9</sup> Ancak 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi'ne 1961 Anayasası'nın aksine yalnızca tarafları bağlayan (inter partes) karar verme yetkisi tanımamıştır.<sup>10</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları kesindir ve iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz. (AY 153/1 ve 2). Bu nedenle de iptal kararları kararın *Resmi Gazete'*de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Ancak gereken durumlarda Anayasa Mahkemesi kararın yürürlüğe gireceği tarihi bir yıldan çok olmamak üzere ayrıca belirleyebilir. (AY 153/3). İptal kararları geriye yürümez. (AY 153/5) Oysa İdare Hukuku'nda iptal kararları kural olarak geçmişe yürür ve iptali istenen işlemi en baştan ve tüm sonuçlarıyla geçersiz kılar.<sup>11</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geçmişe yürümemesi haksız ve hukuka aykırı birtakım uygulamaları beraberinde getirebilir. Gerekçeli iptal kararının *Resmi Gazete'*de yayımlanmasına kadarki süre içerisinde birtakım işlemler yapılabilir. Çünkü gerekçeli karar *Resmi Gazete'*de yayımlanana kadar o kanun iptal edilmemiş sayılacaktır.<sup>12</sup> Bunun yakın geçmişteki en çarpıcı örneği, eşitliğe ve hakkaniyete aykırı olan ve Anayasa Mahkemesi tarafından defalarca kez iptal edilen "kıyak emeklilik" yasasıdır.<sup>13</sup>

İptal kararlarının geçmişe yürümemesinden amaçlanan, bireyle-  
rin devlete olan güvenini korumaktır. Böylece, kazanılmış hakların korunması amaçlanmaktadır.<sup>14</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi de 12. 12. 1989 gün ve 1989/11 E-1989/48 K sayılı kararıyla bu konuya vurgu yapmıştır.<sup>15</sup>

Ancak bazı durumlarda Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararlarının uygulamada hiçbir yararının olmadığı görülmektedir. Yukarıda değinilen ve Anayasa Mahkemesi tarafından tam 9 kez iptal edi-

<sup>9</sup> Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul 1998, BETA Yayıncılık, s. 204.

<sup>10</sup> Kaboğlu, İbrahim. Ö, *Anayasa Hukuku Dersleri -Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı*, Ekim 2005, İstanbul Legal Yayınevi, s. 359.

<sup>11</sup> Çağlayan, Ramazan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Kasım 2004, Ankara, Asil Yayınevi, s. 127 aynı yönde Gözübüyük, A. Şeref, *Yönetim Hukuku*, 13. Baskı, Ankara 1999, Turhan Kitabevi, s. 353

<sup>12</sup> Kılınç, a. g. e., s. 116.

<sup>13</sup> MEMİŞ, a. g. e., s. 470

<sup>14</sup> MEMİŞ, a. g. e., s. 470.

<sup>15</sup> <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp> (7. 4. 2007)

len kıyak emeklilik yasası veya Boğaziçi'ndeki imar Planlarına aykırı yapılaşmaya yol açtığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından 28. 6. 1989 gün ve 1988/61 E;1989/2 karar sayılı iptal kararına rağmen, kararın yayımlanmasına kadar bu tür kaçak yapılaşmalar devam etmiştir. Çözüm olarak da sonunda bu binaların yıkılmasına karar verilmiştir. Aynı şekilde, ölüm cezasını onaylayan bir kanunun iptali için dava açılması durumunda, bu cezanın infazından sonra verilecek bir iptal kararının hiçbir anlam taşımayacağı da ortadadır.<sup>16</sup>

Bu türden ciddi Anayasa aykırılıklarının önüne geçmek için, Anayasa Mahkemesi, kendisini yürürlüğün durdurulması kararları verme bakımından içtihat yoluyla yetkili kılmıştır.

## B. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yürürlüğün Durdurulması

Anayasa Mahkemesi'nin kanunların, kanun hükmünde kararnemelerin yürürlüğünü durdurup durduramayacağı öğretide ciddi ve çok boyutlu olarak tartışılmıştır. Anayasa Mahkemesi de 21. 10. 1993'e dek böyle bir yetkisinin olduğunu kabul etmemiş; fakat bu tarihte 509 sayılı kararnamenin yürürlüğünü oyçokluğu ile durdurmuştur. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma yetkisi incelenirken konuyu 21.10.1993'ten önceki ve sonraki dönemler bakımından değerlendirmek daha yararlı olacaktır.

### B. 1. 21. 10. 1993 Öncesi Dönem

O dönemde Anayasa Mahkemesi, kararlarında kavramı idari yargıdaki "*yürütmenin durdurulması*" deyimiiyle değerlendirmiştir. Yürürlüğü durdurma isteği bu dönemde Anayasa Mahkemesi'nin önüne 3 kez gelmiş ve Mahkeme her üç kararda da kararların yürürlüğünün durdurulmasını reddetmiştir.<sup>17</sup> Mahkeme, bu kararlarında sonuçları ağır olabilecek yürürlüğün durdurulması gibi bir yetkinin Mahkeme'ye ancak Anayasa ile verilmesi gerektiğine, soruna bir yargılama usulü

<sup>16</sup> Kiliç, a. g. e., s. 117

<sup>17</sup> Bu kararlar 6. 4. 1972 gün ve 1972/13 E-1972/18 K sayılı kararı;24. 5. 1977 gün ve 1977/60 E-1977/81 K sayılı kararı ile 1. 8. 1985 gün ve 1985/659 E-1985/4 K sayılı kararlarıdır. (<http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>) 7. 4. 2007.

sorunu olarak bakmak gerekirse bu kez de yetkinin Mahkeme'nin kuruluş yasası ile tanınması gerektiğine, yorum veya kıyaslama yoluyla Mahkeme'nin kendisine böyle bir yetki tanıyamayacağını belirtmiştir. Ayrıca, 1985 tarihli son ret kararında Mahkeme ek bir gerekçe daha sunmuştur. Buna göre, Anayasa Mahkemesi'nin "yürütmenin durdurulmasına" karar verme yetkisinin bulunduğunu kabul etmek olası değildir; çünkü böyle bir kararın verilmesi durumunda Mahkeme dolaylı yoldan da olsa görüşünü belirtmiş olacaktır.<sup>18</sup>

Karara muhalif olan üyeler Anayasa'da yasaklayıcı herhangi bir hükmün bulunmaması nedeniyle bu kararın verilebileceğini savunmuşlar; Mahkeme'nin genel ve nesnel kurallar koyan yasaları değil fakat yerine getirilmeleri durumunda artık geriye dönüşümü olmayan bir kişisel sonuç doğurabilecek kanunların yürürlüğünü durdurabileceğini belirtmişlerdir.<sup>19</sup>

## B. 2. 21. 10. 1993'ten Sonraki Dönem

Mahkeme bu tarihten sonra yürürlüğün durdurulması bakımından kendisini yetkili saymıştır. Bu konudaki ilk kararını Ankara milletvekili Mümtaz Soysal'ın ve beraberindeki 92 milletvekilinin Telekomünikasyon Anonim Şirketi kurulmasını öngören 509 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin iptali için açtıkları davada oyçokluğu ile vermiştir.<sup>20</sup>

Herhangi bir yasal ya da anayasal değişiklik olmamasına rağmen, mahkemenin yaklaşım ve yorum değişikliği bu kararın verilmesinde önemli etken olmuştur. Önceki yaklaşımından farklı olarak, mahkeme bu kez yürürlüğün durdurulmasını ikincil bir hak ya da ayrık bir usul düzenlemesi olarak görmemiş; "yargı yetkisinin özünde yer alan, yargı yetkisinin etkin kullanılmasını sağlayan bir araç" olarak nitelendirmiştir.

Mahkeme bu ilk kararından sonra ikinci olarak 3974 sayılı yasanın

<sup>18</sup> Kılınç, a. g. e., s. 118.

<sup>19</sup> Kılınç, a. g. e., s. 119.

<sup>20</sup> 21. 10. 1993 tarih ve 1993/33 E-1993/40-1 K sayılı kararı 23. 10. 1993 tarih ve 21737 sayılı Resmi Gazete (<http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>) 9. 4. 2007.

iptali istemiyle açılan davada yürürlüğün durdurulmasına yine oy çokluğuyla (7'ye karşı 4 oy) karar vermiştir.<sup>21</sup>

Mahkeme en son yürürlüğün durdurulması kararını ise 2007/18 esas numarası ile vermiş ve 55578 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun'un 6. maddesiyle; 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi kullanımı Kanunu'na eklenen geçici 3. maddenin yürürlüğünü Cumhurbaşkanı A. Necdet Sezer'in iptal istem gerekçeleri ve veto gerekçelerini değerlendirerek vermiştir.<sup>22</sup>

Sezer'in hem veto gerekçeleri hem de iptal isteminin gerekçelerini incelediğimizde, iptali istenen yasanın belli bir şirketi korumak amacıyla çıkarıldığı, (Cargill)<sup>23</sup> bir hukuk devletinde belli bir şahsı veya tüzel kişiyi koruyucu yasa çıkarılmayacağı; söz konusu yasadan yararlanacak olan Cargill A. Ş. adlı şirket aleyhinde daha önce verilmiş ve Danıştay incelemesinden geçerek kesinleşmiş tam 7 yargı kararı bulunduğu; hatta konunun yargı kararlarının uygulanmaması ve çevre hakkı yönünden AİHM'e taşındığı ve AİHM'in konuyu esastan görüşmeye başladığı, tüm bu kararlara rağmen Başbakanlık müsteşar yardımcısından 20. 04. 2006 tarihinde Tarım Bakanlığı'na hitaben mektup yazıldığı, burada da önceki yargı kararlarını dolanmak ve iptal davası açan davacıları bertaraf etmek için yasa çıkarmak gerektiği, bu yönde görüş bildirmesi istendiği; Tarım Bakanlığı'nın da görüşü alınarak yasa çıkarıldığı belirtilerek; bir hukuk devletinde yargı kararlarını etkisiz kılmaya yönelik yasa çıkarılmayacağı, bu yasanın uygulanmasıyla geri dönüşümü güç veya olanaksız zararların doğabileceği söylenerek, yürürlüğün durdurulması istenmiştir.<sup>24</sup> Mahkeme de 19. 02. 2007 tarihinde oybirliği ile yasanın yürürlüğünü durdurmuştur.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> 11. 04. 1994 tarih ve 1994/43 E-1994/42-1 K sayılı kararı 15. 04. 1994 tarih ve 21906 sayılı *Resmi Gazete* (<http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>) 9. 4. 2007

<sup>22</sup> 19. 02. 2007 tarih ve 2007/18 E-2007/9 K sayılı kararı 22. 02. 2007 tarih ve 26442 sayılı *Resmi Gazete* (<http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>) 9. 4. 2007

<sup>23</sup> Cargill A Ş Bursa-Orhangazi Gemiç ve Gürle Köyleri'nde 1997 yılında kurulmuş olan ve mısır unundan nişasta ve yapay şeker (glikoz) üreten bir ABD şirkettir.

<sup>24</sup> Bu konudaki bilgiler, benim de üyesi olduğum Bursa Barosu Çevre Hukuku Komisyonu arşivlerinden alınmıştır.

<sup>25</sup> Yukarıda dipnot 22

### C. Yürürlüğün Durdurulması mı; Yürütmenin Durdurulması mı?

Anayasa Mahkemesi, 21.10.1993'ten önceki kararlarında yürürlüğün durdurulması istemlerini reddederken “*yürütmenin durdurulmasının reddine*” demiş, bu tarihten sonra verdiği yürürlüğün durdurulması kararlarında ise “*yürürlüğün durdurulması*” deyişini kullanmayı yeğlemiştir.

Öğretide baskın görüş, bu terim değişikliğinin yerinde olduğu yönündedir.<sup>26</sup> Çünkü, Anayasa yargısında durdurulması istenen yürütme organının işlemi değil; yasama organının işlemidir. Başka bir deyişle, yasa hükmünün uygulanması durdurulmaktadır.<sup>27</sup> Ancak, idari yargıdaki gibi “*yürütmenin durdurulması*” deyişini kullanan bilim adamları da vardır.<sup>28</sup>

Kanımcı da yürürlüğün durdurulması deyişi, durdurulan yasama işlemi olduğundan daha doğru bir deyiştir; fakat yürütmenin durdurulmasından kasıt da yasa hükmünün yürürlüğünün durdurulması olduğundan, nasıl tanımlandığının önemli olamadığı kanısındayım. Ancak en doğru deyiş uygulamanın durdurulmasıdır.<sup>29</sup>

### D. Yürürlüğün Durdurulmasının Hukuki Dayanakları

Yürürlüğün durdurulması yetkisi anayasada ya da mahkemenin kuruluş yasası olan 2949 sayılı yasada belirtilmiş değildir. Mahkeme, bu yetkiyi kendisine içtihatla tanımıştır. Ancak, Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan 2001 Anayasa tasarısında 167. maddede yürürlüğün durdurulması yetkisi anayasaya açıkça konmuş ve tartışmalara son verilmek istenmiştir.<sup>30</sup> Ne var ki bu tasarı metni anayasa metni haline gelmemiştir.

<sup>26</sup> Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, s. 365; Teziç, *a. g. e.*, s. 211; Memiş, *a. g. e.*, s. 464; Ali-efendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa, Mahkemesi*, Tetkin Yayıncılık, Ankara, 996, s. 343; Tanör, Yüzbaşıoğlu, *a. g. e.*, s. 515.

<sup>27</sup> Kılınç, *a. g. e.*, s. 121.

<sup>28</sup> Bilgen, Pertev, “Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması” *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 12, Ankara 1995, s. 171; Özbudun, *a. g. e.*, s. 393.

<sup>29</sup> Aynı yöndeki görüş için Kılınç, *a. g. e.*, s. 121.

<sup>30</sup> Türkiye Barolar Birliği, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi 2001*, s. 100, Türkiye Barolar Birliği Yayınları-Yayın No:14-Ankara, 2001.



### E. Anayasa Mahkemesi'nin Yürürlüğün Durdurulmasına İlişkin Gerekçeleri<sup>31</sup>

Anayasa Mahkemesi kendisini yürürlüğün durdurulması konusunda yetkili sayarken aşağıdaki gerekçelere dayanmıştır:

1. Yürürlüğün durdurulması bakımından anayasada ya da kuruluş yasasında bir hüküm olmadığından ortada bir boşluk var demektir.<sup>32</sup> Boşluk bulunan hallerde ise yargıç hukuk yaratabilir. Bu da yargıca MK m. 1 ile tanınmış bir yetkidir. Kaldı ki Anayasa'nın 128. maddesi de bunu desteklemektedir.

2. Yürürlüğün durdurulması konusu Anayasa usulü ile ilgili bir konudur ve usule ilişkin boşlukları Anayasa Mahkemesi içtihatla doldurabilir. Nitekim yürürlükteki 2949 sayılı kuruluş yasasından önceki yasa olan 44 sayılı yasanın gerekçesinde, Anayasa Mahkemesi'nin karşılaştığı sorunları içtihat oluşturarak çözebileceği de belirtilmiştir.

3. Anayasa'da yürürlüğün durdurulması açıkça yasaklanmış değildir. Açık yasaklar Anayasa'nın 150 ve 151. maddelerinde belirtilmiştir. Yasaklama olmadığında göre, mahkeme yürürlüğün durdurulmasına karar verebilir.

4. Anayasa'nın 153. maddesindeki "iptal kararları geriye yürümez" kuralıyla "iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz" kuralları ve "iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarih ayrıca kararlaştırılabilir" kuralları mahkemenin yürürlüğün durdurulması yönünde karar vermesine engel değildir. Zira bir kanun ya da kanun hükmünde kararname iptal edilse dahi gerekçesi *Resmi Gazete'*de açıklanana kadarki dönemde hukuka aykırı kurallar geçmişe yürümeme kuralı nedeniyle varlıklarını sürdürebileceklerdir. Geçmişteki uygulamalar (Boğaz'da imar affı, kıyak emeklilik) bunu doğrulamaktadır. (Yukarıda kısaca değindiğimiz Cargill süreci de buna kanıttır).<sup>33</sup> Şu halde, bu yetkinin mahkeme tarafından kullanılması gerekmektedir.

<sup>31</sup> Gerekçelerin tam metni için bkz 6. 11. 1993 gün ve 21750 sayılı *Resmi Gazete*.

<sup>32</sup> Bu tip bir boşluğu Hatemi "Açık boşluk" (praeter legem) olarak tanımlamaktadır: Hatemi, Hüseyin, *Medeni Hukuka Giriş*, 1997, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 74

<sup>33</sup> Süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz ,Taşkin, Şaban Cankat, "İdari Yargının Güncel Sorunları ve Yargı Kararlarının Uygulanmaması", *Bursa Barosu Dergisi*, Sayı 82 (Ocak-Şubat-Mart 2007), s. 36

5. Anayasa'nın 152. maddesinde, görülmekte olan bir davada itiraz yoluna başvuran mahkeme, önündeki uyuşmazlığı karara bağlamayı, Anayasa Mahkemesi'nin kararına kadar geri bırakabilmektedir. İlk derece mahkemesine tanınan bir yetkinin Anayasa Mahkemesi'ne tanınmaması düşünülemez.

6. Yasanın iptali, yürürlüğün durdurulmasından daha geniş bir yetkidir. Çoğu yapan azı da yapar. Bu nedenle, iptalden daha hafif sonuçlar doğuracak olan yürürlüğü durdurma yetkisinin Mahkeme tarafından kullanılabileceğini kabul etmek gerekir.

7. Yürürlüğü durdurma yetkisi, yargı yetkisinin özünde yer alan bir araçtır.

8. Gerek kamu hukukunda gerekse özel hukukta önlem niteliğinde karar verme yetkisi mahkemelere tanınmıştır. İhtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve yürütmenin durdurulması buna örnektir. Anayasa yargısında da yürürlüğün durdurulması, özellikle uygulanmakla hükmünü yerine getiren, ölüm cezalarının yerine getirilmesi ya da devletleştirme gibi konular bakımından önem taşımaktadır.

### F. Yürürlüğün Durdurulması Yetkisinin Kullanılması ve Anayasa Mahkemesi'nin Gerekçeleri Hakkında Öğretide Öne Sürülen Görüşler

Yürürlüğün durdurulması yetkisinin kullanılması bakımından öğretide değişik görüşler öne sürülmüştür. Birinci gruptaki bilim insanları Anayasa'ya ve 2949 sayılı Yasa hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğün durdurulması yetkisine sahip olmadığını, içtihat yoluyla mahkemenin kendisine böyle bir yetki tanınmasının mümkün olmadığını savunmakta ve Anayasa Mahkemesi'nin gerekçelerini, özellikle "*hukuk yaratma*" gerekçesini eleştirmektedirler.<sup>34</sup> Diğer görüştekiler ise, kural olarak Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya ve 2949 sayılı yasaya göre yürürlüğün durdurulması yetkisi olmasa bile, bir kez uygulanmakla hükümleri sona eren ve giderimi olanaksız olan yasalar bakımından mahkemenin içtihat yoluyla kendisine böyle

<sup>34</sup> Odyakmaz, Zehra, "Yürürlüğü Durdurma", *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 12, Ankara 1995, sayfa 143-170; Aliefendioğlu, a. g. e., s. 351.

bir yetki tanınması gerektiğini savunmaktadırlar.<sup>35</sup> Son gruptaki bilim insanları ise, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtmiş olduğum gerekçelere benzer gerekçeler öne sürerek, Mahkeme'nin yürürlüğü durdurma yetkisinin varlığını kabul etmektedirler.<sup>36</sup> Özellikle "Kıyak Emeklilik" gibi, Mahkemenin defalarca iptal ettiği ancak yasama organının yeniden çıkardığı ve amacı yargı kararlarını etkisizleştirmek olan yasama tasarrufları karşısında Mahkemeye bu yetkinin tanınmamasının hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı kanısındayım.<sup>37</sup>

### G. Yürürlüğün Durdurulmasının Koşulları ve Kararın Geçerli Olacağı Süre

Anayasa Mahkemesi yürürlüğün durdurulmasına karar verirken bu kararı almakta kamu yararı bulunduğu, kanun ya da kanun hükümündeki kararnamenin uygulanması durumunda giderimi güç ya da olanaksız zararların doğabileceğine, verilecek iptal kararının etkisiz kalabileceğini gerekçe olarak göstermektedir. Ancak, mahkeme her kararında açık hukuka aykırılık bulunması koşulunu aramamaktadır. Bu koşulu aramaması da öğretilerde bence de haklı olarak, eleştirilmektedir.<sup>38</sup>

Ancak burada şunu belirtmekte yarar vardır. Acaba mahkeme yürürlüğün durdurulmasına karar vermiş fakat sonradan iptal kararı vermemişse, doğacak zararlar nasıl giderilecektir? Bu konuda mevzuatta bir açıklık yoktur. Bu nedenle de hukuka açık aykırılık koşulu yürürlüğün durdurulması bakımından aranmalıdır. Aksi halde, kişilerin bundan uğradığı zararlar giderilmeden kalabilecek, bu da hukuk dev-

<sup>35</sup> Güran, Sait, "Anayasa Mahkemesi'nin İşlevi ve Bu Bağlamda Yürürlüğün Durdurulması", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı 12, Ankara 1995, sayfa 196.

<sup>36</sup> Gören, Zafer, "Türk ve Alman Anayasa Hukuku'nda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, sayı 12, Ankara 1995, sayfa 228. Memiş, a. g. e., s. 472; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, s. 365; Tanör- Yüzbaşıoğlu-1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku-1. Baskı, Şubat 2001-Yapı Kredi Yayınları, s. 517; Soysal, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, İstanbul 1997, Gerçek Yayınevi, s. 257, soru 95; Teziç, a. g. e., s. 213).

<sup>37</sup> Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğün Durdurulması, s. 9-Ruhi, Emin-http://www.jura.uni-sb.de/turkish/eruhi.html-6. 4. 2007

<sup>38</sup> Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 366.

leti ilkesiyle bağdaşmayacaktır.<sup>39</sup> Konuyu aşağıda daha ayrıntılı inceleyeceğimden, şimdilik bu kadarını belirtmekle yetinmekteyim.<sup>40</sup>

Yürürlüğün durdurulması için belli bir süre yoktur fakat mahkeme kararlarında gerekçeli kararın Resmi Gazete’de açıklanmasına kadar yasanın yürürlüğünün durdurulmasına karar vermektedir.

## H. Karşılaştırmalı Hukukta Yürürlüğün Durdurulması

Aşağıda kısaca, Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, Fransa, Belçika ve İspanya uygulamalarından bahsedilecektir.

**a. Amerika Birleşik Devletleri:**<sup>41</sup> ABD’de kanunların uygulanması ile ortaya çıkabilecek giderimi güç ya da olanaksız zararların önlenmesi amacıyla başvurulacak önlemleri belirten bir hükme anayasada ya da yasalarda rastlanmamaktadır. Yürürlüğün durdurulması tedbiri, içtihat yoluyla benimsenmiştir. Bunun için de defi ve yargısal emir (injunction) olarak iki yol öngörülmüştür. Defi usulüne göre, taraflardan birinin bir yasanın uygulanmasını istemesine karşı, diğer taraf defi yoluyla yasanın anayasaya aykırılığını öne sürerek uygulanmamasını ister. Bu durumda davayı gören mahkeme yürürlüğün durdurulmasına karar verebilir.<sup>42</sup> Diğer yol olan yargısal emirde ise, mahkeme kişilere ya da devlet memurlarına bir şeyi yapmaları ya da yapmamaları konusunda emir verir. Belli bir işlemin anayasaya aykırı olması ya da uygulandığı takdirde giderimi güç yahut olanaksız zararların doğması tehlikesi bulunması durumunda mahkeme bu yola gidebilecektir.

Yargısal emirle hem yürütme hem de yürürlük durdurulmaktadır. Çünkü ABD Yüksek Mahkemesi, değerlendirme yaparken hem yasaları hem de Anayasa’yı dikkate almaktadır.<sup>43</sup> Ancak, ABD’de bizim tersimize, yargı birliği ilkesi geçerli olduğundan, Yüksek Mahkeme hem bizdeki Danıştay’ın hem Yargıtay’ın ve Anayasa Mahkemesi’nin yetkilerini kullanabilmekte ve hatta hukuk yaratabilmektedir.

<sup>39</sup> Kılınç, *a. g. e.*, s. 133.

<sup>40</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz aşağıda başlık 5.

<sup>41</sup> Kılınç, *a. g. e.*, s. 135.

<sup>42</sup> Odyakmaz, *Z.*, a. g. m., s. 150.

<sup>43</sup> Odyakmaz, *Z.*, a. g. m., s. 150.

**b. Almanya:**<sup>44</sup> Almanya'da bu yöndeki yetkiyi Alman Anayasa Mahkemesi kullanmaktadır. Almanya Anayasası'nda geçici tedbir kararı öngörülmuş değildir.<sup>45</sup> Ancak Almanya Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş yasası ile mahkemeye bu yetki tanınmıştır. Mahkeme, yürürlüğün durdurulması kararını da buna dayanarak vermektedir.<sup>46</sup> Ancak bu kararların özelliği en çok 3 ayla sınırlı olmasıdır. 3 ay sonra, tedbir kendiliğinden kalkmaktadır.<sup>47</sup>

**c. Fransa:**<sup>48</sup> Fransa'da kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde 'öndenetim' uygulanmaktadır.<sup>49</sup> Fransız Anayasası'nın sistemi bu yönden, yürürlüğün durdurulması önlemine gerek duyulmaması yönünden en etkili yöntemdir.<sup>50</sup>

Fransa Anayasası'na göre, yasalar yayınlanıp yürürlüğe girmeden önce Fransız Anayasa Konseyi tarafından Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirilirler. Bu nedenle de anayasaya aykırı olan kanunun ya da kanun hükmündeki kararnamenin uygulanma olasılığı ortadan kalkmaktadır. Konsey'e başvuru yasanın yayımlanmasını ve yürürlüğe girmesini askıya aldığı için, inceleme sonuna dek geçici durdurma kendiliğinden işler.<sup>51</sup>

**d. Belçika, Portekiz ve İspanya:**<sup>52</sup> Belçika'da güçlü kanıtların ortaya konması durumunda ve başvuru konusu olan hükmün derhal uygulanması durumunda giderilmesi güç ciddi sakıncalar doğabilecekse, Hakem Divanı normun yürürlüğünü askıya alabilir.

İspanya'da Anayasa Mahkemesi kendiliğinden veya başvuran kişinin istemi üzerine, başvuru konusu olan işlemin yürütülmesi, normun varlık nedenini ortadan kaldırıyorsa, işlemi askıya alır.

<sup>44</sup> Kılınç, *a. g. e.*, s. 136.

<sup>45</sup> Gören, *Z.*, a. g. m., s. 236.

<sup>46</sup> Odyakmaz, *Z.*, a. g. m., s. 151.

<sup>47</sup> Gören, *Z.*, a. g. m., s. 238.

<sup>48</sup> Kılınç, *a. g. e.*, s. 137.

<sup>49</sup> Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 54.

<sup>50</sup> Kılınç, *a. g. e.*, s. 137

<sup>51</sup> Odyakmaz, *Z.*, a. g. m., s. 151.

<sup>52</sup> Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, s. 365.

Portekiz’de, ilgililerin istemi üzerine Anayasa Mahkemesi normun yürürlüğünü askıya alabilir.

## 5. YASAMA ORGANININ HUKUKA AYKIRI İŞLEMLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Yasama organının çıkardığı yasaya dayanarak işlem yapan, başka bir deyişle “*yasaya güvenen*” kişilerin yasanın yürürlüğünün durdurulması üzerine, yasanın çıktığı tarihten yürürlüğün durdurulması arasında yaptığı işlemler nedeniyle uğradığı zararların nasıl giderileceği önemli bir sorundur.

Gerçekten de bireyler iyi niyetli olarak ve yasaya güvenerek sözleşimi bir yere ruhsat almış olabilirler. Ya da yasama organı belli bir alanı yasa ya da kanun hükmünde kararname ile yapılaşmaya açmış, fakat burasının sonradan sit alanında kaldığı anlaşılma anayasa mahkemesi tarafından yasanın yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiştir. Böyle bir durumda, oraya yapılmış olan yapıların sahipleri zararlarının giderilmesi için nereye başvurabilecektir?

Konunun açıklığı kavuşturulması için öncelikle Anayasa’da düzenlenmiş olan yasama sorumsuzluğu kavramını incelemek; ardından bireylerin idari yargıya tam yargı davası ya da adli yargıya tazminat davası açıp açamayacağını değerlendirmek ve devletin bu eylemden doğan sorumluluğunu buna göre değerlendirmek gerekmektedir.

Yasama sorumsuzluğu, Anayasa’nın 83/1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, TBMM üyeleri, meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, mecliste ileri sürdükleri düşüncelerinden ötürü sorumlu tutulamazlar.<sup>53</sup>

Buna göre, sorumsuzluk hem görevle ilgili olan cezai hem de hukuki kovuşturmalarda geçerlidir. Burada, hukuki kovuşturma bakımından önemli olan, milletvekilinin göreviyle ilgili kullandığı oylar ya da beyan ettiği görüşler nedeniyle sorumlu olmamasıdır. Yoksa göreviyle ilgili olmayan haksız filleri nedeniyle, bu fiil meclis çatısı altında işlenmiş olsa da milletvekili hakkında tazminat davası açılabilir; ceza kovuşturması ise ancak TBMM’nin izniyle açılabilir.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, s. 113.

<sup>54</sup> Tanör /Yüzbaşıoğlu, *a. g. e.*, s. 228, Teziç, *a. g. e.*, s. 371, Özbudun, *a. g. e.*, s. 250

Bir milletvekilinin, bir yasanın kabulü yönünde kullandığı oy da Meclis çalışması sırasındaki oyudur ve bu nedenle, Anayasa'nın 83/1 maddesi gereğince milletvekili hakkında, bu kanun nedeniyle zarara uğradığını düşünen bir kimse tazminat davası açamayacaktır.<sup>55</sup>

Konunun önemi, bir kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlüğünün durdurulmasında daha da açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Yürürlüğün durdurulması kararından önce, yasaya güvenerek bir işlem yapan birey, yürürlüğün durdurulması üzerine bundan zarar etmiş olabilir. Özellikle, yukarıda birkaç kez örneğini vermiş olduğum Boğaz'daki yapılaşma konusunda bu durum daha belirgin olarak ortaya çıkacaktır. Birey, yasamanın tasarrufuna güvenerek bir yatırım yapmış, daha sonra ilgili yasanın yürürlüğü Anayasa Mahkemesi tarafından durdurulmuş ve sözgelimi bu nedenle evi yıkılmıştır. Peki, bu durumda birey zararını nasıl giderecek, nereye başvuracaktır?

Bir hukuk devletinde, haksız bir eylem karşılıksız kalmamalı ve zarar giderilmelidir. Devlete güven, hukuk devletinin temel unsurlarındandır. Kazanılmış haklara saygı da hukuk devletinin temel niteliklerindedir.<sup>56</sup> Ayrıca Anayasa'nın 2. maddesinde anlamını bulan ve 14. maddeyle pekişen "*insan haklarına dayalı devlet*", hukuk devletinin en önemli niteliklerindedir.<sup>57</sup> İnsan haklarına dayanan bir devletin, vatandaşının zararını karşılaması gerekecektir.

Hak arama hürriyeti de Anayasa'nın 36/1 maddesi ile güvence lenmiş, böylece bireylere, haksız eylemlere karşı yargı yoluna başvurma hakkı tanınmıştır. Anayasa'nın 125. maddesi, 36. maddedeki hak arama hürriyetinin tamamlayıcısıdır. Buna göre, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.

Ne var ki Anayasa'nın 125. maddesi, yürürlüğün durdurulması kararıyla zarara uğrayan bireyin zararını karşılamaktan ne yazık ki uzaktır. Çünkü, 125. madde ile güvencelenen "*idari eylem ya da işlem nedeniyle zarara uğrayan birey*"dir. Oysa, yürürlüğü durdurulan yasa ya da kanun hükmündeki kararname bir idari işlem<sup>58</sup> değildir; bir yasama işlemidir. O halde, bireyin Anayasa 125 ve İYUK m. 10 ve 11. maddele-

<sup>55</sup> Özbudun, *a. g. e.*, s. 250.

<sup>56</sup> Memiş, *a. g. e.*, s. 185.

<sup>57</sup> Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, s. 395

<sup>58</sup> Gözübüyük, *Ş, a. g. e.*, s. 363.

rine göre idari yargıda hakkını arayabilmesi mümkün olamayacak; bu da “*hukuk devleti*” olan Türkiye’de, mağdur olan bireylerin hak arama hürriyetinin kısıtlanması anlamına gelecektir.

Bu konuda gerek Anayasa’da gerekse yasalarımızda ciddi bir boşluk bulunduğu kanısındayım. Bu durumdaki bireylerin mağduriyetinin önlenmesi için yasama organı olan TBMM, bir yasa çıkarırken, bu yasanın yürürlüğe gireceği tarihi, *Resmi Gazete*’de yayımlanmasından sözgelimi 6 ay sonraya bırakmalı ve bu arada yasa da henüz yürürlükte olmadığından, oluşabilecek Anayasa’ya aykırılıklar ve açılacak olası bir iptal davası sonucunda doğabilecek mağduriyetler önlenmelidir. Zira yürürlükte olmayan bir yasanın yürürlüğünü durdurmak mümkün olamaz.

Ancak, bundan daha da iyisi, yukarıda gördüğümüz Fransa örneğinin Türkiye’ye de getirilmesi ve yasaların yürürlüğe girmeden önce, Anayasa’ya aykırılık bakımından denetlenmesinin sağlanmasıdır. 1961 Anayasası’nın uygulaması bu bakımdan yol göstericidir.<sup>59</sup> 1961’de meclisin çıkardığı yasa ayrıca Senato görüşürdü. Senato da uygun bulursa yasa çıkardı. Senato da uygun bulmazsa, Senato ile meclis toplanır ve Büyük Kurul, yasa tartışır. Ancak yine de Anayasa Mahkemesi “*güvenlik sübabı*” olarak sistemdeki yerini korurdu. Böylece, bir yasaya hem öndenetim hem de sonradan denetim sağlanmış olurdu.

Her ne olursa olsun, böyle bir düzenlemeye gidilene dek, yasanın yürürlüğe girdiği tarihle, yürürlüğün durdurulmasına karar verildiği tarih arasındaki işlemlerden doğan zararlar giderilememiş ve bireyler mağdur olmuş olacaktırlar. Şu halde ne yapılabilir?

Kanımca, en etkili yol İYUK m. 10 ve 11 gereğince idari başvuru yapmak ve ilgili idareden zararının karşılanmasını istemektir. İdare bu istemi reddedince İYUK m. 12 gereğince ilgili idare aleyhinde tam yargı davası açılarak zararın tazmini istenebilir. Ancak yine de bu yolun varlığı dahi Anayasa’da ve hukuk düzenimizde, yasanın yürürlüğünün durdurulması nedeniyle zarara uğrayan bireyin zararının karşılanması bakımından bir “*boşluk*” olduğu gerçeğini ne yazık ki değiştirmemektedir. Şu halde, bireyin iç hukukta etkili bir giderim olanağı olmadığından AİHM’e başvurması olanaklı sayılmak gerekir.

<sup>59</sup> 1961 Anayasası m. 92- Batum, Süheyl/ Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Anayasa Hukukununun Temel Metinleri*, 2. Baskı, BETA Yayınevi, İstanbul 1997, s. 53.



Böyle bir durumda da Türkiye'nin mahkum olacağı güçlü bir olasılıktır. Zira, zarar veren ve bu zararı gidermeyen bir devlet hukuk devleti olamaz.<sup>60</sup>

Yasama organı, bir yasayı çıkarırken kötü niyetli olmadan çıkarmış ve sonradan Anayasa Mahkemesi tarafından yasanın yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmişse, yasaya güvenerek ve iyi niyetle işlem yapan bireyin zararının giderilmesi için yukarıdaki idari başvuru yolu yeterli ve etkili bir yol sayılabilir. Fakat daha da iyisi ya öndenetimle anayasaya aykırı olabilecek yasaları hiç çıkarmamak ya da çıkarılmış ve Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlüğün durdurulmasına karar verilmişse; doğabilecek zararların giderimini sağlamak için Anayasa'ya buna ilişkin bir düzenleme koymak, insan haklarına dayalı hukuk devleti için bir gerekliliktir. Buradaki işlem bir "*yasama işlemi*" olduğu için, bu tip davanın Anayasa Mahkemesi tarafından karara bağlanmasının uygun olacağı kanısındayım. Zararın da Hazine tarafından karşılanması ve eğer çıkarılan yasanın anayasaya aykırı olduğu bilinerek çıkarılmışsa (yukarıda vermiş olduğum Toprak ve Arazi Kullanımı Hakkındaki Kanun ve Kıyak Emeklilik Kanunu örnekleri gibi) bu zararın da yasanın kabul edilmesi yönünde oy kullanan milletvekillerine "*rücu*" edilmesi gerekecektir. Ayrıca, bu yönde oy kullanan milletvekillerine cezai kovuşturma açmak da gerekecektir. Bunu sağlamak için de Anayasa'nın 83. maddesinin yeniden yazılması gerekmektedir. İnsan haklarına dayalı bir hukuk devletinde bunun aksine bir çözümün düşünülmesi olanaklı değildir kanısındayım.

## 6. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğün durdurulması kararları nedeniyle, yasamanın işlemine güvenerek işlemler yapan iyi niyetli bireylerin gördükleri zararların giderimi için Anayasa'ya bir düzenleme konmalı ve bu zararların tazmininde başvuru ve karar mercii Anayasa Mahkemesi olmalıdır. Çünkü Anayasa'nın 125. maddesi bu zararların karşılanmasında yeterli değildir. Zira 125. maddeye göre, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetiminde olması esastır. Fakat, anayasaya aykırı bir yasa ise "*yasama işlemi*"dir; bir idari işlem ya da eylem

<sup>60</sup> Özellikle sözleşmenin 13. maddesine dayanılarak yapılacak bir başvurunun kabul edilebileceğini düşünmekteyim

değildir. Bu nedenle, yeni bir anayasal düzenleme gerekmektedir.

Bu tip zararların doğmasının önlenmesi bakımından Fransa Modeli ya da 1961 Anayasası'nın 92. maddesinin getirdiği model benimsemeli ve Anayasa Mahkemesi "güvenlik sübabı" olarak sistemdeki yerini korumaya da devam etmelidir.

Ayrıca, TBMM, bir yasadan doğabilecek anayasaya aykırılıkların ortaya çıkmasını önlemek için, mevcut sistemimizde, yasanın yürürlüğe giriş tarihini erteleyebilir. Sözgelimi, yasa Resmi Gazete'de yayımlanmasından 6 ay sonra yürürlüğe girebilir. Böyle bir durumda da doğabilecek anayasaya aykırılıklar ya da yürürlüğün durdurulması kararı sonucunda oluşabilecek zararlar engellenebilecektir.

Cargill ve Kıyak emeklilik yasalarında olduğu gibi, yasama organı, hukuka ve anayasaya aykırılığı bilerek ilgili yasada değişikliğe gitmişse, hele ki Cargill sürecinde, şirketin aldığı ruhsatların hukuka aykırı olduğuna; kurulduğu yerin birinci sınıf tarım arazisi olduğuna yönelik uygulanmayan 7 yargı kararına rağmen, yargı kararlarını dolanmak amacıyla üstelik de "Başbakanlık Müsteşar Yardımcısı" imzasını taşıyan resmi belge ile de bu amaç açıkça dile getirilmişken yasa çıkaran yasama organının bundan doğabilecek zararları karşılaması gerekeceği; hatta bu yasaya oy veren milletvekillerinin ayrı ayrı suçlandırılmaları, kanımca bir hukuk devletinde gerekliliktir. Bu nedenle, Anayasa'nın 83. maddesi bu yönde değiştirilmelidir.

Kıyak emeklilik yasalarının da Anayasa Mahkemesi tarafından tam 9 kez iptal edilmesine rağmen milletvekilleri tarafından zaman zaman yeniden çıkarılmaya çalışılması da yasama organının kötü niyetini, yargı kararlarını geçersiz kılma yönündeki açık arzusunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu gibi durumlara özgü olmak üzere, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğün durdurulması yönündeki kararlarının aynı idari yargıdaki yürütmenin durdurulması kararları gibi "geçmişe yürütmesi" ve yasayla kazanılan hakların ta en baştan itibaren hukuka aykırı sayılması gerekeceğini düşünmekteyim. Aksi taktirde, Anayasa Mahkemesi tarafından defalarca kez iptal edilen yasa "nasıl olsa iptal (yürürlüğün durdurulması) kararları geçmişe yürümüyor" denilerek yeniden çıkarılır ve Anayasa Mahkemesi yürürlüğün durdurulması kararını verene dek, haksız kazanç sağlanabilir. Bu da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşır bir yaklaşım değildir.

## KAYNAKÇA

- Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, 1. Baskı-Yetkin Yayınevi, Ankara 1996. (<http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>)
- Batum, Süheyl/Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, 2. Baskı, BETA Yayınevi, İstanbul 1997.
- Bilgen, Pertev, Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması, (Anayasa Mahkemesi'nin 33. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler) Anayasa Yargısı Sayı 12, Ankara, 1995.
- Can, Osman, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Mayıs 2005.
- Çağlayan, Ramazan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Asil Yayıncılık, Ankara, Kasım 2004.
- Gören, Zafer, Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları, (Anayasa Mahkemesi'nin 33. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler), *Anayasa Yargısı*, Sayı 12, Ankara, 1995.
- Gözübüyük, Şeref. A, *Yönetim Hukuku*, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, Şubat 1998.
- Güran, Sait, Anayasa mahkemesinin İşlevi ve Bu Bağlamda Yürürlüğün Durdurulması, (Anayasa Mahkemesi'nin 33. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler), *Anayasa Yargısı* Sayı 12- Ankara, 1995.
- Hatemi, Hüseyin, *Medeni Hukuk'a Giriş*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997.
- Kaboğlu, İbrahim. Ö, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, LEGAL Yayınevi, İstanbul 2005.
- Kaboğlu, İbrahim. Ö, *Anayasa Yargısı*, 2. Baskı, İmge Kitabevi, İstanbul, Kasım 1997.
- Kılınç, Bahadır, *Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, 1. Baskı-Adil Yayınevi, Ankara 1998.
- Memiş, Emin, *Türkiye'de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2005)* Anayasa Hukuku Notları-Genişletilmiş ve Yenilenmiş 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul-2005.
- Odyakmaz, Zehra, Yürürlüğü Durdurma (Anayasa Mahkemesi'nin 33. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler), *Anayasa Yargısı* Sayı 12-, n kara, 1995.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 1998.
- Ruhi, Emin, Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğün Durdurulması, -<http://www.jura.uni-sb.de/turkish/eruhi.html>
- Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)*,2. Baskı-Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, Ekim 1998.

- Tanör, Bülent, Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 1. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001.
- Taşkın, Şaban Cankat, "İdari Yargının Güncel Sorunları ve Yargı Kararlarının Uygulanmaması", *Bursa Barosu Dergisi*, Sayı 82 (Ocak-Şubat-Mart 2007)
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, Beta Kitabevi-İstanbul 1998.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Yayın No:14-Ankara, 2001.
- Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı- Gerçek Yayınevi, İstanbul 1997.

# TAŞINMAZ SATIŞLARINDA İHALE KARARININ KALDIRILMASI VE TAMAMLAYICI ARTIRMA

Murat DÖNMEZ\*

## Giriş ve Kavramların Açıklanması

Bu çalışmamızda, açık artırma sureti ile yapılan taşınmaz satışlarında ihale bedelinin ödenmemesi ve bunun hukuki sonuçlarını düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 133. maddesi irdelenmeye çalışılacaktır.

Açık artırma sureti ile yapılan satışlarda, birinci ya da ikinci artırmada m. 129'daki koşulları sağlayan bir pey ileri sürülmekle birlikte ihale alıcısı tarafından ihale bedeli kendisine verilen mehil içerisinde ödenmez ise, icra müdürü tarafından ihale kararı re'sen kaldırılır.

İİK m. 133'ün başlığı "*İhalenin feshi ve farkının tahsili*" başlığını taşımakla beraber, burada yer alan hükümlerin m. 134'de öngörülen fesih hükümleri ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Zira madde metninde "*ihale kararının kaldırılması*" terimi kullanılmış ancak maddenin başlığı *ihalenin feshi* şeklinde düzenlenmiştir. Ancak 134. maddenin başlığı da "*İhalenin neticesi ve feshi*" başlığını taşıdığı için kavram kargaşasına sebebiyet verilmesi olasıdır. 133. madde, 134. madde den tamamen farklı bir hükümdür. Ancak her ikisinin ihalenin feshi başlığını taşıması kanun yapma tekniği açısından kanımızca pek uygun düşmemektedir. 133. madde de icra müdürünün ihale alıcısına verdiği ihale kararını resen ve ihale bedelinin ödenmemesi nedeniyle kaldırılması söz konusu iken, 134. madde de ise ihale sebepleri daha farklı ve çeşitli olup aynı zamanda şikâyete tabi bir durum oluşturur. Bu nedenle 133.

---

\* Av. İzmir Barosu.

maddenin başlığının mahiyetine uygun düşecek bir şekilde yeniden düzenlenmesi, örneğin “ihale kararının kaldırılması”, “ihale kararının geri alınması” ya da fesih tabiri kullanılmak isteniyorsa da “ihalenin icra müdürü tarafından re’sen feshi” gibi bir başlık kullanılması kanımızca daha uygun olacaktır. Öğretide de m. 133 başlığı eleştiri konusu olmuş ve bu kavram değişik şekillerde ifade edilmiştir.<sup>1</sup>

İhale kararının kaldırılmasından sonra ise ihale alıcısından sonra en çok pey süren iştirakçiye ileri sürdüğü pey yine m. 129’da koşul-

<sup>1</sup> Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku*, C. 2, s. 1383: “Kanun 133. maddenin birinci fıkrasında “ihale kararının kaldırılması” deyimini kullanmakta ise de, aynı maddenin kenar başlığında ve ikinci fıkrasında “ihalenin feshi” deyimine yer verilmiştir. İhalenin feshi deyimini, m. 134’teki ihalenin feshi ile karıştırılabileceğinden, m. 133’teki durum için yerinde değildir. Bu nedenle, bu hal için m. 133/1’deki gibi “ihale kararının kaldırılması” deyimini veya “ihale kararının geri alınması” deyimini kullanılması daha doğrudur. “Sn. Kuru bu şekilde eleştiri getirmekle beraber uygulamada alışlagelmış olduğundan bahisle “ihalenin feshi” tabirinin kullanılmasına devam edileceğini belirtmiş ve eserlerinde konu başlığı olarak “İcra Müdürünün İhaleyi Feshetmesi (Kaldırması)” terimini kullanmıştır (a. g. e., s. 1383).; Arslan, Ramazan; *İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, s. 213: “...Bir kamusal işlem olarak ihale kararının bu kararı veren icra memuru tarafından geçersiz hale getirilmesini bir özel hukuk kavramı olan “fesih” ile değil, niteliğine uygun olarak “geri alma” şeklinde ifade etmek gerekir. “şeklinde konuyu eleştirmiş anılan eserinde ise konuyu “İhale Kararının Geri Alınması (İhalenin İcra Memuru Tarafından Feshi “ana başlığı altında incelemiştir.; Aslan, Elif K. *İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu İle Paraya Çevrilmesi*, s. 150-151: “Gerek 133. ve gerekse 134. maddenin başlığında “fesih” sözcüğü yer almaktadır. Ancak iki ayrı madde aynı sözcük ile belirtile de anlatılmak istenen tenkil anlamda çok farklı şeylerdir. Her ne kadar 133. maddenin metninde ‘ihalenin kaldırılması’ndan söz edilse de başlığın da buna uygun olarak değiştirilmesi muhtemel yanlışlıkların önlenmesi ve karışıklıkların giderilmesi açısından faydalı olabilecektir. “Sn. Aslan’da eleştirisini bu şekilde yapmış ve anılan eserinde konu başlığı olarak “İhale Kararının Kaldırılması” terimini kullanmıştır.; Erturgut, Mine, *İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*, s. 128 Sn. Erturgut konu başlığı olarak “İhale Kararının Geri Alınması” terimini kullanmıştır.; Yıldırım, M. Kamil; *İcra Hukuku Ders Notları*, s. 147. Sn. Yıldırım tarafından eserinde konu Ödemede Temerrüde Düşülmesi başlığı altında incelenmiş ancak açıklamalarında terim olarak “ihale kararının kaldırılması” kullanılmıştır.; Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 202. Eserde “Satış Bedelinin Ödenmemesi” konu başlığı altında “ihale kararının kaldırılması” terimi kullanılmıştır.; Muşul, Timuçin, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 602. Sn. Muşul eserinde konu başlığı olarak “İhalenin İcra Müdürü Tarafından Re’sen Feshi” terimini kullanmıştır.; Kuru / Arslan / Yılmaz, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 371. Anılan eserde “Satış Bedelinin Ödenmemesi” ana başlığı altında “İhale Kararının Kaldırılması” alt başlığı kullanılmıştır.; Uyar, Talih; *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. 6, s. 10008; Sn. Uyar’da eserinde “ihalenin icra müdürü tarafından doğrudan doğruya (re’sen) bozulması” ve “İhalenin kaldırılması” terimlerini kullanmıştır.

ları sağlıyorsa kendisine teklif edilir eğer bu kişi teklife olumlu cevap vermez ya da olumlu cevap vermekle birlikte ihale bedelini ödemez ise bu durumda, taşınmaz icra müdürü tarafından yeniden artırmaya çıkarılır.

İcra müdürü tarafından bir talep ile bağlı olmaksızın re'sen yapılan bu artırma sayısal anlamda üçüncü bir artırma olmakla beraber, diğer artırmalardan farklı bir nitelik taşımaktadır. Dolayısı ile bu artırmaya teknik olarak esasen üçüncü artırma demek mümkün değildir. Birinci ve ikinci artırma ifadeleri aynı zamanda bir sıralama anlayışını da yansıtmakla beraber, aslında ondan bağımsız olarak teknik bir terim olup bu artırmaların aynı zamanda kanunda öngörülmüş özel bir adıdır.<sup>2</sup> İhale bedelinin ödenmemesi sebebiyle icra müdürü tarafından re'sen gerçekleştirilen artırma için ise kanunda öngörülmüş “*üçüncü artırma*” şeklinde özel bir adlandırma söz konusu değildir. Aynı zamanda kanunda bu artırma için ayırıcı özellik taşıyan bir adlandırma da yapılmamıştır.

İİK m. 133’de öngörülen artırma için öğretide genellikle “*tamamlayıcı artırma*” terimi kullanılmaktadır.<sup>3</sup>

Ancak bu terim de aslında söz konusu artırmanın mahiyetini tam olarak ifade eden bir terim olmamakla birlikte<sup>4</sup> bizde bu çalışmamızda

<sup>2</sup> Özkes, Muhammet; *İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle Yapılan Artırma* (Tamamlayıcı Artırma), s. 170.

<sup>3</sup> Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 225 vd.; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 165 vd.; Ercan, İsmail; *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 218; Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 137; Gökçe, Ziya; *İki İhale Farkının Alınması*, s. 25 vd.; Korkusuz, M. Refik; *İcra Hukuku ve Uygulaması*, s. 263; Kuru / Arslan / Yılmaz; *a. g. e.*, s. 374; Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özkes; *a. g. e.*, s. 202; Özkes, Muhammet; *a. g. m.*, s. 167 vd.; Uyar, Talih; *a. g. e.*, C. 6, s. 10011

<sup>4</sup> Özkes, Muhammet; *a. g. m.*, s. 172; Bu konudaki görüşlerine ve gerekçelerine bizim de katıldığımız Sn. Özkes anılan makalesinde aynen şu ifadelerle yer vermektedir; “Bedelin ödenmemesi sebebiyle yapılan bu artırma, birinci veya ikinci artırmaya göre ne yeni bir artırmadır ne de onların eksikliğini tamamlamaya yönelik bir artırmadır; onların yerine geçen ve satış aşamasının da bir noktada sonuçlanmasını sağlamayı amaçlayan bir artırmadır. Esasen bu artırmaya “ikame artırma” demek en doğru olanıdır. Zira, bu artırma gerçek anlamda asıl (birinci ya da ikinci) artırmanın yerine geçmekte, kaim olmaktadır. Ancak tüm bu çekincelerimize rağmen, “ikame”ifadesinin daha eski bir ifade tarzı oluşu sebebiyle kullanılmasını uygun bulmuyor, güncel bir ifadenin kullanılmasının daha kalıcı olacağını ve daha kabul göreceğini düşünüyoruz. Bu sebeple, durumu daha iyi açıklayacak başka bir terim de bulunmadığından daha önce de kullanıldığı gözetilerek, biz de “tamamlayıcı

konuyu açıklamaya çalışırken “tamamlayıcı artırma” terimini kullanacağız.

### İhale Bedeli Kavramı ve İhale Bedelinin Ödenmesi

İhale bedeli kural olarak peşin ödenir ancak icra müdürü alıcıya *on günü*<sup>5</sup> geçmemek üzere bir mehil verebilir (m. 130). Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki; Eğer icra müdürü şartnamede on günü geçmemek üzere bir süre verilebileceğini belirtmiş ise on günlük süreyi bir kerede verebileceği gibi on günlük kanuni süreyi aşmamak şartıyla ihale alıcısına ek süreler tanıyarak kısım kısım da verebilir.<sup>6</sup>

İhale bedelinin nakit olarak yatırılması zorunlu olup, para yerine teminat mektubu, senet ve çek verilemez.<sup>7</sup>

---

artırma” ifadesini kullanacağız. Fakat tekrar belirtmek gerekir ki, buradaki ifade kelime anlamının ötesinde bir anlam taşımakta, eksikliği gidermekten daha çok, yerine geçme anlamında kullanılmaktadır. Ancak, bu artırma ile başlayan bir satış süreci tamamlanmış olacağından bu yönüyle tamamlayıcı bir nitelik taşıyacak ve kelime anlamıyla örtülecektir. Çünkü, bedel ödenmediğinde bu artırma yapılmazsa, satış süreci kanuna uygun şekilde tamamlanmış, sonuçlanmış sayılmaz.”

<sup>5</sup> “Maddeyle, satılan malı alan kimsenin bedeli yirmi gün yerine on günlük mühlet içerisinde ödemesi zorunluluğu getirilerek, sürenin kısaltılması suretiyle takibin hızlandırılması ve alacaklının alacağına daha çabuk ulaşması amaçlanmıştır. “(Hükümet Gerekçesi m. 37)

<sup>6</sup> Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 220; Akyazan, Sıtkı; *a. g. e.*, s. 53; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 131; Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukukunda Müddetler* (H. C. Oğuzoğlu’na Armağan, s. 634 dn. 29: “İcra memurunun müddet takdirinin azami bir süre ile sınırlandırıldığı hallerde, icra memuru azami süreyi tayin etmemişse, verdiği süreyi azami hadde kadar uzatabilmelidir.”); Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 451; İpekçi, Nizam; *İcra ve İflâs Kanunu Tatbikatı*, s. 549; Y. İİD 27. 03. 1956 T. E. 1672 K. 1796 “...İİK’nın 130. maddesinde açıkça gösterilmiş ve ihale tarihinden itibaren muayyen olan yirmi günlük müddet tecavüz edilmemek şartıyla icra memurluğunca müteaddit mehil verilmesine kanuni bir mani bulunmamış ve hadisede satış memurluğunca bu hususta verilen mehiller, ihale gününden itibaren cereyanı lazım gelen kat’i müddeti geçmemiş olmasına göre...” (Akyazan, Sıtkı; *a. g. e.*, s. 207)

<sup>7</sup> Akyazan, Sıtkı; *Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi*, s. 22-23; Kuru, Baki; *İcra ve İflâs Hukuku*, C. 2, s. 1333- Kuru, Baki; *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 386 dn. 25a; Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 473; Erturgut, Mine; *İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*, s. 122; İpekçi, Nizam; *a. g. e.*, s. 549; Karahacıoğlu / Doğrusöz / Altın; *Türk Hukukunda Rehin*, s. 264; Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 219. *Sn. Arslan’a* göre ise “Banka teminat mektubu, hisse senedi ve tahvil gibi ayrıca paraya çevirme işlemlerinin yapılmasını gerektiren kıymetli evrak veya senetlerle ödeme yapılmaz. Ancak, günümüz ödeme araçlarından yararlanılabilir. Örnek olarak, ayrıca



Taşınmaz yapılan artırma sonucu alacaklıya ihale edilmiş ise ve taşınmazda üzerinden kendisinden önce haczi bulunan ya da kendi alacağına göre rüçhanlı durumda bulunan bir alacaklı yok ise, alacaklı, borçludaki alacağını yatırmak zorunda olduğu ihale bedelinden mahsup edebilir.<sup>8</sup> Yargıtay eski tarihli kararlarında,<sup>9</sup> alıcı alacaklının haczin önce başka alacaklıların bulunması halinde ihale bedelini yatırmak durumunda olduğu görüşünde iken yeni tarihli kararlarında<sup>10</sup> ise sıra

bir paraya çevirme işlemi gerektirmeyen ve karşılığı banka tarafından hemen ödenen özel çeklerle yapılan ödemeyi nakden ödeme olarak kabule bir engel olmamalıdır. "(s. 219); Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 130. *Sn. Aslan'* da bedeli garanti edilmiş çeklerle özellikle de alıcı ödemeye ait masrafları karşılamışsa ve diğer ilgililerde kabul etmişse çekle ödemenin mümkün olabileceği görüşündedir (s. 130, dn. 533); Y. 12. HD 16. 01. 1986 T. E. 1985/8153 K. 1637, Y. 12. HD 18. 12. 1980 T. E. 7050 K. 9005 (Uyar, Talih; İhale ve İhalenin Bozulması, s. 517); Y. İİD 24. 04. 1957 T. E. 5073 K. 5385 "İİK'nın 130. maddesine göre ihale bedelinin nakden vezneye yatırılması lazım gelmiş olduğundan, banka itibar mektubu veya çek ile yapılan tediyeler fiili bir tedavi mahiyetinde kabul edilemez." (Özkan, Hasan; İcra ve İflas Davaları ve Tatbikatı, s. 771); Y. İİD 04. 07. 1966 T. E. 6989 K. 7294 (RKD, 1966/9 s. 133-134); Y. İİD 19. 12. 1955 T. E. 6866 K. 6908 (Gürsel, Nurettin; İcra ve İflas Kanunu ve Tatbikatı, s. 145); Aksi Karar: Y. 12. HD 18. 12. 1980 T. E. 7050 K. 9005 "...Olayda satış bedelinin bir kısmı ödenmiş bir kısmı için ise malike (borçluya) senet temlik edilmiştir. Nakden ödenen miktar taşınmazla temin olunan alacaklarla satış gideri ve harçları karşılamaktadır. Bu nedenle alacaklılarla hazinenin zararı söz konusu değildir. Malik senet temlikine muvafakat etmiştir. Dolayısıyla malikin de zararından söz edilemez..." (Arslan; Ramazan; *a. g. e.*, s. 219 dn. 36)

<sup>8</sup> Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1336; Postacioğlu, İlhan E. , *a. g. e.*, s. 503; Y. 12. HD 18. 11. 1986 T. E. 1513 K. 12515 "İİK'nın 130. maddesinden anlaşılacağı gibi, ihale haciz koyduran davalı alacaklıya yapıldığına göre, satılan gayrimenkul üzerinde ondan önce gelen bir alacaklı olmadığı takdirde, alacaklı müşteri sıfatı ile ödemek mecburiyetinde olduğu meblağı ödemekten alacağı nisbetinde imtina edebilir." (Uyar; İhale ve İhalenin Bozulması, s. 454), Y. 12. HD 23. 03. 1982 T. E. 1509 K. 2305 "Alacaklının kesinleşen alacağı, ihale bedelinden fazladır. İİK'nın 129. maddesindeki şartlar da mevcut olmadığından, kendisine ihale yapılmıştır. Öncelikle kendi alacağını mahsup etme hakkı mevcut olup kendisine rüçhanlı bir alacaklı mevcut değildir." (Uyar; İhale ve İhalenin Bozulması, s. 462); Y. 12. HD 07. 10. 1982 T. E. 6798 K. 7042 (Uyar; *a. g. e.*, s. 466)

<sup>9</sup> Y. 12. HD 12. 10. 1995 T. E. 11818 K. 13486; Y. 12. HD 06. 05. 1994 T. E. 5942 K. 6108 "...Dosyadaki tapu kayıt örneğine göre alıcının yaptığı takip nedeniyle konulan hacizden önce pay üzerinde konulmuş hacizler mevcuttur. Bu durumda alıcının alacağına mahsuben payı satın alması olanaksızdır." (Uyar, Talih; *İİK Şerhi*, C. 6, s. 9975)

<sup>10</sup> Y. 12. HD 08. 03. 2005 T. E. 1474 K. 4654 "...Satışa çıkarılan taşınmazın üzerinde alıcının yaptığı takip nedeniyle koydurduğu hacizden önce konulmuş, başka haciz bulunması halinde, ileride sıra cetveli yapılması gerekeceğinden ve henüz sıra cetveli yapılmamış olduğundan, alacaklının alacağının ihale bedelini karşılayıp karşılamadığı saptanıp ve dolayısıyla alacaklı aleyhine fark doğduğu tespit edilmeden ve alı-

cetveli yapılıp ihale alıcısı-alacaklıya ne kadar pay ayrılıp ayrılmadığı belirlenmeden kendisinden ödeme süresi içerisinde ihale bedelini yatırmasının istenemeyeceği görüşündedir. Ancak ihale bedeli, alıcı alacaklının alacağından fazla ise bu durumda aradaki farkın ödeme süresi içerisinde icra dosyasına ödenmesi gerekecektir.<sup>11</sup> İhale bedelinin, ihale alıcısı alacaklıdan önce taşınmaz üzerinde haczi bulunan veya kendisine rüçhanlı bulunan ipotek alacaklısının alacağını tamamen karşıladığı dosya kapsamından kesin olarak anlaşılabilir ise kamımızca, bu durumda da alacaklı ihale bedelini alacağından mahsup edebilir.<sup>12</sup> Alacaklının alacağının kesinleşmiş olması yeterli olup alacağının satış gerçekleştirilen dosyada olması şart değildir. Alacaklı başka takip dosyalarındaki alacağını da kesinleşmiş olması şartıyla ihale bedelinden mahsup yapabilecektir.<sup>13</sup> Ancak öğretilerde bir görüşe göre artırmaya konu taşınmaz üzerinde sadece başka hacizlerin bulunması ve icra müdürü tarafından sıra cetveli yapılması gereken durumlarda da taşınmazı satın alan alacaklının ihale bedelini icra dosyasına yatırması gerektiği bu durumda alacaklının ihale bedelini alacağından mahsup edemeyeceği ifade edilmiş iken<sup>14</sup> diğer bir görüşe göre alıcı-alacaklıdan önce tatmin edilmesi gereken başka alacaklılar varsa veya aynı derecede hacze iştirak söz konusu olmuşsa, alacaklının 'kendi payına düşen miktarı' ödemesi gereken ihale bedelinden mahsup etmesi mümkündür.<sup>15</sup> İhale alıcısının takip borçlusundan alacaklı bulunması

---

cıdan önce haciz koyduran üçüncü kişilerin alacaklarının miktarlarının ne olduğu dahi belirlenmeden, alıcı alacaklıya ihale bedelinin yatırılması için süre verilmesi yönündeki icra müdürlüğü kararı doğru değildir. "; Y. 12. HD 21. 01. 1998 T. E. 1997/14512 K. 272, Y. 12. HD 03. 12. 1997 T. E. 859 K. 933 (Uyar, Talih; İlik Şerhi, C. 6, s. 9972-9975)

<sup>11</sup> Y. 12. HD 03. 02. 1997 T. E. 859 K. 933 "... Alıcı aynı zamanda alacaklı ise sonradan alacağı parayı önceden ödemesine gerek yoktur. Ancak satış bedeli alıcının alacağından fazla ise aradaki farkın alıcı-alacaklı tarafından zamanında ödenmesi gerekir." (Erturgut, Mine; a. g. e., s. 125 dn. 277)

<sup>12</sup> Y. 12. HD 07. 05. 1984 T. E. 3272 K. 5633 "...Müşterinin ihale bedelini alacağına mahsup etmesi, sırada kendisinden önce gelen alacakların satış bedeli ile tamamen karşılanması ile mümkün olabileceğine..." (Uyar; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 461)

<sup>13</sup> Y. 12. HD 11. 11. 1983 T. E. 7341 K. 8786 "Alacaklı ihale bedelini, mevcut ve kesinleşmiş olan bütün alacakları ile mahsup edebilir. Bir kısım alacağın başka bir takip dosyasına ait bulunmasının neticeye etkili bulunmadığı...", Y. 12. HD 02. 12. 1986 T. E. 12973 K. 13396 (Uyar; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 453-454)

<sup>14</sup> Üstündağ, Saim; *İcra Hukukunun Esasları*, s. 279; Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 474; Korkusuz, M. Refik; a. g. e., s. 261.

<sup>15</sup> Aslan, Elif K.; a. g. e., s. 134.

halinde bu alacağını ihale bedelinden mahsup edemeyeceği gibi,<sup>16</sup> aynı şekilde ihale alıcısının, takibi yapan alacaklıdan olan alacağının da ihale bedelinden mahsubunun yapılması mümkün değildir.<sup>17</sup>

İhale bedeli kavramına; şartname ve ilanda alıcıya ait olacağı belirtilmek suretiyle *tellaliye harcı, katma değer vergisi ve damga vergisi* de dahildir.<sup>18</sup> Aynı şekilde şartnamede alıcıya ait olacağı belirtilmek suretiyle *tapu harçları* da ihale bedeli kavramı içerisinde mütalaa edilir.<sup>19</sup> Ancak Yargıtay bir kararında kanımızca hatalı olarak damga vergisinin ihale bedeli içinde mütalaa edilemeyeceğini belirtmiştir.<sup>20</sup> Takip masrafları da ihale bedeli içerisinde mütalaa edilemez.<sup>21</sup> Aynı şekilde tahsil harcı ve cezaevleri harcının da ihale bedeli kavramı içerisinde değerlendirilmesi mümkün değildir.<sup>22</sup>

Ancak uygulamadaki önemi ve sıklıkla karşılaşılmaması nedeniyle şu hususu belirtmeliyiz ki; bankaların alacağı mahsuben taşınmaz sa-

<sup>16</sup> Üstündağ, Saim; *İcra Hukukunun Esasları*, s. 279; Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 474.

<sup>17</sup> Arar, Kemal; *İcra ve İflâs Hükümleri*, s. 300.

<sup>18</sup> Kuru, Baki; *İcra ve İflâs Hukuku*, C. 2, s. 1376; Uyar; *İhale ve İhale Bedelinin Ödenmesi*, s. 445-446; Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 129-130.

<sup>19</sup> Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 130; Uyar, Talih; *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. 6, s. 9918; Y. 12. HD 14. 01. 1993 T. E. 1992/11052 K. 465, Y. 12. HD 24. 03. 1984 T. E. 1168 K. 3799 (Uyar, Talih; *a. g. e.*, C. 6, s. 9986-9987)

<sup>20</sup> Y. 12. HD 28. 04. 1997 T. E. 4484 K. 4784 (*İzmir Barosu Dergisi* (İZBD), Nisan 1998, s. 169)

<sup>21</sup> Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 161; Olgaç, Senai; *İçtihatlarla Tatbikatımızda İcra ve İflâs Kanunu*, s. 992; Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 473; Y. İİD 25. 03. 1958 T. E. 1903 K. 1882 "Takip masrafları ihale belinden madut sayılamaz ve bu ihalenin feshi için sebep teşkil etmez." (Nedimoğlu, Kevni; *a. g. e.*, s. 182)

<sup>22</sup> Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 161; Uyar, Talih; *İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle İhalenin Feshi* (İBD, C. 50, S. 1976/1-4, s. 156); Y. 12. HD 22. 03. 2001 T. E. 4287 K. 4907 "...2548 sayılı Yasanın 1. maddesinin 2. fıkrası gereğince alınacak cezaevi harcının yükümlüsü alacaklıdır. Cezaevi harcı da tahsil harcı gibi tahsil olunacak paradan alınacaktır. Sözü edilen meblağın harç niteliğinde olması ve mükellefinin alacaklı olması nedeni ile ihale bedeline dahil değildir. İhale alıcısının ve alacaklısının aynı kişi olması bu duruma etkili değildir. Bu nedenle cezaevi harcının ödenmemesi ihalenin feshine neden olarak kabul edilemez. İcra müdürlüğüne alıcının cezaevi harcını ödememesi sebebi ile İİK'nın 133. maddesi uyarınca ihaleyi fesh etmesi doğru olmadığından. ." (YKD, 2002/1, s. 69); Y. İİD 10. 11. 1958 T. E. 5919 K. 5871 "Tahsil harcı ve cezaevleri harcı ihale bedeline mülhak olmadığından yatırılan ihale bedelinden mezkûr borçların mahsubu bahis mevzuu değildir. Bu borçların alacaklı tarafından peşin ödenmemesi de İcra ve İflas Kanununun 133. maddesine müsteniden fesih sebebi sayılamaz." (Açar / Erciyeş; *İcra ve İflâs Kanunu*, s. 59)

tışlarına iştiraki durumunda, katma değer vergisi, damga vergisi ve tapu harcının 5281 sayılı kanun ile getirilen muafiyetler kapsamında kalması sebebiyle, *alacağına mahsuben borçluya ait taşınmazı satın almış olan bankalar katma değer vergisi, damga vergisi, tapu harcı bedelinden sorumlu değildir.*<sup>23</sup>

Tellâliye harcının, katma değer vergisi, damga vergisi ve tapu harcının ihale alıcısı açısından ödeme yükümlülüğü ihalenin kesinleşme kararı ile başlayacaktır. Bu konuda uygulamada önceleri ihale kesinleşmeden, alıcılardan ihale kararının verilmesi ile birlikte tellâliye, KDV ve damga vergisinin ödenmesi ihale alıcısından talep ediliyordu. Ancak Yargıtay'ın ihale kesinleşmeden ihale alıcısından tellâliye harcı,<sup>24</sup> katma değer vergisi<sup>25</sup> ve damga vergisi<sup>26</sup> talep edilemeyeceği yö-

<sup>23</sup> Y. 12. HD 09. 02. 2006 T. E. 2005/24848 K. 1997, Y. 12. HD 02. 02. 2006 T. E. 2005/24756 K. 1240, Y. 12. HD 31. 01. 2006 T. E. 2005/24619 K. 944, Y. 12. HD 26. 01. 2006 T. E. 2005/23898 K. 542, Y. 12. HD 28. 11. 2005 T. E. 18888 K. 23623 (Uyar, Talih; İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 6, s. 9958-9964)

<sup>24</sup> Y. 12. HD 02. 02. 1998 T. E. 248 K. 525 "...İhalenin kesinleşmesi halinde oluşan satış bedeli üzerinden tellâliye harcının da alınacağı kabulü gerekir." (İZBD, Temmuz 1999, s. 145); Y. 12. HD 16. 05. 2005 T. E. 6868 K. 10768, Y. 12. HD 14. 04. 2005 T. E. 4169 K. 8062, Y. 12. HD 27. 01. 2005 T. E. 2004/24821 K. 1083 (Uyar, Talih; İİK Şerhi, s. 9965-9966)

<sup>25</sup> Y. 12. HD 29. 01. 1997 T. E. 428 K. 764 "...Katma değer vergisinin matrahını kesin satış (ihale) bedeli oluşturur. Bir başka deyişle, bu vergiyi ödeme yükümlülüğü ihalenin kesinleşmesi ile başlar. Satışın yapılması ile vergiyi doğuran olay meydana gelmekte, kesinleşen satış bedeli de, verginin matrahını teşkil etmektedir. İhale kesinleşmeden memurluğa bu bedelin yatırılması için alıcıya mehil verilemeyeceği gibi, bu sürede yatırılmadığından bahisle ceza tayini için vergi dairesine müzekere de yazılamaz." (İZBD, Nisan 1998, s. 167); Aynı doğrultuda; Y. 12. HD 04. 05. 1998 T. E. 4629 K. 4919 (Karslı, Abdürrahim; *İcra ve İflâs Hukuku Pratik Çalışmaları*, s. 110); Y. 12. HD 20. 01. 1994 T. E. 1993/16562 K. 1994/553 (Uyar, Talih; KDV Ödeme Süresi Ne Zaman Başlar (Konya Barosu Dergisi, Mayıs 1995, S. 12, s. 50); Y. 12. HD 15. 04. 2004 T. E. 6625 K. 9384 (ERİŞ, Gönen; *İcra ve İflâs Kanunu*, s. 681); Y. 12. HD 12. 01. 1994 T. E. 1993/16690 K. 86 (İZBD, S. 1995/1, s. 108); Y. 12. HD 27. 10. 2005 T. E. 17060 K. 20995, Y. 12. HD 16. 05. 2005 T. E. 6868 K. 10768, Y. 12. HD 14. 04. 2005 T. E. 4169 K. 8062, Y. 12. HD 27. 01. 2005 T. E. 2004/24821 K. 1083 (Uyar; Şerh, s. 9964-9966)

<sup>26</sup> Y. 12. HD 28. 04. 1997 T. E. 4484 K. 4784 "...İcra müdürünce 27. 02. 1997 tarihli ihale tutanağında damga vergisinin yedi günlük süre içinde yatırılması için alıcı-alacaklıya mehil verildiği 12. 03. 1997 tarihinde de anılan süre içerisinde yatırılmadığından bahisle satışın düşürüldüğü görülmektedir. 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'nun 1. maddesinde aynen (bu kanundaki kağıtlar terimi... herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilecek olan belgeleri ifade eder) denilmektedir. Olayda, icraen satış sırasında düzenlenen tutanak ancak satışın kesinleşmesi ile hüküm ifade edebileceği cihetle, ihale kesinleşmeden yukarıdaki madde de

nündeki kararları bu hatalı uygulamayı ortadan kaldırmıştır.

İcra müdürü yapılan ihalenin kesinleştiğini tespit etmesi üzerine tellâliye harcı, katma değer vergisi ve damga vergisi'nin ödenmesi için ihale alıcısına bir muhtıra yazarak vereceği makul bir süre içerisinde söz konusu bedellerin yatırılmasını isteyecektir.<sup>27</sup>

Katma Değer Vergisi'nin, ihale bedeli kavramı içerisinde değerlendirilmesi sebebiyle, ihale alıcısı tarafından kendisine tanınan süre içerisinde yatırılmaması durumunda, icra müdürünün m. 133'e göre ihaleyi kaldırması gerekecektir.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi verdiği bir kararında<sup>28</sup> aynen;

*"...Katma Değer Vergisi Kanunu'na göre, müzayede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışlar, katma değer vergisine tabidir. Satış memurluklarınca yapılan satışlar açık artırma usulü ile yapılmaktadır. Satışın yapıldığı yer müzayede mahalli durumundadır. Verginin alınması için, satış nerede yapılırsa yapılsın açık artırma ile yapılması yeterlidir. Satışı yapan satış memuru verginin mükellefidir. Satışın yapılması ile vergiyi doğuran olay meydana gelmekle, kesin satış bedeli de verginin matrahını teşkil etmektedir. Satış kesinleşmeden taşınmazın fiilen alıcıya teslimi mümkün değildir. Olayda, ihalenin feshi davasının reddine ilişkin karar kesinleşmekle matrah belirlenmiş, taşınmazın teslimini isteme hakkı ve KDV borcunu ödeme yükümlülüğü doğmuştur. Satış şartnamesinde, KDV'nin alıcıya ait olduğu belirtilmiş satış tutanağında alıcı, KDV'ni yasal süre içinde yatıracağını taahhüt etmiştir. Bu nedenlerle, KDV'ni ya-*

---

yazılı belge niteliği oluşmadığından, ihale sebebi ile alınması gereken bir vergi de henüz doğmamıştır... İhalenin kesinleşmesinden önce verilen sürede bu bedelin yatırılmadığından bahisle memurlukça ihalenin düşürülmesine ilişkin karar yasaya uygun değildir." (İZBD, Nisan 1998, s. 169); Y. 12. HD 24. 02. 2006 T. E. 2005/26572 K. 2006/3610 "...488 Sayılı Damga Vergisi Kanunu'nun 1. maddesinde ise; (...bu konudaki kağıtlar terimi... herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek olan belgeleri ihtiva eder) denilmektedir. Cebri icra yoluyla satış sırasında düzenlenen tutanak da satışın kesinleşmesi ile hüküm ifade edeceğinden damga vergisinin matrahını teşkil edecektir..." , Y. 12. HD 27. 10. 2005 T. E. 17060 K. 20995, Y. 12. HD 02. 05. 2003 T. E. 7117 K. 9947, Y. 12. HD 30. 04. 2001 T. E. 5996 K. 7357 (Uyar, Talih; İİK Şerhi, C. 6, s. 9926-9927)

<sup>27</sup> Y. 12. HD 16. 05. 2005 T. E. 6868 K. 10768 "İcra müdürlüğünce, katma değer vergisi, damga vergisi ve tellâliye harcının yatırılması için makul bir süre verilip, muhtıra gönderilip tebliğ edilmeden..." , Y. 12. HD 18. 10. 2004 T. E. 16358 K. 21332 (Uyar, Talih; İİK Şerhi, C. 6, s. 9965)

<sup>28</sup> Y. 12. HD 15. 03. 1993 T. E. 1731 K. 5281 (YKD, 1993/7, s. 1023)

*tırna yükümlülüğü alıcıya aittir. 18. 12. 191 tarihli muhtrada; ihalenin feshi davası 23. 01. 1989 tarihinde Yargıtay'dan geçmek suretiyle kesinleşmiş olduğundan, taşınmazın satış bedeli ile KDV'nin muhtranın tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde yatırılması, aksi takdirde ihalenin feshi cihetine gidileceği ihtar olunmuş, muhtıra 28. 02. 1991 tarihinde tebliğ edilmesine rağmen, KDV, 14. 03. 1991 tarihinde Çatalca Vergi Dairesi'ne yatırılmıştır. Bir işlem süresi içinde yapılmazsa, ilgili, o işlemde beklenen faydayı ve kendisini tahdit eden sonucu önlemek imkanın kaybeder. Satış memuru tarafından verilen süre, kesin süre niteliğindedir. Sonuçları da belirtilmiştir. **Katma Değer Vergisi verilen süre içinde yatırılmamış olduğundan İİK'nın 133. maddesi gereğince satış kararının satış memuru tarafından kaldırılması gerekir. Muhtrada verilen yedi günlük süre geçtikten sonra KDV'nin yatırılmış olması, yedi gün geçmekle oluşmuş bulunan satış kararının kaldırılması koşullarını etkilemez. Tellâliye resminin hemen veya verilen süre içinde ödenmemesi hali, 23. 03. 1955 tarih, 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince ihalenin satış memurluğunca resen bozulması nedeni olduğu gibi, KDV'nin de verilen süre içinde ödenmemesi de ihalenin bozulması nedenidir. İhalenin feshi davasında dayanılan maddi vakıalarla, bu davada dayanılan maddi vakıalar farklı olduğundan ihalenin feshi davasının reddedilmiş olması, İİK'nın 133. maddesine dayanılarak şikâyetle bulunmayı engellemez ve kesin hüküm oluşturmaz.**" Şeklinde görüş bildirmiştir.*

Şartname ve satış ilanında da tellâliye harcının alıcıya ait olduğunun belirtilmesi ve tellâliyenin ihale bedeli kavramı içerisinde yer alması sebebiyle, ihale alıcısı kendisine verilen süre içerisinde tellâliye harcını yatırmaz ise bu durumda icra müdürü yine m. 133'e göre ihalenin kaldırılması kararını verecektir.<sup>29</sup> Bu konuda birçok Yargıtay kararına konu olan ve kararlarına dayanak teşkil eden 23. 03. 1955 tarih 1955/1 E. 1955/5 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da aynen;

*"... Tellâliye resminin ihale bedelinden madud ve ona mülhak olması ve müşterinin bununla ilzam edilebilmesi için arttırma şartnamesine bu kaydın dercedilmesi lazımdır. Aksi takdirde müşteri tellâliye resmini vermekle mükellef olmadığı gibi bunun müddetinde verilmemesinden dolayı da ihale feshedilemez. Bu resim diğer masraflar gibi borçluya tahmil olunur. Belediye*

<sup>29</sup> Postacioğlu, İlhan E.; a. g. e., s. 487; Muşul, Timuçin; *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 604; Erturgut, Mine; a. g. e., s. 130-131; Ögütçü, Tahir; a. g. e., s. 109.

*Gelirler Kanunu'nun 25. maddesinde tellâliye resminin satılan malın bedelinden istifa olunacağına tasrih edilmiş olması da bunu teyit etmektedir. 10. 06. 1954 tarihli ilamda tellâliye resminin ihale bedelinden madud olduğunun zikredilmesi, bu bedelin arttırma şartnamesine dercedilmese bile müşteriye aidiyetini göstermez. Binaenaleyh bu husus ihtilaf mevzuu değildir.*

*Yukarıdaki kayıt ve şart ihtiva eden ihaleler de tellâliye resmi müşteriye ait ve ihale bedelinden madud olduğuna göre bu bedelin derhal veya verilen mehil zarfında icra veznesine yatırılmaması ihalenin feshini icap ettirir mi? Diğer bir tabirle gerek ihale bedelinden madud olan tellâliye resminin gerekse bizatihi ihale bedelinin verilen mehil zarfında ödenmemesi halinde satış memurunun ihaleyi re'sen feshine salahiyeti var mıdır?*

*İcra ve İflas Kanunu'nun 133. maddesinde (gayrimenkul kendisine ihale olunan kimse derhal veya verilen mühlet içinde parayı vermezse ihale kararı feshedilir) denilmektedir. Maddedeki (feshedilir) tabiri vücut eder. Yani para verilmediği takdirde satış memurunun resen ihaleyi feshetmesi lazımdır. Gerçi Medeni Kanununun 633. maddesi uyarınca ihale ile mülkiyet müşteriye intikal ederse de ihale bedeli derhal verilmeyerek ödeme için mühlet tayin edilmiş ise mülkiyet şarta bağlı olarak intikal etmiş olur. Şart yerine getirilmezse yani verilen mühlet zarfında para ödenmezse ihale feshedilir. Ve mülkiyet eskisi gibi borçlunun uhdesine geçer. Satış memuru dosyayı resen tetkik edecek vakt bulamadığından dolayı ihale müddet hitamında feshedilmemiş ise verilen mehilden sonra müşteri para getirdiği zaman bunu kabul etmeyerek ihalenin feshine karar vermesi icap eder. Şayet satış memuru bunu da yapmayarak parayı alıp vezneye koymuş ise alakadarların mercie şikâyeti üzerine İcra Hâkimliğince bu muamelenin bozulmasına ve mezkûr 133. madde uyarınca satış memurluğunca ihalenin feshi lüzumuna karar verilmesi iktiza eder. Müddet geçtikten sonra verilen paranın kabulüyle ihalenin tekemmül ettirilmesi, kanunun tayin ettiği müddetin satış memurluğunca uzatılması demek olur ki, bu hal müddetleri kesin olarak tespit eden İcra ve İflas Kanununun ruh ve müfâdına aykırı düşer. Sözü geçen kanunun yirminci maddesinde müddetleri değiştiren mukaveleler hükümsüz addolunmuştur. Bir an için bunun aksi kabul edilirse tatbikatta birçok ihtilafların doğmasına ve işlerin sürüncemede kalmasına sebebiyet verilmiş olur. Ancak, muamelede menfaattar olan alakâlıların muvafakatleri halinde ihale tekemmül edeceğinden böyle bir vaziyette para müddet geçtikten sonra verilmiş olsa bile satış memuru ihaleyi feshedemez. İhale kararı gerek resen gerekse şikâyet üzerine feshedilmiş olsun bu fesih, verilen müddetin nihayet bulunduğu tarihe muzaf ve raci olur. Ancak bu*

*gibi muamelelere karşı vaki olacak şikâyetlerde de İcra ve İflas Kanununun on altıncı maddesindeki hükmün tatbik olunacağı tabiidir.*

*Netice; İcra ve İflas Kanununun 133. maddesi uyarınca ihale bedeli ile arttırma şartnamesinde müşteri aidiyeti tasrih olunan tellâliye resmi derhal veya verilen mühlet içinde ödenmediği takdirde satış memurluğunca ihalenin resen feshedilmesi, edilmediği surette vaki olacak şikâyet üzerine mercice ihalenin feshi lüzumuna karar verilmesi lazım geldiğine ve İcra ve İflas Dairesinin son içtihadının kanuna uygun bulunduğu... karar verildi."*

Yargıtay'ın ilgili daireleri de yukarıda anılan içtihadı birleştirme kararından önce de<sup>30</sup> şartnamede müşteriye ait olacağı bildirilen tellâliye ücretinin ihale bedelinin bir unsuru haline geleceği ve ödenmemesi halinde ihale kararının kaldırılmasına ya da diğer bir deyişle icra müdürü tarafından re'sen ihalenin feshine karar verilmesi gerektiğini kararlarında ifade etmiş iken bilahare de anılan içtihadı birleştirme kararından sonra bu yöndeki kararları istikrar kazanmış<sup>31</sup> ancak Yargıtay yeni tarihli kararlarında<sup>32</sup> ise 01. 07. 1948 tarihli Belediye Gelirleri Kanunu'nun 26. 05. 1981 tarihli ve

<sup>30</sup> Y. İİD 07. 05. 1954 T. E. 1841 K. 2222 "Dellaliye resmi ödenmesinin hangi tarafa ait olduğu hususunda kanunda açık bir hüküm mevcut değilse de artırma şartnamesinde mezkûr resmin müşteriye aidiyeti dercolunduğu ve bu suretle ilanlar yapıldığı takdirde ihale bedeline mühlak ve ondan madut olacağından dellaliye resminin de derhal veya verilen mehil içinde ödenmemesi ihalenin feshini icap ettirdiği ..." (Nedimoğlu / Arvas; a. g. e., s. 158-159)

<sup>31</sup> Y. İİD 20. 11. 1964 T. E. 13252 K. 13256 "İİK'nın 133. maddesinde belirtildiği gibi; ihale bedeli veya artırma şartnamesiyle müşteriye aidiyeti açıklanmak suretiyle bedelin bir unsuru haline gelen dellaliye resmi derhal veya verilen mühlet içinde ödenmediği takdirde satış memuru, ilgililerin istek ve şikâyetlerini beklemeksizin ihaleyi re'sen bozmağa mecburdur. "(Hüdayioğlu, Behçet; İcra ve İflâs Kanunu ve Tatbikatı, s. 166); Y. İİD 21. 04. 1970 T. E. 4392 K. 4406 (Yelekçi, Memduh; a. g. e., s. 299); Y. 12. HD 07. 10. 1982 T. E. 6137 K. 6914, Y. 12. HD 03. 05. 1979 T. E. 3717 K. 4037, Y. İİD 18. 01. 1963 T. E. 506 K. 614 (Uyar, Talih; İhale ve İhalenin Bozulması, s. 531-532); Y. 12. HD 31. 10. 1983 T. E. 6417 K. 8188 (YKD, 1984/2 s. 265)

<sup>32</sup> Y. 12. HD 16. 12. 2003 T. E. 21326 K. 24901 "...2464 sayılı yasanın 68. maddesinde, tellallık harcını mal ve ürünlerini satan gerçek veya tüzel kişilerin ödemekle yükümlü olduğu hükmü getirilmiştir. Yasanın bu emredici hükmüne göre bu harcın sorumlusu, mal ve mahsullerini satan gerçek ve tüzel kişilerdir. Şartnamede tellâliyenin alıcıya ait olmasının belirtilmesi, yasanın emredici hükmü nedeniyle sonuç doğurmaz. Bu nedenlerle tellâliye harcı borçluya ait olmakla, alacaklının tellâliyeye ilişkin şikâyetinin kabulü gerekirken ...", Y. 12. HD 24. 02. 2006 T. E. 2005/26572 K. 3610, Y. 12. HD 09. 02. 2006 T. E. 2005/14848 K. 1997, Y. 12. HD 02. 02. 2006 T. E. 2005/24756 K. 1240, Y. 12. HD 23. 03. 2004 T. E. 1827 K. 6870, Y. 12. HD 05. 03. 2004 T. E. 2003/28110 K. 5125, (Uyar, Talih; İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 6, s. 9928-9930)



2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu ile yürürlükten kaldırıldığını ve anılan Kanun'un 68. maddesi'nde "tellallık harcını mal ve ürünleri satan gerçek ve tüzel kişilerin ödemekle yükümlü olduğu" hükmünün getirilmiş olması ve anılan hükmün emredici nitelikte bulunması sebebiyle, şartnamede tellâliye harcının alıcıya ait olacağını bildirilmiş olmasının yasanın emredici hükmünü bertaraf edemeyeceği dolayısıyla da tellâliye harcıdan borçlunun sorumlu olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak Yargıtay yeni tarihli kararları doğrultusunda tellâliye harcı şartnamede alıcıya ait olduğu belirtilse dahi ihale bedeli kavramı içerisinde yer almadığı görüşündedir.

Yargıtay İcra İflas Dairesi 06. 06. 1970 tarihli bir kararında, ihale alıcısının ihale bedelini ödememesi halinde, İİK m. 133 f. 1 c. 2 gereğince, ihale alıcısından sonra en yüksek teklifte bulunan iştirakçiye teklifte bulunulması ve bu iştirakçinin de teklif kabul edip taşınmazın kendisine ihale edilmesi durumunda ödeyeceği ihale bedeli içerisinde tellâliye ücretinin yer alamayacağını, en yüksek pey süren ikinci kişiye yapılan bu ihalenin artırma işlemlerini gerektirmemesi sebebiyle tekrar tellâliye ücreti yatırması gerekmediğini ifade etmiştir. Anılan kararın geniş metni aşağıda sunulmuştur;

*"23. 05. 1955 tarihli 1/5 sayılı İcra Dairesi birleştirme kararında açıklandığı gibi; Satış şartnamesinde müşteriye ait olduğu bildirilen tellâliye resmi, satış bedelinin bir cüzüdür. İlk müşterinin, tellâliye resmi de idhal edilmek suretiyle tahakkuk edecek satış bedelinin tamamını, muayyen müddet içinde, icra veznesine yatırmaması, buna yapılan ihalenin feshini, gayrimenkulün bundan sonra en çok pey sürmüş şahsa teklif edilmesini gerektirir. Üç gün içinde almaya razı olursa ihale buna yapılır. **Bu ikinci ihale ayrıca artırma işlemlerini gerektirmediğinden tekrar tellâliye resmi ödenmesini icap ettirmez.** Bu şahıs ancak teklif ettiği ve 129. maddenin ilk fıkrasına uygun bedelle sorumludur. **İhalenin bozulmasına sebebiyet veren ilk müşteriye ödettirilecek bedel farkı tespit edilirken bunun sürdüğü peye bedelin bir cüzü olan tellâliye resmi de eklenmek suretiyle balığı nazarı itibara alınır.**"<sup>33</sup>*

<sup>33</sup> Y. İİD 06. 06. 1970 T. E. 5314 K. 6093 (ABD, S. 1970/6, s. 1156)

## İhale Kararının Kaldırılması

İhale bedelinin, eğer satışın peşin olarak yapılacağı öngörülmesi durumunda derhal verilmemesi ya da icra müdürü tarafından on güne kadar bir süre verilebileceği şartnamede belirtilmiş ve ihale alıcısına on günlük bir süre verilmiş ise verilen süre içerisinde ihale bedelinin ödenmemesi durumunda icra müdürü, ilgililerin talebine gerek olmadan verdiği ihale kararını re'sen kaldıracaktır(m. 133/1).<sup>34</sup> Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir. <sup>35</sup> İflâs yolu ile takiplerde iflas idaresi, ortaklığın giderilmesi satışlarında da satış memuru re'sen ihaleyi kaldırmak durumundadır.

İhale bedelinin süre içerisinde yatırılmaması durumunda icra müdürünün ihale kararının kaldırılması yönünde bir karar vermesi gerekirken bu kararı vermemesi ve süre geçtikten sonra ihale alıcısı tarafından ihale bedelinin dosyaya yatırılması ihalenin geçerliliğine bir etki yapmayacak olup icra müdürü ihaleyi gene re'sen feshetmekle yükümlüdür.<sup>36</sup> Zira artık ortada kanun tarafından kesin olarak öngörülmüş bir süre ve bu süreye riayet etmemenin hukuki sonuçları

<sup>34</sup> Ögütçü, A. Tahir; İcra ve İflâs Kanunundaki Yenilikler, s. 108; Kuru, Baki; İcra ve İflâs Hukuku, s. 389-390; Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 217; Belgesay, Mustafa Reşit; İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2. Tabı, 1949, s. 147; Korkusuz, M. Refik; İcra Hukuku ve Uygulaması, s. 262; Erturgut, Mine; İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, s. 131

<sup>35</sup> Y. 12. HD 27. 12. 1973 E. 12432 K. 11840 "...Madde metninden açıkça anlaşılacağı gibi kanuni süre içinde ihale bedelinin yatırılmaması halinde satış memuru ilgililerin talep veya şikâyetlerini beklemeksizin, resen işe el koyarak ihaleyi feshetmeye ve 133. maddede yazılı işlemleri yapmaya mecburdur." (YKD, 1975/5, s. 102); Y. İİD 01. 06. 1965 T. E. 6739 K. 6887 "İİK'nın 133. maddesinde belirtildiği gibi, gayrimenkul kendisine ihale olunan kimse derhal veya verilen mühlet içinde parayı ödemezse satış memuru hiçbir talep ve şikâyet vukuunu beklemeksizin, işe el koyarak ihaleyi bozmağa mecburdur." (Çatalkaya/Bandakçıoğlu; *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, s. 417), Y. İİD 21. 10. 1966 T. E. 10297 K. 10201 "Gayrimenkul kendisine ihale olunan kişi bedeli ödemediği takdirde satış memuru işe el koyup ihaleyi bozmaya mecburdur. Harekete geçmesi için herhangi bir talep ve şikâyet vukuuna lüzum yoktur." (Berkin, Necmeddin/Üstündağ, Saim; *Notlu İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu*, s. 122;), Y. 4. HD 06. 12. 1965 T. E. 11076 K. 6919 (Çatalkaya/Bandakçıoğlu; *a. g. e.*, s. 416) Y. İİD 20. 11. 1964 T. E. 13252 K. 13256 (Hüdayioğlu, Behçet; *İcra ve İflâs Kanunu ve Tatbikatı*, s. 165-166); Y. İİD 21. 04. 1970 T. E. 4392 K. 4406 (Yelekçi, Memduh; *İcra ve İflâs Kanunu*, s. 299; Karayazgan/Varol; *Tatbiki İcra ve İflâs Hukuku ve En Son İçtihatlar*, s. 265); Y. 12. HD 24. 01. 1983 T. E. 1982/10203 K. 270 (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 527-528); Y. 12. HD 05. 07. 1977 T. E. 5767 K. 6841 (İKİD, Ocak 1980, S. 229, s. 7415)

<sup>36</sup> Kuru, Baki; *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 392; Karal, Cavit; *İcra ve İflâs Kanunu*, s. 155.

ve müeyyideleri belirlenmiş olup, süresi içerisinde yatırılmayan ihale bedelinden dolayı icra müdürünün ihaleyi feshedeceği kanunda öngörülmüş olup icra müdürünün kanunda öngörülen bir vazifeyi henüz yapmamasından faydalanarak, artık bir hükmü olmayan edimini yerine getirmesi de ihaleye bir geçerlilik kazandırmayacak ve icra müdürünün bu konuda ihalenin kaldırılması kararı vermesine engel olamayacaktır. Yargıtay' da bu yönde görüş bildirmekle beraber<sup>37</sup> eski tarihli kararlarında ilgililer talep etmedikçe icra müdürünün resen feshedemeyeceği, dolayısıyla ihale bedelinin geç ödenmesi durumun da ilgililerin bir talebi yok ise ihalenin geçerli hale geleceği yönünde kararları da söz konusudur.<sup>38</sup>

İhale bedelinin ödenmesi konusunda icra müdürünün yeniden ihale alıcısına süre vermek gibi bir yetkisi de söz konusu olmayıp,<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Y. İİD 17. 06. 1969 T. E. 6742 K. 6661 - "Gayrimenkul kendisine ihale olunan şahıs parayı belirli sürede ödemezse, satış memuru ihaleyi feshetmek zorundadır. Memurun ne sebeple olursa olsun, dosyayı tetkik edecek vakit bulamayarak sürenin bitiminde feshetmemiş olması halinde, müşterinin daha sonra satış bedelini ödemesi satışa sıhhat kazandırmaz. "(Yelekçi/Yelekçi/Özenç; *İcra ve İflâs Kanunu*, s. 122; Karal, Cavit; Emsal Yargıtay Kararlarıyla Açıklamalı İcra ve İflâs Kanunu, s154; Yelekçi/ Yelekçi/ Gençel; *İcra ve İflâs Kanunu*, s. 315); Aynı doğrultuda; Y. İİD 06. 11. 1969 T. E. 11204 K. 10424 - "İhale bedelinin verilen müddet içerisinde yatırılması gerekir. Yatırılmadığı takdirde ihalenin feshi cihetine gidilir. Memurun bu süre sonunda ihalenin feshine gitmemiş olması ve süre geçtikten sonra bedelin yatırılması, ihaleye sıhhat kazandırmaz. "(Yelekçi/Yelekçi/Özenç; *a. g. e.*, s. 122; Yelekçi/ Yelekçi/ Gençel; *a. g. e.*, s. 315; Yelekçi, Memduh; *İcra ve İflâs Kanunu*, s. 298); Y. İİD 04. 07. 1966 T. E. 6989 K. 7294 "...Satış memuru dosyayı re'sen tetkik edecek vakit bulamadığından dolayı ihaleyi müddetin hitamında bozmamış olsa dahi verilen mehilden sonra müşteri para getirdiği zaman bunu kabul etmeyerek ihalenin feshine karar vermesi lazımdır. Şayet memur bunu da yapmayarak parayı alıp vezneye koymuşsa alakalıların şikayeti üzerine icra hakimi bu muamelelerin bozulmasına ve 133. madde uyarınca ihalenin satış memurluğunca feshi lüzumuna karar verir. Müddetinden sonra verilen paranın kabulüyle ihalenin tekemmül ettirilmesi kanunun tayin ettiği kesin müddetin satış memurluğuna uzatılması manasına gelir ki bu hal müddetlerin kesin olarak tespitine mütedair İİK'nın hükümlerinin ruh ve manasına aykırı düşer. "(RKD, 1966/9 s. 133-134)

<sup>38</sup> Y. İİD 05. 12. 1950 T. E. 5111 K. 5608 "İİK'nın 133. maddesi hükmünce ihale bedelinin derhal veya verilen mehil içerisinde ödenmemiş olmasından dolayı ilgililer tarafından istenmedikçe memurlukça re'sen ihale fesih edilemeyeceği cihetle hadisede ihalenin feshi talebinden evvel müşteri tarafından bedeli vezneye yatırılmak suretiyle muamele tekemmül etmiş bulunmasına ve mücerret ihale bedelinin tehhürle ödenmesi fesih sebebi sayılamayacağına binaen şikâyetçinin itirazı varid değildir. "(Nedimoğlu/ Arvas; *İcra ve İflâs Kanunu*, s. 157)

<sup>39</sup> Y. İİD 30. 06. 1941 T. E. 1706 K. 2672 "İİK'nın 130. maddesi mucibince mehil verilmiş ise ihale bedelinin peşin ödenmesi lazım gelip aksi halde ihalenin memurlukça

ihalenin feshine diğer tabirle ihalenin kaldırılmasına karar vermek mecburiyetindedir.

Eğer, icra müdürü ihale alıcısına kanunda öngörülen süreden ayrı olarak ek bir süre daha vermiş ise, ihale alıcısını bu ek süre içerisinde ihale bedelini yatırsa dahi ihale yine de geçerli hale gelmeyecek ve yine icra müdürünün m. 133 gereğince ihaleyi re'sen feshetmek ve ihalenin kaldırılması kararı vermesi gerekecektir.<sup>40</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu konuda verdiği 25. 02. 1976 tarihli kararında;

*“Taraflar arasındaki ihalenin feshi davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Nazilli İcra Tetkik Mercince davanın reddine dair verilen 21. 04. 1972 gün ve 21-41 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine,*

**Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi'nin 06. 06. 1972 gün ve 6398-6424 sayılı ilamı** (İhale olunan taşınmaz bedelini kendisine verilen yirmi günlük süre içinde yatırmayan ve İcra ve İflas Kanunu'nun 133. maddesinin son fıkrası hükmünü de yerine getirmeyen talibe 17. 02. 1972 tarihinde bedel yatırmak için yeni bir mehil verilmesi kanunun amir ve re'sen uygulanması gerekli hükümlere aykırı, bu nedenle her zaman şikâyete konu yapılabilecek bir işlem olduğu, memurun kanuna rağmen alıcıya bir hak bahşedemeyeceği gözetilmeden kabulü gereken şikâyetin reddinin usul ve yasaya aykırı olduğu) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

*Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki kâğıtlara, dayanıldığı gerekçelerine, İcra ve İflas Kanunu'nun 20. maddesi hükmünce memurun da yeni bir süre verebilmesi olanağı bulunmadığına göre Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”<sup>41</sup>*

feshi icap eder. Yeniden mehil verilmemesi caiz değildir. “(Nedimoğlu/Arvas; a. g. e., s. 154; Nedimoğlu, Kevni; Notlu ve İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu, s. 178); Y. İİD 21. 10. 1966 T. E. 10297 K. 10201 “... Satış memuru İİK'nın 130. maddesi hükmüne aykırı olarak tekrar mehil vermek veya uzatmak hakkını da haiz değildir. “(Berkin, Necmeddin/Üstündağ, Saim; a. g. e., s. 122)

<sup>40</sup> Kuru, Baki; İcra ve İflas Hukuku, s. 389 dn. 26c.; Y. 12. HD 06. 06. 1972 T. E. 6398 K. 6424 “... İcra memuru yirmi günlük süreden sonra ek süre vermiş ise, alıcı bu ek süre içinde satış bedelini ödese bile, icra memuru m. 133'e göre ihaleyi feshetmekle yükümlüdür.” (Kuru, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, s. 389)

<sup>41</sup> Y. HGK 25. 02. 1976 T. E. 1974/12-904 K. 269 (İKİD, S. 187, s. 4712)

İhale bedeli ile şartnamede alıcıya ait olduğu belirtilerek ihale bedeli kavramı içerisinde yer alan; katma değer vergisi, tellâliye ve damga vergisinin süresinde ödenmemesi sebebiyle ihalenin feshi ancak icra müdürlüğünden istenebilecektir. Bu konuda icra mahkemesine müracaatla ihalenin feshi istenemez. Dolayısıyla ihale bedelinin yatırılmaması halinde de icra müdürlüğüne müracaat edilmeden doğrudan icra mahkemesine ihale bedelinin ödenmemesi nedeniyle ihalenin feshi için başvurulamaz.<sup>42</sup> Ancak öğretilerde; icra müdürünün ihale kararını kaldırmaması halinde ilgililerin ihalenin kaldırılması için icra müdürlüğüne müracaat edebilecekleri gibi doğrudan doğruya icra

<sup>42</sup> Y. 12. HD 08. 11. 2005 T. E. 17609 K. 21459 - "İhale kesinleşmedikçe damga vergisi ve tellâliye harcı ödenmez. Ancak bu nedenle ihalenin feshinin istenmesi, İcra İflas Kanunu'nun 133. maddesi gereğince icra müdürlüğünden talep edilebilir. Bir başka anlatıma, tellâliye harcı ve damga vergisi zamanında ödenmediğinden bahisle doğrudan doğruya ihalenin feshi icra mahkemesinden istenemez. "(Uyar, Talih; *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, C. 6, s. 10029); Y. 13. HD 12. 05. 1989 T. E. 2743 K. 3266 "İİK 133. maddesi gereğince ihalenin feshi, başka deyişle ihalenin geri alınmasına karar verme yetkisi satış memuruna aittir. Böyle bir durumda ilgililerin satış memuruna öncelikle başvurması ve ihalenin geri alınmaması durumunda sulh hâkimine şikâyet yoluyla, satış memurunun ihaleyi geri alması gerektiğine karar verilmesi için başvurmaları gerekir. Mahkemenin bu yönü gözetmeden ihalenin feshine karar vermesi İİK 133. maddesine aykırıdır. "(Yasa HD, S. 1990/11, s. 1574-1575) Y. İİD 16. 04. 1962 T. E. 4079 K. 4543 "... Bir ilgili ihalenin (m. 133 nedeniyle) feshini doğrudan doğruya tetkik merciinden istemişse, dilekçesinin (tetkik merciince) icra memuruna havale edilmesi ve icra memurunun bunun üzerine vereceği karara karşı şikâyet yoluna başvurulursa, bu halde tetkik merciinin işe bakması gerekir. Yoksa, tetkik merciinin, icra memuru yerine geçerek ilgilinin (doğrudan) talebi üzerine (m. 133'e göre) ihalenin feshine karar vermesi caiz değildir. "(Kuru, Baki; *İcra ve İflas Hukuku*, s. 390); Y. 12. HD 01. 06. 1998 T. E. 5847 K. 6340 "... İhale bedelinin icra müdürlüğüne verilen süre içerisinde yatırılmaması nedeniyle, İİK'nun 133. maddesine göre ilgilinin öncelikle icra müdürüne başvurması ve aksine karar verildiği takdirde İcra Tetkik Merciiine şikâyet etmesi gerekeceğinden, şikâyetçi de sözü edilen koşula uygun biçimde şikâyetini yapmadığından, merci hâkimliğince şikâyetin reddi bu gerekçe doğrultusunda sonucu itibariyle doğrudur. "; Aynı doğrultuda; Y. 12. HD 17. 12. 2002 T. E. 25839 K. 26844, Y. 12. HD 13. 05. 1998 T. E. 4846 K. 5408, Y. 12. HD 04. 10. 1994 T. E. 10016 K. 11659 (Uyar, Talih; *a. g. e.*, C. 6, s. 10054 -10055), Y. 12. HD 06. 12. 2005 T. E. 19793 K. 24177 (Uyar; *a. g. e.*, C. 6, s. 10029); Y. 12. HD 07. 06. 1984 T. E. 4645 K. 7263, Y. 12. HD 31. 05. 1984 T. E. 5196 K. 7012 (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 523); Y. 12. HD 29. 03. 1984 T. E. 1161 K. 3795, Y. 12. HD 19. 11. 1981 T. E. 7218 K. 8539 (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 527); Aksi yönde: Y. 12. HD 03. 07. 1995 T. E. 9522 K. 9970 "... İİK 133. maddesi uyarınca koşulları mevcut ise icra müdürlüğüne ihalenin resen feshedilmesi gerekir. İcra müdürlüğünün ihaleyi feshetmemesi ve işlemi savaştırmaması nedeniyle icra müdürlüğüne başvurmadan merciye şikâyet edilmesi mümkündür. "(Uyar, Talih; *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, C. 6, s. 10062)

mahkemesine de başvurabilecekleri ileri sürülmüştür.<sup>43</sup> İlgililerin icra müdürlüğüne müracaat süresi konusunda da herhangi bir sınırlayıcı hüküm İİK m. 133'de yer almadığından, ilgililer herhangi bir zaman içerisinde ihale feshi ya da diğer bir deyişle ihale kararının kaldırılması için icra müdürlüğüne müracaat edebileceklerdir.<sup>44</sup> İcra müdürlüğünün ilgililerin ihalenin feshine ya da diğer bir deyişle ihalenin kaldırılmasına karar verilmesi talebi üzerine vereceği kabul veya ret kararına karşı ilgililerin icra mahkemesine şikâyet hakları söz konusu olacaktır.

İcra dairesinin ihale bedelinin ödenmemesi durumunda re'sen ihalenin kaldırılmasına karar vermek durumundadır. İhalenin kaldırılması kararı vermemesi durumunda ilgililerin bu konuda yapacağı şikâyet süreye de tabi değildir.<sup>45</sup> Zira burada icra müdürünün yetki alanı içinde bulunan ve kendiliğinden yapması gereken işlemleri veya alması gereken tedbirleri yerine getirmemesi, *bir hakkın yerine getirilmemesi* niteliğindedir.<sup>46</sup> Yargıtay'ın da kararları, bu konudaki şikâyetin

<sup>43</sup> Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 153: "... İcra mahkemesinin ihalenin kaldırılmasına ilişkin şikâyeti, önce icra dairesine başvurulması gerekçesi ile sırf bu nedenle reddetmesi, usul ekonomisine ters düşmektedir. İcra mahkemesinin bu başvuruyu reddetmeyecek incelemesi ve ikinci bir iş çıkartmadan icra memuruna ihalenin kaldırılmasını emretmesi zaman ve masraftan tasarruf sağlayacaktır. Bunun yanında icra memurunun ihaleyi kendiliğinden kaldırması gerekmektedir. İhale bedelinin ödenmemesi halinde ihaleyi kaldırmayan icra memuru kendisine verilen ödevi yerine getirmemiş olmaktadır. Burada tekrar icra memurundan talepte bulunulup o talebin neticesine göre icra mahkemesine başvurmanın zorunlu kılınmasında anlam yoktur.; Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 133; Özmumcu, Seda; *Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış*, s. 215.

<sup>44</sup> Kuru, Baki; *İcra ve İflas Hukuku*, s. 390; Kuru/Arslan/Yılmaz; *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 372; Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 218; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 153; Uyar, Talih; *İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle İhalenin Feshi*, s. 157.; Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 131; Y. HGK. 18. 12. 1971 T. E. 1970/İc. İf. 690 K. 757 (Uyar, Talih; *İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle İhalenin Feshi*, s. 161)

<sup>45</sup> Kuru, Baki; *İcra ve İflas Hukuku*, s. 390; Kuru/Arslan/Yılmaz; *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 372; Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 218; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 153 Pehlivanlı, M. Gündüz; *a. g. e.*, s. 980; Uyar, Talih; *Taşınmaz Satışlarında İhale Bedelinin Ödenmemesi*, s. 760 - *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 476; Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 131; Muşul, Timuçin; *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 604; Karşı Görüş: Ögütçü, A. Tahir; *a. g. e.*, s. 109; Postacıoğlu, İlhan E.; *a. g. e.*, s. 505.

<sup>46</sup> Pekcanitez, Hakan; *İcra İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 64 dn. 42; Kuru, Baki; *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 390; Kuru/Arslan/Yılmaz; *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 372; Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 218; Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 131; Muşul, Timuçin; *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 604

süreye tabi olmadığı yönündedir.<sup>47</sup> Ancak Yargıtay yeni tarihli kararlarında her ne kadar m. 133 hükmünde fesih için bir süre öngörülmemişse de, bu konuda şikâyet süresinin İİK m. 134 hükmüne öngörülen (1) yıllık süre ile sınırlı olacağı ve bu azami bir yıllık sürenin 133. maddeye dayalı ihalenin feshi istemlerinde de uygulanacağını ifade etmiştir.<sup>48</sup>

İcra mahkemesi, şikâyeti yerinde görürse bu durumda ihalenin feshine karar veremez. Çünkü bu konuda karar verme yetkisi icra müdürlüğüne aittir. İcra mahkemesi sadece ihale kararının kaldırılması gerektiğini icra dairesine bildirir bir başka deyişle icra mahkemesi vereceği karar ile ihale kararının kaldırılmasını emreder. İcra mahkemesi bu durumda "ihalenin feshine ya da ihale kararının kaldırılmasına karar verilmek üzere" dosyayı icra dairesine göndermek zorundadır.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Y. HGK. 02. 03. 1994 T. E. 1993/12-851 K. 114 "... Dava, icra memurunun muamelesini şikâyetidir. Davacının şikâyeti, öz olarak, ihale bedelinin süresinde yatırılmadığı savına dayalıdır. Bu iddia ile yapılacak şikâyetler için İİK'nın 133. maddesinde bir süre öngörülmemiştir. O itibarla, olayda süreye tabi olmayan şikâyetin esasının incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmesizin, şikâyetin süreden reddedilmesi doğru değildir." (Pehlivanlı, M. Gündüz; *a. g. e.*, s. 986); Y. İİD 13. 04. 1970 T. E. 3867 K. 3994 "İhale bedelinin ödenmesi, icra memurunun vereceği süre ile sınırlandırılmıştır. Bu süre içinde satış bedeli ödenmezse icra memuru ihaleyi feshedebileceği gibi ilgililerin herhangi bir zamanda (müddetle bağlı olmaksızın) başvurmaları üzerine satış memuru ihaleyi bozmalıdır. İlgililerin satış memuruna belli bir zaman içinde başvurmamış oldukları ve şikâyet süresini geçirmiş bulduklarından söz edilerek şikâyetin reddi usulsüzdür." (Yelekçi/Yelekçi/Gençel; *a. g. e.*, s. 315; Yelekçi, Memduh; *a. g. e.*, s. 298); Y. İİD 16. 04. 1962 T. E. 4079 K. 4543 "İİK m. 133'e göre ihaleyi feshetmek icra memurunun görevine dahildir. İlgililer icra memurunun ihalenin feshi talebinin reddine ilişkin kararına karşı tetkik mercine süresiz şikâyette bulunabilirler." (Kuru, Baki; *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 390); Y. 12. HD 31. 10. 1995 T. E. 14817 K. 14854, Y. 12. HD 15. 06. 1995 T. E. 8901 K. 8932, Y. 12. HD 04. 10. 1995 T. E. 12476 K. 12572 (İpekçi, Nizam; *İcra ve İflâs Kanunu Tatbikatı*, s. 561-562); Y. 12. HD 28. 10. 2003 T. E. 17054 K. 21011 (Uyar; *Şerh*, C. 6, s. 10051)

<sup>48</sup> Y. 12. HD 06. 12. 2005 T. E. 19793 K. 24177, Y. 12. HD 17. 10. 2002 T. E. 19064 K. 20986 (Uyar, Talih; *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. 6, s. 10030); Y. 12. HD 06. 06. 1972 T. E. 6398 K. 6424, Y. İİD 05. 05. 1962 T. E. 1023 K. 1466 (Kuru, Baki; *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 390, dn. 27a)

<sup>49</sup> Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1389-1390; Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 217; Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 476 - *Taşınmaz Satışlarında İhale Bedelinin Ödenmemesi*, s. 760; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 154; Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 133; Özmumcu, Seda; *Pazarlık Suretiyle Satış*, s. 215; İpekçi, Nizam; *a. g. e.*, s. 559; Y. 12. HD 05. 04. 1995 T. E. 4586 K. 5049, Y. 12. HD 15. 06. 1992 T. E. 3897 K. 8181, Y. 12. HD 03. 02. 1992 T. E. 1991/6912 K. 1992/836; Y. 12. HD 30. 05. 1995 T. E. 7741 K. 7822 (Uyar; *Taşınmaz Satışlarında İhale Bedelinin Ödenmemesi*, s. 760)

İcra mahkemesinin, icra müdürlüğünün ihalenin kaldırılması ya da ihalenin feshine ilişkin olarak verdiği ret kararının iptali için ilgililerin yapacağı şikâyet üzerine bu yöndeki talebin reddine karar vermesi durumunda İİK m. 134' de olduğu gibi şikâyeti reddedilen taraf aleyhine para cezası hükmedilmesi söz konusu olmayacaktır.<sup>50</sup>

Taşınmaz kendisine ihale olunan kimse derhal veya verilen mühlet içinde parayı vermez ise ihale kararı kaldırılarak teminat akçesi alınmasının m. 133/2 fıkrası gereğince mesul bulunduğu meblağa mahsup edilmek üzere alıkonulur.

İhale alıcısının ihale bedelini her halükarda kendisine tanınan süre içerisinde ödemesi zorunludur. Kanunda bunun hiçbir şekilde geçerli bir mazeret olarak kabul edilebilecek bir istisnası öngörülmemiştir. Örneğin icra müdürünün ihale bedelini yanlışlıkla fazla tespit etmesi halinde dahi<sup>51</sup> ihale alıcısı kendisine tanınan süre içinde ihale bedelini ödemek durumundadır. Fazla tespit edilen ihale bedeli nedeniyle, ihale bedelini ödemekten kaçınmaz. İcra müdürünün yanlış ihale bedeli tespit etmesi nedeniyle ihale alıcısı şikâyet yoluna gitmiş olsa ve şikâyeti sonucunda gerçekten ihale bedelinin yanlış hesaplandığı icra mahkemesince tespit edilmiş olsa dahi eğer kendisine tanınan ödeme süresi geçmiş ise bu durumda icra müdürünün m. 133 gereğince ihale kararını kaldırması gerekecektir. Bu yüzden bu konuda şikâyet hakkını kullanmakla beraber kendisinden talep edilen ihale bedelini süresi

<sup>50</sup> Y. 12. HD 08. 11. 2005 T. E. 5912 K. 10308 "... Ne var ki İİK'nın 133. maddesiyle ilgili şikâyetlerde İİK'nın 134/2 maddesi gereğince %10 para cezası verilemez. İcra mahkemesinin aksine düşüncelerle 'borçlunun ihale bedelinin %10 oranında para cezası ile sorumlu tutulması' da isabetsiz olup ..." (Uyar, Talih; *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. 6, s. 10031- ERİŞ, Gönen; a. g. e., s. 680 "Sn. Eriş'in eserinde mezkur kararın tarihi 26. 04. 2004 olarak belirtilmiştir."), Y. 12. HD 06. 04. 2001 T. E. 4888 K. 5920 "... Müşteki alacaklının talebi, 'İİK'nın 133. maddesi gereğince icra müdürlüğüne yaptığı başvurunun reddine ilişkin kararın iptaline' yöneliktir. İİK'nın 134. maddesinde belirtilen fesih nedenlerine dayalı bir başvuru bulunmadığından, İİK'nın 134/2. maddesinde öngörülen müştekinin %10 para cezası ile sorumlu tutulması isabetsiz olup . . .", Aynı doğrultuda; Y. 12. HD 01. 05. 2003 T. E. 6705 K. 9741, Y. 12. HD 24. 04. 2001 T. E. 5894 K. 6956 (Uyar, Talih; *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. 6, s. 10032)

<sup>51</sup> Y. İİD 14. 11. 1958 T. E. 6095 K. 5975 "...Alıcı, icra memuru tarafından kendisinden istenen satış bedelini fazla bulsa dahi, bunu şikâyet hakkı mahfuz olmak üzere kendisine verilen mühlet içinde icra dairesine yatırmalıdır. Yatırmayarak şikâyet yoluna gider ve ödeme müddetini geçirirse icra memuru ihaleyi fesheder. Alıcının, şikâyet neticesinde kısmen haklı olması, kendisini mühlet içinde ihale bedelini yatırmak mecburiyetinden kurtarmaz ve icra memurluğunca ihalenin feshine mani olmaz." (Yelekçi/Yelekçi/Gençel; a. g. e., s. 296)



içerisinde yatıracak eğer şikâyeti haklı bulunur ise kendisinden fazla tahsil edilen meblağın iadesi söz konusu olabilecektir. Bu yüzden ihale alıcısının şikâyet hakkını kullanması ihale bedelini süresi içerisinde ödememesinin mazereti ve gerekçesi olamaz.<sup>52</sup> Eğer icra müdürü ihale bedelini eksik olarak hesaplamışsa ve ihale alıcısı tarafından da eksik hesaplanan ihale bedeli yatırılmış ise bu durumda da ihalenin kaldırılmasına karar verilecektir.<sup>53</sup> Yargıtay'da bu yönde karar vermiştir.<sup>54</sup> Ancak bu durumda eksik hesaplama sebebiyle ihalenin kaldırılmasına sebebiyet veren icra müdürlüğünün sorumluluğu doğacaktır. Yine aynı şekilde ihale alıcısının hastalık sebebiyle<sup>55</sup> ya da sanık veya hükümlü sıfatı ile cezaevine girmesi<sup>56</sup> ya da herhangi bir suç isnadı sebebiyle gözüaltına alınması sebepleriyle ihale bedelinin süresi içerisinde ödenmemesi durumunda icra müdürünün ihale kararını kaldırması gerekecektir. Taşınmazın ayıplı çıktığından bahisle şikâyette bulunmuş olması hali de ihale alıcısına süresi içerisinde ihale bedelini ödeme hakkını vermez, böyle bir durumda ihale bedeli yatırılmazsa icra müdürü m. 133'e göre ihale kararını kaldırmakla yükümlüdür.<sup>57</sup> İhaleye fesat karıştırıldığı ya da başka bir sebep ile ihalenin feshi yönünde icra mahkemesine şikâyette bulunulması halinde de ihale alıcısı, ihale bedelini ödemek zorundadır. İhalenin feshi için şikâyette bulunulmuş olması ihale bedelinin ödenmemesini gerektirmez.<sup>58</sup> İcra

<sup>52</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz; *a. g. e.*, s. 372; Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 217; Aslan; Elif K.; *a. g. e.*, s. 151; Uyar, Talih; *Taşınmaz Satışlarında İhale Bedelinin Ödenmemesi*, s. 757

<sup>53</sup> Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 150; Karşı Görüş; Uyar, Talih; *Taşınmaz Satışlarında İhale Bedelinin Ödenmemesi*, s. 757.

<sup>54</sup> Y. 12. HD 05. 04. 1995 T. E. 4586 K. 5049 "...Olayda, alıcıların iyi niyetli bulunmaları, noksan ödemenin satış memurunun hesabı yanlış yapılmasından kaynaklanması sonuca etkili değildir. Sulh mahkemesince yukarıda sözü edilen madde gereğince "satış memurunun ihaleyi feshetmesine" karar verilmesi gerekirken şikâyetin yazılı gerekçe ile reddi isabetsizdir." (Uyar, Talih; *İİK Şerhi*, C. 6, s. 10063)

<sup>55</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz; *a. g. e.*, s. 372; Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1383; Akyazan, Sıtkı; *a. g. e.*, s. 53; Aslan; Elif K.; *a. g. e.*, s. 151; İpekçi, Nizam; *a. g. e.*, s. 549; Uyar, Talih; *Taşınmaz Satışlarında İhale Bedelinin Ödenmemesi*, s. 758; Y. İİD 08. 12. 1958 T. E. 6569 K. 6588 (Uyar; *Taşınmaz Satışlarında İhale Bedelinin Ödenmemesi*, s. 758 dn. 20)

<sup>56</sup> Aslan; Elif K.; *a. g. e.*, s. 151

<sup>57</sup> Olgaç, Senai; *a. g. e.*, s. 992; Y. İİD 10. 03. 1960 T. E. 1908 K. 1842 (Olgaç, Senai; *a. g. e.*, s. 992)

<sup>58</sup> Y. İİD 21. 12. 1957 T. E. 7168 K. 7406 "... İhaleye fesat karıştırıldığı yolundaki şikâyet, verilen müddet zarfında satış bedelinin ödenmesine mani değildir. Verilen müddet zarfında satış bedeli ödenmezse ihale feshedilmelidir. ", Y. İİD 21. 10. 1957 T. E. 6114 K. 6280 (Gürsel, Nurettin; *İcra ve İflas Kanunu ve Tatbikatı*, s. 148); Y. İİD 19. 01. 1951 T. E. 236 K. 350 "... Yapılan arttırma neticesinde en çok bedelle talip olana

mahkemesinde ihalenin feshi davası açılması sebebiyle alıcıya hiçbir şekilde kanunda öngörülen ödeme süresini aşan bir şekilde ek bir mehil verilemez, ihalenin feshi davası gerekçe gösterilerek kanunda öngörülen süre uzatılamaz.<sup>59</sup> İİK m. 134'e göre icra mahkemesinden ihalenin feshinin istenmiş olması, ihale bedelinin ödenmemesi nedeniyle ihale kararının kaldırılmasına ve 133. maddeye göre işlem yapılmasına engel değildir.<sup>60</sup>

Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki, ihale alıcısının ihale bedelini süresinde yatıramaması hali, kişiye bağlı bir mazerete bağlı olarak değil de, örneğin sokağa çıkma yasağı gibi genel bir nedene bağlı olarak gerçekleşmiş ise ve söz konusu engel de sürenin son gününe rastlamış ise bu durumda sürenin engelin kalkmasını izleyen günün çalışma saati sonuna kadar uzamış sayılacağını (m. 19/3 kıyasen) kabul etmek gerekecektir.<sup>61</sup>

Taşınmaz birden fazla kişiye birlikte ihale edilmiş ise bu kişiler ihale bedelinden, şayet açıkça her birinin ihale bedelinin tamamından sorumlu olduklarına ilişkin bir kayıt yer almıyor ve bu konuda bir tahhütleri bulunmuyor ise, bu durumda bu kişilerin ihale bedelinden müştereken sorumlu olduklarını kabul etmek gerekecektir. Müştereken sorumlu oldukları için de her birinin ihale bedeli için eşit miktarda ödemedede bulunması gerekecektir.<sup>62</sup>

---

gayrimenkulün ihale olunması ile alıcı İcra ve İflâs Kanunu'nun 133. maddesi hükümüne ihale bedelini derhal veyahut verilen mehil zarfında vezneye tevdi etmekle mükellef olup borçlu tarafından merciden ihalenin feshinin istenmiş olması alıcıya verilen mühlet bitmeden önce ihale bedelini ödemek külfetinden varestede kılamayacağı belli iken mercice hilafına mütalâa beyanı ile karar verilmesi kanuna aykırıdır. "(Doğruer/Gülyüzlü/Ayan; *İcra ve İflâs Kanunu ve Seçilmiş İçtihatlar*, s. 246)

<sup>59</sup> Karşı Görüş: Ansay, Sabri Şakir; *Hukuk İcra Usulleri II*, s. 228

<sup>60</sup> Berkin, Necmeddin M.; *İcra Hukuku Dersleri*, s. 143; Kuru/Arslan/Yılmaz; *a. g. e.*, s. 373 dn. 35; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 156; Y. İİD 10. 02. 1964 T. E. 1496 K. 1808 "İİK m. 134'e göre tetkik merciinden ihalenin feshinin istenmesi, ihale belinin ödenmemesi sebebiyle m. 133'e göre ihalenin feshine ve aynı maddedeki kanuni formalitelerin tamamlanmasına mani değildir." (Kuru; *a. g. e.*, C. 2, s. 1392); Y. 12. HD 06. 02. 2003 T. E. 2421 K. 2305, Y. 12. HD 15. 03. 1991 T. E. 1990/10375 K. 3241 (Uyar; *Şerh*, C. 6, s. 10053)

<sup>61</sup> Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 220-221; Çatalkaya/Bandakçıoğlu; *a. g. e.*, s. 411-412, *Sn. Çatalkaya ve Bandakçıoğlu'na göre* "Mücbir sebepler ve beklenilmeyen hallerde, ek olarak bir mehil itası mümkündür.

<sup>62</sup> Akyazan, Sıtkı; *a. g. e.*, s. 56; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 132-133; Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 126; İpekçi, Nizam; *a. g. e.*, s. 548.

İhalenin birden çok kişiye yapılması halinde, alıcılardan birinin kendi payına düşen ihale bedelini yatırmasına rağmen diğer alıcı veya alıcılar ihale bedelini ödemez ise bu durumda icra müdürü ihalenin bölünemezliği ilkesi gereği, ihale kararını hepsi hakkında geçerli olmak üzere kaldıracaktır.<sup>63</sup> Ancak kendi payına düşen miktarı ödemeyen alıcının payını diğer alıcı veya alıcıların ödemesi halinde ihale kararı kaldırılmayacaktır.<sup>64</sup> İki ihale alıcısı olması halinde bedelini ödeyen diğer alıcı taşınmazın tamamını mülkiyetini kazanamayacak, aynı şekilde üç ihale alıcısının söz konusu olması halinde diğer iki ihale alıcısının eşit olarak diğer alıcının payını ödemesi durumunda taşınmazın mülkiyetini yarı yarıya kazanamayacak, ya da sadece bir ihale alıcısının, ihale bedelini ödemeyen alıcının payını tek başına ödemesi durumunda da ihale bedelini ödemeyen alıcının hissesinin mülkiyetini de kazanması söz konusu olamayacaktır.<sup>65</sup> İhale bedelinin tamamını ödeyerek taşınmazın almak isteyen diğer alıcının bu yöndeki talebinin kabul edilmesi ve taşınmazın tamamının kendisine ihalesi yönünde icra müdürlüğünce karar verilmesi mümkün değildir.<sup>66</sup> Ancak fazla ödemede bulunan alıcı, ödediği bedelin kendisine iadesi için sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre diğer alıcıya müracaat edebilecektir.<sup>67</sup>

Hissesine düşen ihale bedelini ödemeyen alıcının, diğer alıcı veya alıcılar lehine ihale hakkından feragat etmesi, diğer alıcı veya alıcıların da, feragat eden alıcının hissesine düşen ihale bedelini ödeyerek, taşınmazın feragat eden alıcının hissesine düşen payının mülkiyetini kazanmasına imkân vermez. Böyle bir feragat kanımızca geçersiz olup

<sup>63</sup> Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 221.

<sup>64</sup> Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 221; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 133; Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 451; Y. 12. HD 18. 10. 1982 T. E. 6899 K. 7348 "... İhaleye iştirak edenlerin birisinin satış bedelinin tamamını yatırmasının bütün alıcılar adına sayılacağına, bu nedenle İİK 133. maddesinin tatbikinin söz konusu olamayacağına..."; Karşı görüş: Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1382-1383; Y. İİD 23. 02. 1959 T. E. 938 K. 1081 "... Birlikte pey sürmeleri sebebiyle ihale iki kişi üzerine yapılır, bunlardan biri zamanında hissesine düşen ihale bedelini ödediği halde, diğeri ödemez ve hissesinden diğeri ortağı namına feragat da etmezse, icra memuru ihaleyi feshetmekle mükelleftir. Diğer şerik bedelin tamamını yatırmak istese dahi, ihalenin feshine mani olamaz ve ihale tecezzi etmeyeceğinden ihalenin tamamının feshedilmesi gerekir." (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 469)

<sup>65</sup> Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 221; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 133; Uyar, Talih; *İhalenin Bozulması*, s. 451.

<sup>66</sup> Ögütçü, A. Tahir; *a. g. e.*, s. 109.

<sup>67</sup> Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 133; Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 452.

hukuki sonuç doğurmaz.<sup>68</sup>

İhale bedelinin icra veznesine değil de haricen alacaklıya ödemesi durumunda da ihalenin kaldırılması kararı verilmesi gerekmektedir.<sup>69</sup> Zira icra veznesine değil de haricen alacaklıya ödeme, alacaklının alacağına haciz ya da tedbir koydurmak isteyen üçüncü şahısların bu haklarını ihlal eder niteliktedir.<sup>70</sup> İhale bedelinin bir kısmının icra veznesine bir kısmının haricen alacaklıya verilmesi halinde de icra müdürü ihalenin kaldırılması kararı vermek durumundadır.<sup>71</sup> Ancak Yargıtay eski tarihli bir kararında aksi yönde görüş bildirmiştir.<sup>72</sup>

Ancak özellikle ortaklığın giderilmesine ilişkin satışlarda haricen ödemenin mümkün olabileceği öğretide savunulmuşsa da<sup>73</sup> kanımızca

<sup>68</sup> Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 133; Karşı görüş: Kuru, Baki; *a. g. e.*, s. 1382; Kuru/Arslan/Yılmaz; *a. g. e.*, s. 372; Pehlivanlı, M. Gündüz; *a. g. e.*, s. 981; Y. İİD 23. 02. 1959 T. E. 938 K. 1081 (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 469).

<sup>69</sup> Akyazan, Sitki; *Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi*, s. 52; Kuru, Baki; *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 392 - *İcra ve İflâs Hukuku*, C. 2, s. 1381; Kuru/Arslan/Yılmaz; *a. g. e.*, s. 372; Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 123; İpekçi, Nizam; *a. g. e.*, s. 549; Pehlivanlı, M. Gündüz; *a. g. e.*, s. 981; Uyar, Talih; *İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle İhalenin Feshi*, s. 156; Ancak *Sn. Uyar* konu ile ilgili olarak bir ayırım yaparak, "satış isteyen alacaklıdan önce bir haciz bulunmaması ya da paylaşırma söz konusu olmayan durumlarda, ihale bedelinin yatırılması konusunda alıcılara esneklik tanınmasının, ihalelere katılma oranını, ilgiyi artıracaklarını ve böyle bir uygulamanın hem alacaklının ve hem de borçlunun yararına sonuçlar doğuracağını ifade etmiştir.; Y. İİD 26. 09. 1963 T. E. 9915 K. 10057 "... İhale bedelinin haricen alacaklıya ödenilmiş olması süresinde icra veznesine yatırılmaması sebebiyle ihalenin feshine mani olmaz. "(Demir/Demir/Hınçal; *Tatbikatta İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu*, s. 104- Olgaç/Köymen; *İcra ve İflas Kanunu*, s. 979); Y. 4. HD 03. 03. 1988 T. E. 657 K. 2073, Y. 4. HD 10. 06. 1988 T. E. 4425 K. 5810 (Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1382) Karşı Görüş: Ögütçü, A. Tahir; *a. g. e.*, s. 109; Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın; *Türk Hukukunda Rehin*, s. 265.

<sup>70</sup> Akyazan, Sitki; *a. g. e.*, s. 52; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 154; İpekçi, Nizam; *a. g. e.*, s. 549;

<sup>71</sup> Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1381; Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 216 dn. 23; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 154; Karşı Görüş: Postacıoğlu, İlhan E.; *İcra Hukuku Esasları*, s. 503.

<sup>72</sup> Y. İİD 14. 11. 1958 T. E. 5655 K. 5967 (Kuru, Baki; *age*, C. 2, s. 1381).

<sup>73</sup> Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın; *a. g. e.*, s. 265; Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 445; *Sn. Uyar* konu ile ilgili olarak görüşünü "Üç hissedarı bulunan taşınmazın verilen ortaklığın giderilmesi kararı gereğince satılması sonucunda, ihalede taşınmazı satın alan üçüncü kişi, ihale bedelinin üçte ikisini satış dosyasına, üçte birini de hissedarlardan birisine öderse, ihale bedeli yatırılmış sayılmalıdır. Bunun aksinin düşünülmesi, örneğin ihalenin bu durumda feshedilmesi gerektiğinin ileri sürülmesi, tüm hissedarların çıkarına aykırı düşer. "şeklinde açıklamıştır.; Yelekçi/Yelekçi/Gençel; *a. g. e.*, s. 312 Yazarlar anılan eserde "Hissedara yapılan ihale hissedarın ihale bedelinden bir kısmını haricen alacaklıya ödemesi ve kendi hissesi karşılığını alıkoyarak geri kalanını icraya yatırması caizdir " demektedir. Aynı şe-

burada da ihale bedelinin icra dairesine ödenmesi gerektiği kuralı geçerli olmalıdır.

Yine öğretilerde; ihale bedelinin bir kısmının ödenmiş olması halinde, yatırılan bu kısım takip alacaklısının alacağı ile ödenmesi gerekli diğer alacaklarla, gider ve harçları ödemeye yettiği ve borçlunun da muvafakatının bulunması halinde, ihale alıcısının geri kalan kısım için borçluya teminat mektubu veya senet ile ödemedede bulunabileceği ve alıcıdan sonra en çok teklifte bulunan kişinin şikâyet hakkı bulunmadığı ifade edilmiştir.<sup>74</sup> Kanımızca bu tür bir ödeme şekli de yukarıdaki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere ihale bedeline haciz uygulamak isteyen alacaklıların bu hakkını önlere nitelikte olduğu gibi ayrıca ihaleye girmek isteyip de örneğin peşin ve nakit ödeme şartı yüzünden ihaleye giremeyen üçüncü şahıslara göre, ihale alıcısına ayrıcalık tanınması anlamına gelir.

İhale bedelinin tamamının verilen süre içinde icra veznesine yatırılması gerekmektedir. İcra müdürlüğü tarafından verilen süre içerisinde, ihale alıcısı tarafından ihale bedelinin bir kısmının yatırılması ve süre geçtikten sonra kalan bakiye kısmının ödenmesi ihaleyi geçerli kılmaz ve icra müdürü m. 133 gereğince ihale kararını kaldırmak durumundadır.<sup>75</sup>

kilde: Yelekçi / Yelekçi / Özenç; *a. g. e.*, s. 120; Yelekçi, Memduh; *a. g. e.*, s. 295.

<sup>74</sup> Karahacıoğlu / Doğrusöz / Altın; *a. g. e.*, s. 265; Y. 12. HD 18. 12. 1980 T. E. 7050 K. 9005 "...Olayda satış bedelinin bir kısmı ödenmiş bir kısmı için ise malike (borçluya) senet temlik edilmiştir. Nakden ödenen miktar taşınmazla temin olunan alacaklarla satış gideri ve harçları karşılamaktadır. Bu nedenle alacaklılarla hazinenin zararı söz konusu değildir. Malik senet temlikine muvafakat etmiştir. Dolayısıyla malikin de zararından söz edilemez..." (Arslan; Ramazan; *a. g. e.*, s. 219 dn. 36); Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 122, *Sn. Erturgut'* da yukarıda anılan Yargıtay kararına atıfta bulunarak "Ancak karardan anlaşıldığı üzere, alıcı tarafından yapılacak böyle bir teklifin kabul edilebilmesi için alacaklıların alacağının ve satış giderlerinin nakden ödenmesi gerekir. Bu halde borçluya kalacak miktar için borçlunun kabulü ile senet verilebilir. Bu şekilde senetle ödemenin kabulü, alacaklılara zarar vermemesi nedeniyle uygun görülebilir." demektedir.

<sup>75</sup> Y. İİD 17. 05. 1954 T. E. 1217 K. 2368 "... Mezkûr bedelin müddeti içinde icra veznesine yatırılmaması 133. madde muktezasınca ihalenin feshini müstelzim olduğu ve müddeti içinde tamamen yatırılmayan bedelden noksan kalan kısmının sonradan ödenmesi ihale muamelesinin tekemmülünü icap ettirmeyeceği ve alakalıların hukukuna müessir bulunduğu göz önünde tutularak mercice ihalenin feshi iktiza edip etmediği hususunda bir karar verilmek lazım gelirken bu cihet düşünülmeksizin vaki şikâyetin reddine karar verilmesi yolsuzudur." (Nedimoğlu / Arvas; *a. g. e.*, s. 159).

Ancak ihale bedelinin geç ödenmesi konusunda tüm ilgililerin muvafakati söz konusu olur ise bu durumda ihale bedelinin geç ödenmesi durumunda icra müdürünün ihalenin kaldırılması kararı vermemesi gerektiği öğretilen baskın görüş olarak kabul edilmektedir.<sup>76</sup> Yargıtay'ında aynı yönde görüş bildirdiği görülmektedir.<sup>77</sup> Kanımızca; İhale alıcısına hiçbir şekilde tüm ilgililer muvafakat verseler dahi (10) günü geçecek şekilde bir ödeme süresi verilemez. Zira İcra ve İflas Kanunu'ndaki süreler kesin olup ilgililer bu süreleri sözleşme ya da muvafakat verme suretiyle değiştiremezler. Müddetleri değiştiren bütün mukaveleler hükümsüzdür (İİK m. 20). Dolayısıyla icra müdürü, süreleri değiştiren bu tür sözleşmeleri ve muvafakatleri geçersiz sayarak kanunda öngörülen sürelerle göre işlem yapmak ve ihale alıcısına (10) günü geçen bir süre vermemek durumundadır. Zira ihaleye iştirak etmek isteyip yedi günlük ödeme süresi içerisinde ihale bedelini yatıramayacağını düşünerek ihaleye iştirak edememiş isteklilerin olması mümkündür. Böyle bir durumda, ihale alıcısına bütün ilgililerin muvafakati ile de olsa yedi günü geçen bir ödeme süresi verilmesi, diğer iştirakçilere ya da iştirak etmeyi düşünüp ihaleye girmeyen kimselere karşı, ihale alıcısına ayrıcalık tanınması anlamına gelecektir.

İcra müdürünün resen ihalenin kaldırılması kararı verebileceği hal kanunda açıkça belirlenmiş olup ihale bedelinin ödenmemesi dışında başkaca herhangi bir sebeple ihalenin kaldırılması ya da kanundaki diğer deyimlerle ihalenin feshine karar veremeyecektir.<sup>78</sup>

<sup>76</sup> Belgesay, Mustafa Reşit; *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, 4. Tabı, C. 1,1955, s. 299; Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, 1380; Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 219; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 152; Berkin, Necmeddin M.; *a. g. e.*, s. 140; Postacıoğlu, İlhan E.; *a. g. e.*, s. 504-505; Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 124; Özmumcu, Seda; *Pazarlık Suretiyle Satış*, s. 214.

<sup>77</sup> YİBK, 23. 03. 1955 T. E. 1 K. 5 "...Ancak, muamelede menfaattar olan alakalılarının muvafakatleri halinde ihale tekemmül edeceğinden böyle bir vaziyette para müddet geçtikten sonra verilmiş olsa bile satış memuru ihaleyi feshedemez." (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Yargıtay Yayınları, Hukuk C. 4, s. 605); Y. 12. HD 05. 02. 1979 T. E. 341 K. 828 (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 540-541).

<sup>78</sup> Y. 12. HD 29. 11. 1995 T. E. 16693 K. 16881 "İhalenin feshi İİK 133. maddesindeki nedenlerden dolayı memurlukça ve 134. maddesindeki nedenlerden dolayı mercie yapılacak başvuru üzerine mercice feshedilebilir. Olayda bu iki hale uygun nedenlere dayalı olarak ilgili mercilere yapılan bir başvuru bulunmamaktadır. İcra dairesinin, borçlunun 133. maddesindeki nedenlere dayanmaksızın yaptığı başvuruyu reddetmesi doğrudur." (İpekçi, Nizam; *İcra ve İflâs Kanunu Tatbikati*, s. 561; Y. İİD 30. 05. 1957 T. E. 3475 K. 2663 "İcra memurunun yapılan ihaleyi feshetmesi, İİK'nın 133. maddesinde gösterilen hususa münhasır olup bu madde hükmü dışında kalan

İcra müdürü ihale bedelinin ödenmemesi durumunda gecikmesizin ihalenin kaldırılması kararı vermek durumundadır. Yargıtay'da istikrar kazanan kararlarında, ihalenin kaldırılması kararının gecikmeden verilmesi gerektiğini belirtmiştir;

*"İİK 'nun 133. maddesi incelendiğinde görülmektedir ki, (derhal... parayı vermezse), (üç gün içinde almaya razı olursa), (icra dairesince hemen) gibi ihalenin bir an evvel sonuçlandırılması amacı güden kelime ve ibareler kullanılmıştır. O halde, icra (satış) memuru fesih iradesini, süre verilmişse, bunun hemen hitamında ve her halde maddenin amacına uygun biçimde, kısa ve münasip bir süre zarfında kullanılmalıdır. Bu şekilde alınacak fesih kararını takiben, sonraki en yüksek pey sürene bir muhtıra göndererek teklifde bulunulmalıdır. Bu kişi üç gün içinde almaya razı olduğunu bildirmelidir. Bu sürenin geçirilmesinden sonraki kabul açıklaması da sonuç doğurmaz. Bir an için bunların aksi kabul edilir ise, birçok anlaşmazlıkların doğmasına, ihalelerin sürüncemede kalmasına, keyfi uygulama ve işlemlere yol açılır. Fesih kararının zamanında verilmemesi suretiyle, olayda olduğu gibi artırmadan beş buçuk ay kadar uzun sayılacak bir zaman diliminin geçmesinden sonra, İİK 'nun 133. maddesine göre, fesih kararı verilmesi ve evvelki en fazla pay sürene gayrimenkulün ihale olunması, değerlerdeki kısa sürede vuku bulan çok hızlı fiyat artışları da nazara alındığında, anılan maddenin lafzına ve ruhuna ters düşmekle kalmamakta, zarar unsurunun varlığına yol açmakta ve hatta daha da büyümesine yardımcı olmaktadır."*<sup>79</sup>

*"İİK 133 ve 129. maddelerinin birlikte mütalaası halinde, icra memuru-nun fesih ve teklif yönündeki işlemlerini, sürüncemeye bırakmadan münasip süreler içinde ve süratle yapması icap etmektedir."*<sup>80</sup>

*"Müştekiye 25. 05. 1984 tarihinde ihale yapılmış, satış bedeli peşin veya verilen süre içinde yatırılmamış ise, icra dairesince kendisinden sonra en çok pey sürene teklif yapılması gerekir. Fesih davası açılması, 134. maddenin son fıkrası hükmüne göre ihale bedelinin ödenmemesini gerektirmez. Satış memurluğunca bir evvelki müşteriye teklif, ilk ihale tarihinden çok sonra 22. 05. 1986 tarihinde yapılmıştır. Bu kadar süre geçtikten sonra 133. maddeye*

---

sebeplerden dolayı memurlukça ihale feshedilemeyeceği..." (Özkan, Hasan; a. g. e., s. 771).

<sup>79</sup> Y. 12. HD 24. 12. 1986 T. E. 12821 K. 15075 (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 494-495).

<sup>80</sup> Y. 12. HD 04. 12. 1986 T. E. 2949 K. 13555 (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 497).

göre işlem yapılması yasaya aykırı olup, taşınmazın yeniden ihaleye çıkarılmasını gerektirdiğinden, memurluğun müştekiden sonra en çok pey sürene teklif yapılması hususundaki muamelesinin bozulmasına karar verilmek gerekirken...<sup>81</sup>

“Memurlukça ihale hemen fesh olunmaz ve aradan uzun bir süre geçmesi halinde, 133. maddedeki ihale hükmünün uygulanması imkânsız hale gelmiş ...”<sup>82</sup>

“133. madde de ihale işlemlerinin süratle yapılması öngörülmüştür. Bu nedenle memurlukça ihale hemen fesh edilmediği aradan uzun bir süre geçtiği takdirde bu maddedeki ihale hükmünün uygulanması mümkün olmayıp, taşınmazın yeniden normal ihale hükümlerine göre satılması gerekir. İhale tarihi 08. 04. 1974 olmasına rağmen ihalenin feshine 25. 02. 1980 tarihinde karar verildiğinden, taşınmazın normal ihale hükümlerine göre yeniden ihaleye çıkarılması gerekirken ...”<sup>83</sup>

İcra müdürünün, m. 133’e göre ihale alıcısından sonra en yüksek peyi süren ikinci kişiye teklifte bulunabilmesi ve taşınmazı hemen yedi gün müddetle artırmaya çıkarabilmesi için, ihale alıcısına tanınan ödeme süresi geçtikten sonra hemen ihale kararını kaldırmış olması gerekir. Aksi halde icra müdürünün, taşınmazı normal hükümlere göre yani m. 123 vd. ’na göre yeniden satışa çıkarması gerekecektir.<sup>84</sup>

İhale bedelinin ödenmemesi sebebiyle m. 133 gereğince ihale kararının kaldırılmasına karar verilmiş olması halinde dahi ilgililerin diğer yani m. 134’te sayılan fesih nedenlerinden birinin mevcudiyeti durumunda ihalenin feshi davası açmakta hakları olduğu gibi, icra mahkemesi de ihalenin kaldırılmış olması sebebiyle m. 134’e dayalı olarak ilgililer tarafından açılmış bir davayı davanın konusuz kalmış olması gibi bir gerekçeye dayalı olarak işin esasına girmeden usul yönüyle reddemez. İcra mahkemesi böyle bir durumda, feshi istenen ihale ilgili olarak icra müdürlüğüne m. 133’e dayalı olarak yani ihale bedelinin

<sup>81</sup> Y. 12. HD 13. 10. 1986 T. E. 8829 K. 10402 (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 497).

<sup>82</sup> Y. 12. HD 11. 10. 1984 T. E. 7698 K. 10287 (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 498).

<sup>83</sup> Y. 12. HD 23. 06. 1980 T. E. 3531 K. 5871 (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 499).

<sup>84</sup> Kuru, Baki; *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 390; Kuru/Arslan/Yılmaz; *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 372.



ödenmemesi sebebiyle ihale kararının kaldırılmış olması durumunda dahi önüne gelen bu şikâyeti inceleyip sonuçlandırmak durumundadır.<sup>85</sup> Yargıtay'ın uygulaması ve görüşü de bu yöndedir.<sup>86</sup> Zira bunun özellikle hukuki sonucu m. 133'e göre ihale alıcısının sorumluluğu-

<sup>85</sup> Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1391; Kuru/Arslan/Yılmaz; *a. g. e.*, s. 376 dn. 40; Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 223; Postacıoğlu, İlhan E.; *a. g. e.*, s. 514; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 156; Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 477; Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 134; Muşul, Timuçin; *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 602; Üstündağ; Saim; *a. g. e.*, s. 283; BEKİŞOĞLU, Pertev Rıza (Jurisdiction, S. 1957/4, s. 394); Pekcanitez, Hakan; *a. g. e.*, s. 156-157; Hüdayioğlu, Behçet; *a. g. e.*, s. 168

<sup>86</sup> Y. 12. HD 05. 05. 1994 T. E. 5447 K. 5973 "...Mercice şikâyete konu ihalenin alıcı tarafından bedeli yatırılmadığından İİK'nın 133. maddesi gereğince satışın yeniden yapılabacağı ve bu nedenle konusu kalmayan şikâyet nedenlerinin incelenmesine gerek olmadığından bahisle konusu kalmayan davanın reddine karar verilmiştir. Mercie yapılan başvuru İİK'nın 134. maddesinde sayılan nedenlere dayalıdır. Aynı yasanın 133. maddesine göre ihalenin feshedilmiş olması 134. maddesine göre yapılan şikâyetin incelenmesine engel değildir. Çünkü her iki maddeye göre yapılan ihalenin fesihleri ayrı ayrı sonuçlar doğurur. Şikâyetin esası incelenerek hâsil olacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken konusu kalmayan davanın reddine şeklinde karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır." (Karsli/Koç/Kavasoglu; age, s. 188); Y. 12. HD 27. 02. 1989 T. E. 1988/6581 K. 1989/2722 "...İhale bedelinin peşin ya da verilen süre içinde ödenmemesinden dolayı malın yeniden ihaleye çıkarılması hükmü, ihalenin noksanlıklar ve fesat sebebiyle feshi dileği ile öne sürülmüş şikâyetin incelenmesine engel değildir. Her iki yolun sonuçları yek diğerinden farklıdır. "(Yasa HD , S. 1989/6, s. . 877); Aynı doğrultuda; Y. 12. HD 02. 12. 2005 T. E. 19788 K. 23840, Y. 12. HD 28. 09. 2004 T. E. 15696 K. 20359 (Uyar, Talih; *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. 6, s. 10030-10031), Y. 12. HD 06. 04. 2004 T. E. 4457 K. 9572 (Uyar, Şerh, C. 6, s. 10031 - Eriş, Gönen; *a. g. e.*, s. 679 "Sn. Eriş'in eserinde mezkur kararın tarihi 16. 04. 2004 olarak belirtilmiştir."); Y. 12. HD 28. 10. 2003 T. E. 18936 K. 21078, Y. 12. HD 26. 09. 2003 T. E. 14501 K. 18518, Y. 12. HD 23. 06. 2003 T. E. 12217 K. 14904 (Uyar, Şerh, C. 6, s. 10033-10034); ; Y. 12. HD 23. 12. 1999 T. E. 16683 K. 17215, Y. 12. HD 28. 12. 1999 T. E. 16763 K. 17608, Y. 12. HD 13. 04. 1999 T. E. 4152 K. 4685, Y. 12. HD 08. 04. 1999 T. E. 2946 K. 4409 (Erturgut, Mine; *a. g. e.*, S. 134); Y. İİD 17. 09. 1956 T. E. 4603 K. 4612 (Gürsel, Nurettin; *İcra ve İflâs Kanunu ve Tatbikatı*, s. 148); Y. İİD 23. 09. 1963 T. E. 9506 K. 9792 (Çatalkaya/Bandakçioğlu; age, s. 419); Y. İİD 30. 12. 1963 T. E. 14038 K. 10041 (Demir/Demir/Hınçal; *a. g. e.*, s. 104); Y. 12. HD 21. 12. 1992 T. E. 7457 K. 16736 (Pehlivanlı, M. Gündüz; *a. g. e.*, s. 990); Y. İİD 21. 01. 1964 T. E. 390 K. 756 (Çatalkaya / Bandakçioğlu; *a. g. e.*, s. 418); Y. 12. HD 06. 07. 1987 T. E. 1986 K. 8291, Y. 12. HD 11. 06. 1987 T. E. 1986/10495 K. 7704, Y. 12. HD 10. 11. 1986 T. E. 1658 K. 11906, Y. 12. HD 08. 07. 1986 T. E. 1985/14070 K. 8075, Y. 12. HD 11. 11. 1985 T. E. 3352 K. 9298, Y. 12. HD 30. 10. 1985 T. E. 3110 K. 8781, Y. 12. HD 21. 03. 1985 T. E. 12914 K. 2633, Y. 12. HD 17. 02. 1983 T. E. 145 K. 1132 (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 500-503); Y. 12. HD 06. 05. 1986 T. E. 11245 K. 5351, Y. 12. HD 29. 11. 1988 T. E. 2155 K. 14575, Y. 12. HD 19. 12. 1988 T. E. 3413 K. 15709 (Kuru, Baki; *İcra ve İflâs Hukuku*, C. 2, s. 1393); Y. 12. HD 23. 01. 2001 T. E. 78 K. 917, Y. 12. HD 09. 03. 2000 T. E. 3298 K. 4103 (Uyar; *Taşınmaz Satışlarında İhale Bedelinin Ödenmemesi*, s. 761 dn. 43)

nu düzenleyen hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında toplanmaktadır. Eğer bu konuda açılacak bir dava ile ilgili olarak icra mahkemesinin şikâyeti usulden reddetmesi, ihale alıcısının ve kefillerinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. İcra mahkemesinin yapılan şikâyet üzerine esastan inceleme yaparak ihalenin feshi kararı vermesi durumunda ihale alıcısının ve kefillerinin sorumluluğunun ortadan kalkması gibi bir hukuki sonuç ortaya çıkabilecektir. Aynı şekilde ihalenin feshi davasının reddedilmiş olması da İİK'nın 133. maddesine göre şikâyette bulunmayı engellemez.<sup>87</sup>

Diğer önemli bir nokta da; İcra mahkemesinde ihalenin feshi davasının açılması durumunda icra müdürünün m. 133 gereğince işlemlere devam edip edemeyeceği meselesidir. Kanımızca, icra mahkemesinde ihalenin feshi davasının açılmış olması icra müdürünün m. 133 gereğince yapmak durumunda işlemleri (ihale kararının kaldırılmasına karar vermek, ikinci en yüksek pey sürene teklif götürmek, taşınmazı yeniden satışa çıkarmak gibi) icra etmesine engel teşkil etmeyecektir.<sup>88</sup> İcra mahkemesince m. 133 hükümlerinin uygulamasına ilişkin bir tedbir kararı verilmediği müddetçe icra müdürü m. 133 hükümlerinin gereğini yerine getirmek durumundadır. Aksi durum yani ilk ihale ile ilgili olarak ihalenin feshi davası açılması durumunda icra müdürünün bunu bekletici mesele sayarak m. 133'ü uygulamaması durumunda, m. 133 hükmünün uygulanırlığı ortadan kalkacak ve maddenin konuluş amacına tamamen aykırı bir durum meydana gelecektir. Dolayısıyla icra müdürü icra mahkemesinin aksi yönde bir tedbir kararı bulunmadıkça m. 133'de prosedürü işletmek durumundadır. İcra müdürünün re'sen, açılan ihalenin feshi davası nedeniyle m. 133 gereğince taşınmazın yeniden çıkarılması konusunda imtina etmesi ve davayı kendi başına bekletici bir sebep olarak gösterip, "*ihalenin feshi davası kesinleşinceye kadar, tamamlayıcı artırmanın yapılmamasına karar verildi*" şeklinde bir gerekçeyle tamamlayıcı artırmayı mevcut düzenleme çerçevesinde ertelemesi mümkün gözükmemektedir. Zira kanun bu konuda bir ayırım yapmaksın icra müdürünün, ihale bedelinin ödenmemesi sebebiyle ihale kararının kaldırılması durumunda derhal tamamlayıcı artırmaya gitmesi gerektiği yönünde emredici bir hükümle icra müdürünü bu

<sup>87</sup> Y. 12. HD 15. 03. 1993 T. E. 1731 K. 5281 (YKD, 1993/7, s. 1023)

<sup>88</sup> Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 223; Postacioğlu, İlhan E.; *a. g. e.*, s. 515; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 156.

işlemi gerçekleştirmesini zorunlu kılmış bu konuda kendisine hiçbir şekilde genel bir ifade ile olsa dahi takdir yetkisi tanımamıştır. Bu yüzden ihalenin feshi davası açılması durumunda tamamlayıcı artırmanın yapılıp yapılmayacağı konusunda yetki, kanımızca icra mahkemesinin olmalıdır. Ancak bu konuda yani ilk ihalenin kaldırılması kararı var iken aynı zamanda ihalenin feshi davasının açılması durumunda tamamlayıcı artırmanın gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği, erteleme ve tedbir kararı verilecek ise bunun ne şekilde, hangi şartlarla ve hangi merci tarafından yapılabileceği hususunda açık bir düzenlemenin yapılması da kanımızca daha sağlıklı olacaktır.

İcra mahkemesinin tedbir kararı sebebi ile m. 133 uygulanması bekletilmiş ve icra mahkemesi yargılama neticesi ihalenin feshi talebinin reddine karar vermiş ise bu durumda, icra müdürü ihalenin kaldırılması kararı üzerine m. 133'e dayalı olarak tamamlayıcı artırma işlemlerine devam edebilecektir. Ancak şu hususu da belirtmeliyiz ki ihalenin feshi talebinin reddi kararı oldukça uzun bir zaman geçtikten sonra verilmiş ise m. 133'te öngörülen prosedürün uygulanma imkânı da kanımızca ortadan kalkacaktır. Özellikle bu yüzden icra mahkemesi, dosya kapsamından ihalenin feshi yönünde ciddi bir kanaat taşıyor ise tedbir kararı vermemelidir. Aksi halde m. 133'ün uygulanırlığı fiili olarak ortadan kalkacaktır.

İcra mahkemesinin m. 134'e göre ihalenin feshine karar vermesi ve bu kararın kesinleşmesi durumunda ise, icra müdürü m. 133'e göre işlem yapmaya devam edemeyecektir. Eğer taşınmaz, alıcıdan evvel en yüksek pey sürene ya da yedi günlük tamamlayıcı artırma sonucunda en çok artırana ihale edilmiş ise bu durumda ihalenin m. 134 gereğince icra mahkemesince feshedilmesi ve fesih kararının kesinleşmesi ile birlikte m. 133'e göre yapılan ihale de hükümsüz kalacaktır.<sup>89</sup> Çünkü m. 133'e göre işlem yapılabilmesinin ön şartı ilk ihalenin geçerli bir ihale olması ve yalnız satış bedelinin ödenmemesi nedeniyle feshedilmiş bulunmasıdır.<sup>90</sup> İcra müdürünün m. 133'e göre taşınmazı resen yeniden artırmaya çıkarabilmesi için, geçerli bir ihalenin varlığı zorunludur. Eğer ortada geçerli bir ihale yok ise, icra müdürünün de, ihale alıcısı-

<sup>89</sup> Kuru, Baki, *a. g. e.*, C. 2, s. 1394; Postacıoğlu, İlhan E.; *a. g. e.*, s. 515; Berkin, Necmeddin M.; *a. g. e.*, s. 143; Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 223-224; Uyar, Talih; *Taşınmaz Satışlarında İhale Bedelinin Ödenmemesi*, s. 761; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 156.

<sup>90</sup> Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1394; Postacıoğlu, İlhan E.; *a. g. e.*, s. 515; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 156.

nın ihale bedelini ödememesi sebebiyle m. 133 gereğince resen tamamlayıcı artırmaya gitmesi de söz konusu olmayacaktır. İcra müdürünün 133. maddeyi işleterek taşınmazı resen satışa çıkarması ancak usulüne uygun olarak gerçekleştirilmiş ilk ihalenin varlığına bağlıdır.

İhalenin kaldırılması kararı ile birlikte ihale anında alıcıya geçen taşınmazın mülkiyeti geçmişe etkili olarak tekrar borçluya geçer.<sup>91</sup> İhalenin kaldırılması kararı ile taşınmazın nef'i, hasarı ve masrafı artık alıcıya ait olmak üzere değil, borçlu ve alacaklıya ait olmak üzere icra dairesince idare edilir.<sup>92</sup> Alıcı ihale kararı ile ihalenin kaldırılması kararı arasında kalan süreç içinde taşınmaz için bir takım masraflar yapmış ise m. 133 gereğince iki ihale bedeli arasındaki fark ve gecikme faizinden doğan sorumluluğundan bu masrafların bedelini de mahsup edebilir.<sup>93</sup>

### İhale Alıcısından Sonra En Yüksek Pey Süren İştirakçiye Teklif Yapılması

İcra müdürü ihalenin kaldırılması kararı verdikten sonra bu durumda ihale bedelini ödemeyen alıcıdan sonra en yüksek peyi veren ihale iştirakçisine; 129. madde de öngörülen şartlara uygun bulunması ve bu kişinin de adresinin icra dairesince bilinmesi durumunda bir muhtıra yazarak ilk taliplinin ihale bedelini ödememesi ve ondan sonra gelen en yüksek peyin kendisi tarafından verildiğini bu peyin ödenmesi durumunda taşınmazın kendisine ihale edilebileceğini buna ilişkin olarak da muhtıranın kendisine tebliği tarihinden itibaren üç gün içinde taşınmazı almak isteyip istemediğinin bildirilmesi istenir (m. 133, f. 1, c. 2). İcra müdürü m. 133/1 hükmü gereği, ikinci en yüksek pey süren iştirakçiye yapacağı teklifi *mümkün olan en kısa süre içeri-*

<sup>91</sup> Ansay, Sabri Şakir; *a. g. e.*, s. 229; Arar, Kemal; *İcra ve İflâs Hüükümleri*, s. 301; Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 227; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 158; Belgesay, Mustafa Reşit; *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 1955, s. 298; Öğütçü, A. Tahir; *a. g. e.*, s. 109; Üstündağ, Saim; *a. g. e.*, s. 279; Reşit, Mustafa; *a. g. e.*, s. 182; Yıldırım, M. Kâmil; *a. g. e.*, s. 147; Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 477.

<sup>92</sup> Ansay, Sabri Şakir; *a. g. e.*, s. 229; Belgesay, Mustafa Reşit; *a. g. e.*, s. 298; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 158; Üstündağ, Saim; *a. g. e.*, s. 279; Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 477.

<sup>93</sup> Ansay, Sabri Şakir; *a. g. e.*, s. 229; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 158; Üstündağ, Saim; *a. g. e.*, s. 279; Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 477-478.

*sinde* yapması gerekecektir.<sup>94</sup>

Teklif yapılacak iştirakçi, müşterek olarak ihaleye giren birden fazla kişiden oluşuyor ise bu durumda muhtıranın her birine ayrı ayrı tebliği gerekecektir.

İcra dairesinin ihale kararının kaldırılması üzerine ikinci en yüksek peyi ileri süren kişiye teklifte bulunabilmesi için kanun iki şart aramaktadır. Bunlardan birincisi 129. madde de öngörülen karşılama prensibine uygun bir pey ileri sürmesi ve bu kişinin de adresinin icra dairesince bilinmesi zorunludur. Eğer ikinci en yüksek pey, 129. madde de öngörülen şartlara yani karşılama prensibine uygun (ilk artırma için %60 + rüçhanlı alacaklar + satış ve paylaşırma masrafları; ikinci artırma için %40 + rüçhanlı alacaklar + satış ve paylaşırma masrafları) bir meblağ teşkil etmiyor ise bu durumda icra müdürü ikinci en yüksek pey süren iştirakçiye teklifte bulunamayacaktır. Aynı şekilde ikinci pey süren kişiye teklifte bulunabilmesi için de bu kişinin adresinin icra dairesince bilinmesi gereklidir. Eğer iştirakçinin adresi bilinmiyorsa icra dairesi bu durumda m. 133 gereğince teklifte bulunamayacak, teklifte bulunmak ve muhtırayı tebliğ etmek içinde, iştirakçinin tebliğe yarar adresini araştırmak durumunda da olmayacaktır. Zira kanun açıkça iştirakçinin adresinin biliniyor olması durumunda kendisine teklif yapılacağını belirtmiş olup icra dairesine adresi bilinmiyor ise adresinin tespiti için araştırma yapmak görevi de yüklememiştir.

İkinci en yüksek pey süren iştirakçi kendisine tebliğ olunan muhtıranın tebliğ tarihinden itibaren üç gün içerisinde icra dairesine müracaatla taşınmazı almak istediğini beyan ederse bu durumda taşınmaz kendisine ihale edilir. Kanımızca burada, eğer bedeli ödemeyen ilk ihale alıcısına peşin ödeme şartı getirilmemiş, örneğin, kanunda icra müdürünün takdirine bırakılan azami on günlük süre tanınmış ise bu

<sup>94</sup> Y. 12. HD 22. 06. 2004 T. E. 12479 K. 16491 "İİK'nın 133. maddesi uyarınca icra müdürünün ihale kararını kaldırdıktan sonra, hemen en yüksek teklifte bulunan kimseye muhtıra göndermesi gerekir. Her ne kadar teklif için madde de bir süre öngörülmemiş ise de, yasa koyucunun amacı, ihalenin bir an evvel sonuçlandırılmasıdır. İki yılı aşkın bir süre geçtikten sonra alıcıdan önce en çok pey süren kişiye teklif edilmesi maddenin amacına aykırıdır. Taşınmazın normal ihale prosedürü içerisinde yeniden ihaleye çıkarılması gerekir. "; Y. 12. HD 31. 03. 1997 T. E. 1451 K. 3961, Y. 12. HD 14. 11. 1996 T. E. 12903 K. 14307, Y. 12. HD 27. 10. 1994 T. E. 12283 K. 13114, Y. 12. HD 29. 06. 1996 T. E. 7852 K. 11775, Y. 12. HD 24. 12. 1986 T. E. 12821 K. 15075 (Uyar, Talih; *İİK Şerhi*, C. 6, s. 10037-10043).

durumda ikinci en yüksek peyi süren kişinin üç gün içerisinde, kabul beyanı ile birlikte teklif ettiği bedeli ödeme zorunluluğu yoktur.<sup>95</sup> Eğer icra dairesince hazırlanan şartnamede on güne kadar süre verilebileceği belirtilmiş ve ilk ihale alıcısına da bu süre verilmiş ise, ikinci en yüksek peyi süren kişiye de müracaat tarihinden itibaren on günlük ödeme süresi tanınmalıdır. Eğer şartname de ihale bedelinin derhal peşin olarak ödenmesi istenmiş ve ilk ihale alıcısının da peşin ödememesi sebebiyle ihale kararının kaldırılmasına karar verilmiş ise artık icra dairesi ikinci en yüksek peyi süren iştirakçiye peşin ödeme dışında farklı bir ödeme seçeneği sunamaz ve kendisine bu konuda mehil veremez.

İhale alıcısından sonra en fazla peyi süren kişiye yapılacak tebligatın usulüne uygun olması gerekmektedir. Tebligatın usulsüz olması halinde, en fazla ikinci peyi süren kişi, m. 133 hükmü gereğince tamamlayıcı artırma ile taşınmazın satışının gerçekleştirilmesi durumunda, usulsüz tebligatı öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içerisinde başkasına yapılmış olan bu ihalenin feshini isteyebilecektir.<sup>96</sup>

İhale kararının kaldırılmasından sonra alacaklı ve borçlunun icra dairesine müracaatla 133. maddenin uygulanmasından vazgeçtiklerini beyanla, icra müdürünün re'sen m. 133 hükmünü uygulamasını ve ikinci en yüksek peyi süren kişiye teklifte bulunmasını engelleyemezler. İcra müdürü alacaklı ve borçlunun birlikte bu şekilde beyanda bulunmaları halinde dahi m. 133 hükmünün gereğini yerine getirmek durumundadır.<sup>97</sup>

İkinci en yüksek peyi süren kişiye teklif yapılması durumunda, borçlunun borcu ödemesi suretiyle satışın düşürülmesi mümkün olabilecek midir?

İhalenin kaldırılması kararının verilmesinden hemen sonra ikinci en yüksek peyi süren kişiye muhtıranın tebliğinden önce borçlunun takip konusu borcunu ödemesi ile hakkında yapılan icra takibi son bulacağından, taşınmazın satılmasına gerek kalmayacak ve dolayısıyla da ikinci en yüksek peyi süren kişiye teklif yapılmasına gerek kalma-

<sup>95</sup> Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 163; Uyar, Talih; *Taşınmaz Satışlarında İhale Bedelinin Ödenmemesi*, s. 762; Karşı Görüş: Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1402.

<sup>96</sup> Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1400; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 165; Gökçe, Ziya; *a. g. m.*, s. 32; Y. 12. HD 08. 07. 1980 T. E. 4658 K. 6039 (Uyar, Talih; *İİK Şerhi*, C. 6, s. 10086-10088).

<sup>97</sup> Y. 12. HD 04. 11. 1996 T. E. 12852 K. 13573 (Uyar, Talih; *Şerh*, C. 6, s. 10059).

yacaktır.<sup>98</sup> Ancak öğretilerde icra dairesinin, en yüksek ikinci peyi süren kişiye çıkaracağı muhtıranın tebliğinden sonraki üç günlük süre içerisinde teklifi ile bağlı olduğu dolayısıyla bu süreç içerisinde borçlunun takip konusu borcu ödemesi ile iştirakçiye taşınmazın kendisine ihale edilmesine diğer bir deyişle devrine engel olamayacağı ifade edilmektedir.<sup>99</sup> Kanımızca, iştirakçinin gayrimenkulü alması yönündeki icra dairesinin teklifine vereceği cevap anına kadar borçlunun borcunun ödeyerek taşınmazın devrine engel olması mümkün olabilmelidir.<sup>100</sup> Ancak iştirakçinin icra dairesine kabul teklifinin ulaşmasından sonra borçlunun ödeme yapmak istemesini beyan etmesi, satışa konu taşınmazın ikinci en yüksek peyi süren kişiye ihale edilmesini engelleyemeyecektir.

<sup>98</sup> Kuru, Baki; *İcra ve İflas Hukuku*, s. 393 dn. 29; Postacıoğlu, İlhan E.; *İcra Hukuku Esasları*, s. 508 dn. 78; s. 473; Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 230; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 164; Uyar, Talih; *İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle İhalenin Feshi*, s. 158; Y. İİD 16. 11. 1962 T. E. 11989 K. 12575 (Kuru; *İcra ve İflas Hukuku*, s. 393 dn. 29); Y. 12. HD 20. 06. 1978 T. E. 5850 K. 5781 "İİK'nın hükümlerine göre de icra memurluğunca kendisine henüz bir teklif de yapılmamıştır. Ve bundan dolayı da kanuni usule uygun icra memurluğunca müştekiye ihaleye ait bir karar alınmadığı cihetle akit durumuna da geçmemiştir. Bu halde, hakkında yapılan icabi bir muameleden dönüş bahis konusu olmadığından, icra memurluğunca yapılan işlemde yasaya aykırı bir cihet yoktur." (Uyar, Talih; *Şerh*, C. 6, s. 10091-10092); Karşı Görüş: Akyazan, Sıtkı; *a. g. e.*, s. 58; Y. İİD 19. 01. 1959 T. E. 262 K. 257 (Akyazan, *a. g. e.*, s. 58).

<sup>99</sup> Üstündağ, Saim; *a. g. e.*, s. 280 dn. 905; Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1396; Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 230; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 163; Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 480; Y. 12. HD 18. 11. 1994 T. E. 14114 K. 14496 "İhale alıcısı, verilen süre içerisinde ihale bedelini yatırmadığından İİK'nın 133. maddesi uyarınca ihale kararı kaldırılarak alıcıdan önce en çok peyi süren kişiye teklifte bulunulmuş, bu arada borçlu icra müdürlüğüne gelerek borcu ödeyeceğini bildirerek satış yapılmamasını istemiş, icra müdürlüğüne kendisine muhtıra gönderilen kişi taşınmazı almadığı takdirde talebinin nazara alınacağına karar verilmiş, borçlu bu karar hakkında mercie şikayette bulunmuştur. İhalenin feshi üzerine alıcıdan önce peyi süren üçüncü kişinin koşulları mevcut ise taşınmazı satın alma hakkı doğmuştur. Borçlunun borcu ödeme taahhüdünün kabul edilmesinde bir usulsüzlük yoktur. Bu itibarla merci kararı onanmalıdır." (Uyar, Talih; *Şerh*, C. 6, s. 10065).

<sup>100</sup> Postacıoğlu, İlhan E.; *a. g. e.*, s. 508 dn. 78; Y. 12. HD 20. 06. 1978 T. E. 5850 K. 5781 "...Teklif yapılmış olsa dahi muamele tekemmül etmeden borcun itfasi dolayısıyla icra takibi bertaraf edildiği cihetle, haczedilen bir malın satışı da bahis konusu edilemez." (Uyar, Talih; *Şerh*, C. 6, s. 10091-10092).

### Taşınmazın Yeniden Artırmaya Çıkarılması (Tamamlayıcı Artırma)

İkinci en yüksek pey süren kişinin muhtıraya üç gün içerisinde cevap vermemesi ya da olumsuz cevap vermesi ya da bulunamaması (adresinin bilinmemesi ya da belirttiği adresine gönderilen muhtiranın bila tebliğ iade olması) durumunda taşınmaz icra dairesince *hemen* artırmaya çıkarılır (m. 133, f. 1, c. 3). Aynı şekilde yukarıda yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz üzere ikinci en yüksek peyin 129. maddede deki koşulları sağlamaması durumunda da halinde de taşınmaz icra dairesince derhal artırmaya çıkarılacaktır. Kanun koyucu maddede ki düzenlemede icra dairesinin taşınmazı yeniden satışa çıkarması konusunda kesin bir süre koymamış ancak satışın ivedilikle yapılması konusundaki görüşünü ifade için sadece “*derhal*” kelimesini kullanmıştır. Bu sebeple icra dairesine taşınmazı yeniden çıkaracağı zamanın tayini konusunda net bir süre verilmemekle birlikte derhal kelimesinden bunun ivedilikle satışa çıkarılması gerektiği tartışmasıdır. Asla bu süre kanun koyucunun amacını engelleyici bir süre olmamalı kesinlikle kabul edilebilir makul bir süre olmalıdır.<sup>101</sup> Şayet taşınmaz icra müdürünce makul sürede satışa çıkarılmaz ise bu durumda artık m. 133 gereğince taşınmazın satışının gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu durumda artık taşınmazın normal prosedüre göre yani m. 123 vd. hükümlerine göre yeniden satışa çıkarılması gerekecektir.<sup>102</sup>

Kanımızca, İcra ve İflâs Kanunu’nda yapılacak bir düzenleme ile örneğin; İİK m. 61/1’de yer alan “*Ödeme emri borçluya takip talebinden itibaren nihayet üç gün içinde tebliğe gönderilir*”, m. 62/2’de yer alan “*Takibe itiraz edildiği, 59. maddeye göre alacaklının yatırdığı avanstan karşılanmak suretiyle üç gün içinde bir muhtıra ile alacaklıya tebliğ edilir*”, m. 79/1’de yer alan “*İcra dairesi talepten nihayet üç gün içinde haczi yapar*” hükümlerinden kıyasen hareketle, icra müdürünün ihale bedelinin

<sup>101</sup> Y. 12. HD 11. 03. 1996 T. E. 3017 K. 3201 “...İİK’nın 133. maddesinde bir süre öngörülmemiş ise de taşınmazın İcra Müdürlüğünce hemen satışa çıkarılacağı belirtildiğinden, bu sürenin makul bir süre olması gerekir. İcra Müdürlüğü bu maddeye göre satışın yapılması istemini reddetmekle fiili bir durum yaratmış, aradan da on aya yakın bir süre geçmiştir. Bu maddeye göre satış yapılması olanaksızdır. Normal prosedür işletilerek satışa karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile karar verilmesi isabetsizdir.” (Karslı/Koç/Kavasoglu; *İcra ve İflas Kanunu*, s. 188).

<sup>102</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz; *a. g. e.*, s. 372; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 165; Özkes, Muhammet; *a. g. e.*, s. 174.



ödenmemesi sebebiyle derhal vereceği ihale kararının kaldırılması kararından sonra **en geç üç gün** içerisinde eğer ihale alıcısından sonra en yüksek ikinci pey süren iştirakçi var ise ve bu kişinin teklif ettiği bedel m. 129'daki şartlara uygun ise bu kişiye muhtıra tebliğine karar vermesini ve aynı süre içinde muhtıranın tebliğe çıkarılmasını, teklife olumlu cevap verilmez ise yine **en geç üç gün** içinde taşınmazın yeniden satışına karar verilmesini, tamamlayıcı artırmanın ise ihale kararının kaldırılmasından sonra **en geç (1) ay** içerisinde yapılmasını sağlayan ve bu konudaki tereddütleri ortadan kaldıran yasal düzenlemeler gerçekleştirilebilir.

Taşınmazın hemen artırmaya çıkarılması için, alacaklının yeni bir satış talebinde bulunmasına gerek bulunmamaktadır.<sup>103</sup> İcra müdürünce hiçbir talebe bağlı olmaksızın re'sen satışına karar verilerek satış işlemlerine başlanılacaktır.

İcra dairesi, daha önce ödenmiş olan satış avansı, bu artırmanın da giderlerini karşılayacak miktarda ise onunla, yeterli değilse, satış isteyen alacaklıdan bu giderleri alarak artırmayı kendiliğinden yapmalıdır. Alacaklı bu giderleri ödemezse satışın düşmesine karar verilmelidir.<sup>104</sup> İcra dairesi taşınmazın ilk artırmaya çıkarılması için alacaklı talepte bulunduğu zaman bu olasılıkları düşünerek satış avansı ona göre talep etmelidir. En azından m. 133'e göre yapılacak artırma masraflarını kendisine tebliği için, alacaklıdan gerekli posta giderini almalıdır.

Taşınmazın derhal satışa çıkarılması durumunda ilgililerin her birine ayrıca satış ilanı tebliğ edilmez sadece satış tarihinden en az yedi gün önce yapılacak bir ilan ile yetinilir(m. 133, f. 1,c. 4).<sup>105</sup> İlan tarihi ile satış tarihi arasında en az yedi günlük bir süre bulunması zorun-

<sup>103</sup> Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1402; Özekes, Muhammet; İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle Yapılan Artırma (Tamamlayıcı Artırma), (DEÜHFD, S. 2003/1, s. 174); Reşit, Mustafa; Yeni İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Birinci Kitap İcra, s. 183.

<sup>104</sup> Özekes, Muhammet; *a. g. e.*, s. 174

<sup>105</sup> Y. 12. HD 20. 05. 1986 T. E. 10751 K. 6044 "... Anılan madde hükmü gereği olarak bu artırmanın ilgililere tebliği lüzum olmayıp, yalnızca satıştan en az yedi gün önce yapılan ilanla yetinilir. "; Y. 12. HD 12. 04. 1984 T. E. 1645 K. 4477, Y. 12. HD 12. 04. 1984 T. E. 3641 K. 6028, Y. 12. HD 04. 11. 1980 T. E. 6453 K. 7785, Y. 12. HD 24. 03. 1980 T. E. 898 K. 2728 (Uyar, Talih; İhale ve İhalenin Bozulması, s. 514-515); Y. 12. HD 24. 04. 2002 T. E. 7665 K. 8424 "...İkinci ihalede İİK'nın 133. maddesi gereğince, ilgililere tebliğ yapılmaksızın ilanla yetinilmiş olması da, anılan maddeye aykırılık teşkil etmeyeceğinden..." (Eriş, Gönen; *a. g. e.*, s. 677)

ludur.<sup>106</sup> Yapılacak ilanın yine ilk ihalede hangi usulle yapıldı ise aynı yöntemle satışın ilan edilmesi gerekecektir.<sup>107</sup> İlan, m. 126'da öngörülen hususların tamamını içermek zorunda olmasa da, asgari unsurları (artırmanın yapılacağı yer, gün ve saat ile taşınmazın özellikleri) ve tamamlayıcı artırmanın özelliklerine ilişkin unsurları ihtiva etmelidir. Ancak 126. maddenin 2. fıkrasının 3. ve 4. bentteki hususların yer alması gerekli olmadığı gibi m. 133'ün mahiyetine de uygun düşmemektedir.<sup>108</sup>

Bu ikinci ihalede ileri sürülen peyin 129. madde deki şartları ihtiva etmesi durumunda taşınmaz an çok artırana ihale olunur (m. 133, f. 1, c. 5). Örneğin ihale birinci artırma sonunda gerçekleşmiş ve satış bedeli gerek ihale alıcısı gerekse en yüksek peyi süren ikinci kişi tarafından hangi gerekçe ile olursa olsun (gerek teklifi kabul etmeme gerek-

<sup>106</sup> Y. 12. HD 06. 12. 2004 T. E. 19533 K. 25191 "...İİK'nın 133/1. maddesinde belirtildiği gibi satış günü ilgililere tebliğ edilmeyip satıştan en az yedi gün önce yapılacak ilanla yetinileceği açıklandığına göre, 03. 06. 2004 tarihinde yapılan ilana göre satışın 11. 06. 2004 tarihinde yapılması gerekirken 7. gün 10. 06. 2004 tarihinde ihalenin gerçekleştirilmesi yasanın amir hükmüne aykırıdır. ", Y. 12. HD 23. 10. 2000 T. E. 14828 K. 15704, Y. 12. HD 25. 01. 2000 T. E. 1999/17307 K. 810 (Uyar, Şerh, C. 6, s. 10034-10035); Y. 12. HD 09. 05. 1984 T. E. 2924 K. 6210 "İlandan itibaren yedi gün geçmeden satış yapılamayacağına, satışın bu süre geçtikten sonra yapılmasına yasal mani olmadığı gibi talebi ve talibi de artıracığına...", Y. 12. HD 26. 05. 1983 T. E. 3641 K. 4223, Y. 12. HD 21. 04. 1983 T. E. 1918 K. 3109, Y. 12. HD 25. 10. 1982 T. E. 6472 K. 7685 (Uyar, Talih; İhale ve İhalenin Bozulması, s. 524-526); Y. İİD 19. 11. 1953 T. E. 4765 K. 5605 "... İlan tarihinden itibaren yedi gün tamam olmadıkça artırma ve ihale yapılamayacağına ve hadisede ilanın yapıldığı tarihten itibaren yedi gün geçmeksizin ihale yapıldığı anlaşılmış olduğundan mezkûr ihalenin feshi lazım gelmesine göre..." (Doğruer/Güteryüzlü/Ayan; a. g. e., s. 250); Y. İİD 26. 03. 1956 T. E. 1667 K. 1758 (Öğütçü, A. Tahir; a. g. e., s. 110); Y. 12. HD 18. 09. 1978 T. E. 7193 K. 7154 (Özkan, Hasan; a. g. e., s. 782-783); Y. 12. HD 28. 12. 1984 T. E. 14932 K. 13725 (Yasa HD, S. 1985/8, s. 1146-1147); Y. 4. HD 12. 12. 1987 T. E. 9022 K. 9320, Y. 12. HD 28. 12. 1984 T. E. 14932 K. 13725 (Kuru, Baki; a. g. e., C. 2, s. 1403).

<sup>107</sup> Y. 12. HD 16. 01. 1989 T. E. 1988/4342 K. 1989/211 "...İİK'nın 133. maddesine göre ikinci ihalenin ilgililere ayrıca tebliğinde yasal mecburiyet bulunmamasına rağmen merciin aksi görüşünde isabet yoksa ise de icra müdürlüğünce feshedilen ilk açık artırmanın gazete ile ilanının kararlaştırılmış bulunmasına, İİK'nın 133. maddesine göre, ikinci defa arttırmaya çıkarılma halinin aynı şekilde ilanı gerekmesine..." (Karslı / Koç / Kvasoğlu; a. g. e., s. 188).

<sup>108</sup> Akyazan, Sıtkı; a. g. e., s. 60; Arslan, Ramazan; a. g. e., s. 231, Kuru, Baki; a. g. e., C. 2, s. 1404; Özekes, Muhammet; a. g. e., s. 175; Aslan, Elif K.; a. g. e., s. 166; Uyar, Talih; Taşınmaz Satışlarında İhale Bedelinin Ödenmemesi, s. 766; Y. 12. HD 13. 05. 1986 T. E. 10969 K. 5635 (Uyar, Talih; İhale ve İhalenin Bozulması, s. 515-516); Y. İİD 21. 05. 1957 T. E. 3572 K. 3711 (Uyar; İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle İhalenin Feshi, s. 159-162).

se süresi içerisinde bedelin yatırılmaması) ödenmeyerek ihale kararı kaldırılmış ise bu durumda 133. maddeye göre yapılan tamamlayıcı artırmada birinci artırmada arana şartlar (muhammen bedelin %60'ı + var ise rüçhanlı alacaklar + satış ve paylaşırma masrafları) aranacaktır. Eğer ikinci artırmada ihale kararı verilmiş ve yine ihale bedelinin ödenmemesi nedeniyle ihale kararının kaldırılarak tamamlayıcı artırmaya gidilmesi halinde de bu durumda da ikinci artırmadaki ihale şartı (muhammen bedelin %40'ı + var ise rüçhanlı alacaklar + satış ve paylaşırma masrafları) aranacaktır. Eğer bu şartları sağlayan bir teklif gelmez yani iştirakçiler tarafından 129. maddedeki koşulları sağlayan bir pey ileri sürülmez ise bu durumda satış düşecektir.<sup>109</sup>

Yukarıda yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı üzere, 133. madde hem birinci artırmada hem de ikinci artırmada uygulanabilmektedir.<sup>110</sup> Yargıtay daha önce bu konuda 133. maddenin sadece birinci artırmada uygulanabileceğini<sup>111</sup> ifade ederken sonraki kararlarında 133. maddenin uygulanması için birinci veya ikinci artırma olmasının önemi olmadığını ikinci artırmada da 133. maddenin uygulanacağını kabul etmiştir.<sup>112</sup> Yargıtay'ın bu konudaki farklı kararlarının sebebi 4949 sayılı değişiklikten önce madde hükmünün ikinci cümlesinin "129. maddenin ilk fıkrasına uygun bulunması" şeklinde yer almasından kaynaklanıyordu. Ancak 4949 sayılı yasa ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 133. maddesinde yapılan değişiklikte mezkûr hükmün ikinci fıkrası "129. maddenin aradığı şartlara uygun bulunması" şeklinde değiştirilmesi ile 133. maddenin ikinci artırmada da uygulanabileceği görüşü desteklenmiştir. Ancak madde gerekçesinde bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. 4949 sayılı yasa ile yapılan diğer bir değişiklik de 133. maddenin beşinci cümlesinde yer alan "Bu artırmada teklifin 129. maddenin ikinci fıkrasındaki hükümlere uyması şartıyla" hükmünün "Bu artırmada, teklifin, 129. maddedeki hükümlere uyması şartıyla" şeklinde

<sup>109</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes; a. g. e., s. 202; Ercan, İsmail; İcra ve İflâs Hukuku, s. 218; Kuru / Arslan / Yılmaz; a. g. e., s. 373; Özekes, Muhammet; agm, s. 176; Yıldırım, M. Kâmil; İcra Hukuku Ders Notları, s. 147; Korkusuz, M. Refik; a. g. e., s. 263; Aslan, Elif K.; a. g. e., s. 168-169; Uyar, Talih; İİK Şerhi, C. 6, s. 1017.

<sup>110</sup> Artus, Amil; İhalenin Feshi ve Farkının Tahsili, s. 304; Aslan, Elif K., a. g. e., s. 158; Kuru; Baki; a. g. e., C. 2, s. 1396; Uyar, Talih; İhale ve İhalenin Bozulması, s. 479.

<sup>111</sup> Y. 12. HD 10. 12. 1979 T. E. 8907 K. 9394 (YKD, 1980/2, s. 250), Y. 12. HD 27. 11. 1979 T. E. 9663 K. 9106 (Uyar, Talih; İhale ve İhalenin Bozulması, s. 535).

<sup>112</sup> Y. 12. HD 19. 03. 1981 T. E. 1350 K. 2713 (Uyar, Talih; İhale ve İhalenin Bozulması, s. 533).

değiştirilmesi ile maddedeki uyum sağlanmış ve sonuç olarak 133. maddenin hem birinci hem de ikinci artırmada uygulanabileceği ve taşınmazın ihale edilebilmesi için de, hangi artırmada ihale bedeli ödenmemiş ise o artırmanın koşullarına uygun peyin ileri sürülmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Tamamlayıcı artırmada da ihaleye iştirak söz konusu olmaz veya iştirak olmakla birlikte m. 129'daki koşulları sağlayan peyin ileri sürülmezse ya da m. 129'daki koşulları sağlayan peyin ileri sürülmekle birlikte ihale bedeli gene ödenmezse bu durumda satış düşecek ve m. 133 prosedürü tamamlanmış olacaktır. Taşınmazın tekrar satışa çıkarılması ancak talep üzerine söz konusu olacak ve satış işlemleri de m. 123 vd. doğrultusunda normal prosedüre göre gerçekleştirilecektir. Taşınmazın tekrar m. 133 hükmü doğrultusunda satışı çıkarılması söz konusu olamaz<sup>113</sup> zira m. 133 hükmü istisnai bir hüküm ve uygulama olup sadece bir kez uygulanabilecektir.<sup>114</sup>

133. maddeye göre yapılan ihalede de ihale alıcısının, tayin edilen süre içerisinde ihale bedelini yatırmaması halinde ilk ihalede olduğu gibi ikinci en yüksek peyi süren iştirakçiye teklif yapılacak mıdır? Kanımızca m. 133'de bu konuda açık bir hüküm bulunmayışı ve m. 133 hükmünün sadece bir kez uygulanması gerektiği yönündeki görüşten hareketle bu yeni ihalede alıcıdan sonra en yüksek peyin sürene teklif götürülemeyecektir.<sup>115</sup> Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir.<sup>116</sup>

<sup>113</sup> Y. 12. HD 13. 03. 2006 T. E. 2521 K. 5089 "...Verilen süre içerisinde ihale bedelinin yatırılmaması halinde, aynı ihalede ikinci kez İİK'nun 133. maddesine göre işlem yapılamaz"; Y. 12. HD 10. 01. 1989 T. E. 1987/14181 K. 440 (Uyar, Talih; Şerh, C. 6, s. 1002-10029).

<sup>114</sup> Akyazan, Sıtkı; *a. g. e.*, s. 60; Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 230; Aslan, Elif K.; s. 158; Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 137; Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1411; Özkes, Muhammet; *a. g. e.*, s. 176; Postacıoğlu, İlhan E.; *a. g. e.*, s. 507; Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 483 - *Taşınmaz Satışlarında İhale Bedelinin Ödenmemesi*, s. 768.

<sup>115</sup> Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1411; Arslan, Ramazan, *a. g. e.*, s. 237.

<sup>116</sup> Y. 12. HD 10. 12. 1979 T. E. 8907 K. 9394 "...Bu ikinci ihalede, ihale üzerinde kalan kimsenin teklif ettiği bedeli ödememesi halinde bu maddenin birinci ihaleye ilişkin hükümlerinin uygulanacağına dair bir yollama yapılmadığına göre birinci ihale usulünün olaya uygulama olanağı kalmadığından kendisinden sonra en çok attırana teklif yapılmayarak taşınmazın yeniden ihaleye çıkarılması gerekir." (YKD, 1980/2, s. 250); Y. 12. HD 30. 09. 1986 T. E. 15052 K. 9763 "...Bu durumda 133. maddenin tatbik yeri kalmamış olup, taşınmazın genel prosedür dairesinde yeniden satış gerekirken, kendisinden evvel en çok teklif eden ipotek alacaklısı Sabriye'ye teklif edilip 09. 08. 1985 tarihinde ihale edilmesi doğru bulunmadığından ihalenin feshi isteginin kabulü gerekirken..." (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 510-

Diğer bir sorunda icra dairesi tarafından gerçekleştirilen tamamlayıcı ihaleye ilk artırmada en yüksek peyi sürerek ihale bedeli ödemeyen alıcı ile ikinci en yüksek peyi sürüp icra dairesinin taşınmazı alması konusundaki muhtıraya cevap vermeyerek ya da olumlu cevap vererek süresi içerisinde ihale bedelini ödemeyerek ihale kararının kaldırılmasına ve taşınmazın tamamlayıcı artırmaya konu olmasına sebep olan alıcı, icra dairesince gerçekleştirilecek tamamlayıcı artırmaya iştirak edebilecekler midir? Kanımızca bu durumda ilk artırmaya katılarak en yüksek peyi ve ikinci en yüksek peyi sürüp ihale bedelini ödemeyen alıcılar da tamamlayıcı artırmaya iştirak edebileceklerdir. Zira bu kişilerin tamamlayıcı artırmaya katılmalarını engelleyen bir hüküm kanunda yer almamıştır.<sup>117</sup> Ancak bu kişilerin ilk artırmada sürdürdükleri peyin altında bir peyi sürerek taşınmazı iktisap etmelerinin iyi niyetli bir davranış olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumun ihalenin feshine sebep olacağını kabul etmek gerekecektir.<sup>118</sup> Ancak Yargıtay bu konuda birbiriyle farklı kararlar ittihaz etmiş-

511); Y. 12. HD 27. 11. 1979 T. E. 9663 K. 9106 "...Müştekinin de belirttiği veçhile ikinci ihalede bedelinin, alıcısı tarafından yatırılmaması halinde, olaya 133. maddenin birinci ihaleye ilişkin hükümlerinin uygulanmasına olanak yoktur. O halde para ödenmemesi sebebiyle ondan evvelki en çok artırana teklif yapılmayıp ihale düşürüldükten sonra, taşınmaz ilk defa satışa çıkarılıyormuş gibi normal satış işlemlerinin uygulanması lazımdır." (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 535).

<sup>117</sup> Özkes, Muhammet; a. g. m., ; s. 177; Aslan, Elif K.; a. g. e., s. 167; Erturgut, Mine; a. g. e., s. 138.

<sup>118</sup> Karşı görüş: Arslan, Ramazan; a. g. e., s. 234: "...İlk alıcının ikinci artırmanın da alıcısı olması halinde, gerektiğinde 133/2 madde hükmü uygulanacağından, ilk ihalenin geri alınmış olması nedeniyle alacaklı ve borçlu açısından bir zarar söz konusu olmayacaktır."; Erturgut, Mine; a. g. e., s. 138-139: "...İhale bedelini ödemeyen ve daha sonra yeni ihaleye katılan bu alıcıya ilk ihale bedelinden düşük de olsa ihalenin yapılmasında bir sakınca olmamalıdır. Zira bu alıcı zaten ödemediği ihale bedeli ile son ihale bedeli arasındaki farktan sorumludur. Bu nedenle ihale bu kişiye düşük bedel ile yapılsa dahi ilk ihaledeki bedel ile arasındaki farkı da ödeyeceğinden bir zarar doğmayacaktır."; Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 521. Kanımızca; ilk ihalede ihale bedelini ödemeyerek ihalenin feshine neden olan alıcının ikinci ihale ileri sürdüğü peyin ilk ihalede sürdürdüğü peyin altında olması halinde ihalenin feshine karar verilememesi için aradaki ihale farkı ve gecikme faizleri ile satış masraflarının yatırmış olduğu teminat tarafından karşılanması gereklidir. Eğer ilk ihalede alıkonulan teminat ikinci ihale sebebiyle oluşan ihale bedeli farkı, gecikme faizi ve satış masraflarını karşılamaya yetmiyor ise bu durum ihalenin feshi için yeterli gerekçe oluşturacaktır. Aksi durumda teminatın karşılayamadığı zararların da sırf ihale alıcısı tarafından m. 133 hükmü gereğince karşılanması gerekeceği ve bir zarar oluşmayacağı bu nedenle de ihalenin feshinin söz konusu olmayacağı şeklindeki görüş pratikte sağlıklı bir sonuç ortaya çıkaramayacaktır. Zira ihale alıcısının da bunun tahsilinin uzun bir süreç olması olası olduğu gibi, eğer ihale alıcısının sa-

tir. Kim kararlarında düşük bedelle taşınmazı satın almanın iyi niyet kurallarına aykırılık oluşturmayacağı zira iki ihale bedeli arasındaki farktan m. 133/2 gereğince sorumlu olduğundan ve sonuçta bir zarar doğmayacağından ihalenin feshi için de geçerli bir neden oluşturmayacağı yönünde görüş bildirirken<sup>119</sup>, kimi kararlarında bu durumun iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil edeceği ve ihalenin feshine neden olacağı yönünde görüş bildirmiştir.<sup>120</sup>

Kimi yazarlar ise bu konuda ihale alıcısı ve en yüksek pey süren ikinci iştirakçi açısından bir ayrıma giderek; ihale bedelini ödemeyerek ihalenin kaldırılması kararına sebep olan ilk ihale alıcısından sonra en yüksek peyi süren kişinin, tamamlayıcı artırmada daha düşük bir pey ileri sürmesinin iyi niyet kurallarına aykırılık oluşturmayacağı ve bu gerekçe ile ihalenin feshi istenemeyeceği görüşü de ileri sürülmüştür.

---

tın aldığı taşınmazdan ayrı bir mal varlığı söz konusu değilse ve taşınmazın hemen üçüncü bir kişiye devri ya da üçüncü bir kişi tarafından haczedilmesi halinde, ihale alıcısından zararın tazmin edilememesi tehlikesi de ortaya çıkabilecektir.

<sup>119</sup> Y. 12. HD 22. 01. 1981 T. E. 1980/9478 K. 532 "... Taşınmazda paydaş olan davalı İbrahim H. , yasal süresi içinde bedelini ödemediği ve feshine neden olduğu 29. 02. 1980 tarihli ihale dolayısıyla, İİK'nın 133. maddesinin 2. fıkrası gereği iki ihale arasındaki bakiye farktan ve diğer zararlardan ve ayrıca yüzde on hesabıyla gecikme faizlerinden mesuldür. Bu sorumluluğa ve ihale farkı ve geçen günlerin faizi ayrıca hükme hacet kalmaksızın dairece kendisinden tahsil olunabileceğine göre taşınmazı, sözü edilen ilk ihaleden daha düşük bir bedelle ettiği düşünülemez. Bu değerlendirmenin doğal sonucu olarak davalının iyi niyet kuralları ile bağdaşmayan ve taşınmazın tapuda yazılı diğer paydaşlarının menfaatlerini ihlal eden bir usulsüzlükten söz etmeye olanak yoktur." (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 520); Y. 12. HD 24. 09. 1979 T. E. 6811 K. 7162 (Uyar; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 539-540); Y. 12. HD 22. 01. 1988 T. E. 1987/1769 K. 319, Y. 12. HD 18. 06. 1984 T. E. 7672 K. 7717, Y. 12. HD 15. 12. 1983 T. E. 9081 K. 10460, Y. 12. HD 28. 12. 1984 T. E. 13394 K. 13768 (Uyar, Talih; *İİK Şerhi*, C. 6, s. 10048-10051)

<sup>120</sup> Y. 12. HD 03. 12. 2004 T. E. 20108 K. 25065, Y. 12. HD 24. 09. 2002 T. E. 17947 K. 18226, Y. 12. HD 04. 02. 2002 E. 1022 K. 2159 (Uyar, Talih; *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. 6, s. 10035-10036); Y. 12. HD 28. 10. 2003 T. E. 18936 K. 21078, Y. 12. HD 09. 02. 2002 T. E. 2784 K. 3678, Y. 12. HD 24. 04. 2000 T. E. 6060 K. 6592, Y. HGK. 06. 11. 1996 T. E. 12/580 K. 738, Y. 12. HD 14. 06. 1996 T. E. 3896 K. 5289, Y. 12. HD 15. 02. 1996 T. E. 1029 K. 2283, Y. 12. HD 28. 06. 1994 T. E. 8290 K. 8686, Y. 12. HD 13. 06. 1994 T. E. 7539 K. 7828 (Uyar, Talih; *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. 6, s. 10045-10047); Y. 12. HD 20. 10. 1986 T. E. 1985/15346 K. 10818, Y. 12. HD 25. 02. 1985 T. E. 11815 K. 1651, Y. 12. HD 11. 05. 1984 T. E. 3356 K. 5922, Y. 12. HD 15. 02. 1983 T. E. 10585 K. 1005, Y. 12. HD 26. 04. 1982 T. E. 3409 K. 3600 (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 503-505); Y. 12. HD 15. 11. 1999 T. E. 14899 K. 14279, Y. 12. HD 14. 09. 1992 T. E. 3029 K. 10264, Y. 12. HD 02. 11. 1999 T. E. 12239 K. 13272, Y. 12. HD 08. 02. 2000 E. 846 K. 1765 (Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 138-139); Y. 12. HD 07. 10. 1980 T. E. 4642 K. 7113, Y. 12. HD 28. 10. 1980 T. E. 5859 K. 7680 (Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 233 dn. 40)

<sup>121</sup> Fakat Yargıtay bu konuda böyle bir ayrıma gitmemiş söz konusu alıcıların ilk artırmada ileri sürdükleri peyin altında bir pey sürerek taşınmazı satın almalarının iyi niyetli bir davranış olarak kabul edilemeyeceğini ve ihalenin feshedilmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>122</sup>

Ayrıca öğretilerde; ilk ihale alıcısı ve ilk ihale alıcısından sonra en yüksek pey süren kişinin, tamamlayıcı artırmada daha önceki ilk ihale ileri sürdükleri ilk peyden daha aşağı bir pey sürmeleri halinde icra müdürünün taşınmazı ihale etmemesi gerektiği ileri sürülmüş olup<sup>123</sup> kanımızca icra müdürünün ihale edip etmemesi yönünde kanunda kendisine bir yetki tanınmamıştır. Dolayısıyla kanımızca icra müdürünün ihale edip etmeme konusunda bir takdir hakkı ve yetkisi bulunmamaktadır. İcra müdürü taşınmazın ihalesine karar vermek durumundadır. Ancak ilgililerin ihalenin feshi konusunda şikâyet haklarının bulunduğu tabii olup ihalenin feshine karar verme yetkisi sadece icra mahkemesine aittir.

<sup>121</sup> Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 234: "...Geri alınan ihale ile sonuçlanan artırmada alıcıdan önce en yüksek peyi sürmüş olan kişinin 133/1. maddeye göre icra dairesince kendisine gönderilen yazıya olumlu cevap verme yükümlülüğü yoktur; icra dairesince kendisine yazı yazılarak malın ihalesinin önerilmesi bu kişiye kanunun tanıdığı bir hak olarak değerlendirilmelidir. Bu hakkını kullanmayıp tekrar artırmaya katılmasını kötü niyetli bir davranış olarak nitelendirmek mümkün değildir. Üstelik, bu şekilde yapılan ihale ile geri alınan ihale bedeli arasındaki fark ilk alıcıdan alınacağı için, bir zarar da söz konusu olmayacaktır."; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 168; Kanımızca, özellikle ihale bedeli arasındaki farkın ilk ihale alıcısından alınacağı ve bu sebeple bir zarar oluşmayacağı gerekçesine katılmak mümkün değildir. Zira uygulamada bu zararın tahsilinin kolay olduğunu söylemek zordur. İlk ihale alıcısının teminat dışında bir malvarlığının bulunmaması halinde bu zararın tazmini mümkün olmamaktadır. Ayrıca bu görüşün kabulü halinde ihale alıcısı ile ikinci en yüksek peyi süren kişilerin müşterek hareket etmelerinin ve kanuna karşı hile oluşturacak davranışların da önü açılmış olur.

<sup>122</sup> Y. 12. HD 25. 11. 1985 T. E. 13444 K. 9944 "...Taşınmaz hissedar Tahir'e ihale edilmiş süresinde ihale bedelini yatırmadığından kendisinden sonra en çok pey süren davalı hissedar Şerife'ye teklif edilmiş, kabul etmediğinden 133. madde gereğince taşınmaz yeniden ihaleye çıkarılmıştır. Bu kere evvelce 1.482.000 lira pey süren ve teklif kabul etmeyen Şerife 761.000 liraya taşınmazı satın almıştır. Bu miktar evvelce sürdürdüğü peyin dununda olup iyi niyetli sayılamayacağına, daha ucuz bedelle satın almaya matuf olarak evvelce yapılan teklifi kabul etmediğinin anlaşılmasına binaen ihalenin feshine karar vermek gerekirken..." (YKD, 1986/2, s. 239); Aynı doğrultuda; Y. 12. HD 10. 12. 1984 T. E. 9559 K. 12780 (YKD, 1985/5, s. 686); Y. 12. HD 18. 09. 1978 T. E. 7193 K. 7154 (Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 234 dn. 43)

<sup>123</sup> Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1407; Özkes, Muhammet; *a. g. m.*, s. 178; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 168; Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 138

İlk artırmada en yüksek pey süren ikinci en yüksek peyi süren alıcıların, tamamlayıcı artırmaya iştirak etmek istemesi durumunda, icra müdürünün kendilerinden yeniden teminat istemesi gerekecek midir? Kanımızca bu durumda icra müdürü bu kişilerden yeniden teminat istemelidir. Zira bu kişilerin yatırdıkları teminat, iştirak ettikleri ilk ihaleye ilişkin olup kaldı ki bu ihalede ihale bedelini ödemeyerek tamamlayıcı artırma yapılmasına sebep oldukları ve bu teminatların da doğabilecek iki ihale arasındaki ihale farkı bedelleri, gecikme faizi ve satış masrafları kapsamında teminat olması sebebiyle, tamamlayıcı artırma için yeniden teminat yatırmaları gerekecektir.<sup>124</sup>

İİK'da yer alan düzenlemeler gereği ihale bedelinin ödenmemesi sebebiyle m. 133 gereğince yapılacak tamamlayıcı artırma ancak bir kez uygulanabilecektir. Ancak bu süreçte en fazla üç artırma ve en fazla üç kez ihale kararı verilebilecektir. Taşınmazın ilk kez satışa çıkarıldığı süreçte **birinci artırmada** m. 129'daki koşulları sağlayan bir pey ileri sürülmemişse taşınmazın satışı ikinci artırmaya kalacaktır. **İkinci artırmada** m. 129'daki koşulları sağlayan ve en yüksek peyi ileri süren iştirakçiye taşınmazın ihalesine (**birinci ihale kararı**) karar verilecektir. İhale alıcısının ihale bedelinin ödememesi sebebiyle ihale alıcısından sonra en yüksek pey süren kişiye teklif götürülecek teklifin kabulü halinde taşınmazın ihalesi bu kişiye yapılacaktır (**ikinci ihale kararı**). Ancak bu kişinin de ihale bedelini ödememesi halinde,<sup>125</sup> taşınmaz tamamlayıcı artırmaya (**üçüncü artırma**) çıkarılacak ve bu ihalede en yüksek ve m. 129'daki koşulları sağlayan peyi süren kişiye taşınmaz ihale edilecektir (**üçüncü ihale kararı**). Ancak bu kişinin de ihale bedelini ödememesi sebebiyle taşınmazın satışı düşecek ve m. 133 prosedürü tamamlanmış olacaktır. Taşınmaz artık bundan sonra normal prosedüre göre yani m. 123 vd. hükümlerine göre talep halinde satışa çıkarılacaktır.

<sup>124</sup> Aslan, Elif K.; a. g. e., s. 167; Özkes, Muhammet; a. g. m., s. 178.

<sup>125</sup> İİK m. 133'de ihale alıcısından sonra en yüksek pey süren iştirakçiye teklif götürüleceği, teklife tebliğden itibaren üç gün içinde cevap vermez ya da taşınmazı almayacağını beyan ederse tamamlayıcı artırma yapılacağı belirtilmiş ise de teklif götürülen kişinin teklif kabul ettiğini icra dairesine beyan edip ihalede ileri sürdüğü pey bedelini ödememesi durumunda sonucun ne olacağı konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Maddedeki düzenleme ve kanun koyucunun amacı dikkate alındığında bu durumda da tamamlayıcı artırmaya gidilmesi gerekecektir. (Özkes, Muhammet; a. g. m., s. 180-181).



## İhalenin Kaldırılmasına Kararına Neden Olan Alıcıların Sorumluluğu

İhaleye katılıp daha sonra ihale bedelini yatırmamak suretiyle ihalenin feshine sebep olan tüm alıcılar ve kefilleri teklif ettikleri bedel ile son ihale bedeli arasındaki farktan ve diğer zararlardan ve ayrıca temerrüt faizinden müteselsilen sorumludurlar (m. 133/2).

İhale bedelinin ödenmemesi yüzünden ihale kararı birden fazla kaldırılmış ve taşınmaz birden fazla artırmaya çıkarılmış ise, ihaleye katılıp da daha sonra ihale bedelini ödemeyerek ihalenin kaldırılmasına sebep olan tüm alıcılar ve kefilleri teklif ettikleri bedel ile son ihale bedeli arasındaki farktan, temerrüt faizinden ve diğer zararlardan müteselsilen sorumludurlar.<sup>126</sup> Örneğin ilk ihale alıcısının ihale bedelini ödememesi nedeniyle m. 133 gereğince gerçekleştirilen ikinci artırma sonucunda ihale alıcısı ihale bedelini ödemeyerek ihalenin kaldırılması kararına sebebiyet vermiş ve taşınmaz yeniden talep üzerine m. 123 vd. gereğince artırmaya çıkarılmış ise bu durumda birinci artırmada en yüksek peyi süren ilk alıcı, birinci ile ikinci ihale bedeli arasındaki farktan değil, birinci ile üçüncü ihale bedeli arasındaki farktan sorumlu tutulacaktır.<sup>127</sup>

Ancak öğretide<sup>128</sup> İİK m. 133 gereğince gerçekleştirilen tamamlayıcı artırmada, istekli çıkmaması durumunda ya da ileri sürülen peylerin m. 129'da öngörülen koşulları sağlamaması yüzünden ihale gerçekleştirilemez ise bu durumda satışın düşeceği ve yeniden alacaklının satış talebi doğrultusunda satış işlemlerine başlanabileceği ifade edilmekle birlikte, bu durumda da ilk ihale alıcısının m. 133/2 hükmüne göre sorumluluğu söz konusu olmayacağı ve zararın tazminin ancak zarara uğrayan alacaklı veya borçlunun ilk ihale alıcısına karşı BK m. 41 vd. hükümlerine göre genel mahkemede açacağı dava ile talep edilebileceği ileri sürülmüş ise de<sup>129</sup> Kanımızca m. 133 gereğince gerçekleştirilen

<sup>126</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz; *a. g. e.*, s. 374; Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1412

<sup>127</sup> Üstündağ, Saim; *a. g. e.*, s. 283.

<sup>128</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz; *a. g. e.*, s. 374-375; Y. 12. HD 29. 01. 1981 T. E. 8309 K. 695 "... İİK'nın 133. maddesi gereğince ihaleye çıkarılan taşınmazın müşterisi çıkmadığından satılmadığı bu nedenle satışın oluşmadığı anlaşılması olmasına, bu durumda yeniden talep halinde ihaleye yani satışa çıkarılması gerekmesine, artık iki ihale arasındaki farktan söz edilemeyeceğine göre ..." (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 536)

<sup>129</sup> Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 236-237; Kuru/Arslan/Yılmaz; *a. g. e.*, s. 375; Pehlivanlı,

tamamlayıcı artırma da, istekli çıkmaması ya da ileri sürülen peylerin m. 129'da öngörülen koşulları sağlayamaması durumunda da ilk ihale alıcısının ve diğer alıcıların normal prosedüre göre gerçekleştirilecek ihalelerde m. 133'e göre sorumluluğu devam edecektir.<sup>130</sup> Zira tamamlayıcı artırmaya iştirakin olmayışı ya da ileri sürülen peylerin m. 129'da öngörülen şartları sağlayamaması sebebiyle satışın düşmesi ve taşınmazın normal prosedüre göre satışa çıkarılması durumunda ilk ihale alıcısının sorumlu olmayacağına ilişkin olarak İİK m. 133'de bir hüküm yer almamaktadır. Kaldı ki böyle bir görüş kanun koyucunun amacına ve maddenin ruhuna uygun düşmediği gibi hakkaniyete uygun olduğu da söylenemez.

İhale bedelini ödemeyerek ihalenin kaldırılmasına sebep olan ve bu sebeple iki ihale bedeli arasındaki farktan ve gecikme faizinden sorumlu olan alıcı aynı zamanda alacaklı ise bu durumda borçlu iki ihale bedeli arasındaki fark, gecikme faizi ve yeni artırma için yapılan giderlerin toplamı tutarında, bir mahkeme hükmüne ihtiyaç duymadan borcundan kurtulmuş olacaktır.<sup>131</sup>

İhale alıcılarının 133. maddenin son fıkrasında öngörülen sorumluluğunun doğabilmesi, bu maddenin ilk fıkrasında öngörülen "ihalenin kaldırılmasına karar verilmesi ve taşınmazın derhal satışa çıkarılması" hallerinin gerçekleşmesine bağlıdır. Taşınmaz hemen artırmaya çıkarılmazsa, artık bu durumda m. 133 uygulanamaz ve satış m. 123 vd.'na göre yapılır bu halde yeniden yapılan satış sonucunda ilk alıcı m. 133/2'deki sorumluluktan kurtulur.<sup>132</sup>

İİK m. 133'e göre sorumluluğun doğabilmesi ve bu maddeye göre zararın tahsil edilebilmesi için ihalenin kanunda öngörüldüğü şekilde en kısa zamanda gerçekleştirilmesi gerekecektir. Eğer tamamlayıcı artırma kanuna öngörülen ve "derhal" kavramından çok uzak bir zaman dilimi içersinde gerçekleştirilmiş ise ihale alıcısı ve kefillerinin m. 133 anlamında bir sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmayacak ve bu maddeye göre tahsil için takip edilebilmeleri imkânı da ortadan kalkmış olacaktır. Yargıtay'da bu konuda verdiği kararlarında bu hususları açık olarak vurgulamıştır;

M. Gündüz; *a. g. e.*, s. 982.

<sup>130</sup> Aslan, Elif K. , *a. g. e.*, s. 176.

<sup>131</sup> Akyazan, Sıtkı; *a. g. e.*, s. 64

<sup>132</sup> Yıldırım, M. Kâmil; *İcra Hukuku Ders Notları*, s. 147; Kuru/Arslan/Yılmaz; *a. g. e.*, s. 374 dn. 36.

“... İİK'nun 133. maddesi gereğince müştekiye 16. 12. 1977 tarihinde yapılan ihale dolayısıyla 130. madde göz önünde tutularak verilen süre içerisinde ihale bedelini yatırmaması halinde icra memurluğunca ihalenin re sen feshi gerekir. Paydaşlardan Nurhan tarafından ihalenin feshi için 23. 12. 1977 tarihinde yapılan şikâyet dolayısıyla paranın... Yatırılmasına engeller bir durum ihdasına bu Yasanın 134. maddesinin 6. fıkrası hükmü muvacehesinde cevaz yoktur. Şu halde Kanununun 133. maddesinin diğer fıkraları yönünden incelenmesi gereklidir. İhale yukarıda beyan edildiği veçhile 16. 12. 1977 tarihinde yapıldığına göre, yirmi günlük sürenin hitama erdiği tarihte ihale bedeli veya 134. madde de yazılı bir banka kefaleti gösterilmez ise ihale kararının feshi ile ikinci artırana tebligat yapılması icap eder. İncelenen satış dosyasına göre icra memurluğunca aradan üç aydan fazla bir zaman geçtikten sonra 21. 03. 1978 tarihinde verilen kararlar müştekidenden sonra önceki artıran Ahmet Muhlis ve Ahmet'e tebligat yapılmış ve bu şahıslar aynı gün icra memurluğuna başvurarak taşınmazı alamayacaklarını bildirmeleri üzerine, satış isteyen vekilinin 24. 03. 1978 tarihli talebi üzerine icra memurluğunca aynı gün ittihaz olunan kararlar İİK'nun 133. maddesi gereğince 12. 04. 1978 günü ihalenin yapılması tensip kılınmıştır. 29. 03. 1978 tarihinde satış isteyen vekili tarafından, ilanun gazete ile yapılması için karar alındığı halde satış isteyen tarafından bu ilan yapılmadığı cihetle satış için tensip edilen 12. 04. 1978 tarihinde satış yapılmayarak, icra memurluğunca satışın düşürülüp durdurulmasına karar verilmiştir. Aynı gün alacaklı vekilinin tekrar satış istemesi üzerine, imar durumu sorulmuş ve bu muamele ikmal edildikten sonra bu defa 133. madde de yazılı prosedür terk edilerek, taşınmaz yeniden ihaleye çıkarılarak birinci ihale için 11. 07. 1978 ve ikinci ihale için 21. 07. 1978 tarihi tensip edilerek ilk satış günü olan 11. 07. 1978 tarihinde (5. 200. 000) liraya ihale edilmiştir..... İki ihale bedeli arasındaki bakiye fark ve birinci defa ihale edilen kimsenin sorumluluğu, kendisinden evvel en yüksek teklifte bulunan kimsenin aldığı bedel ile kendisinin ileri sürdüğü bedel arasındaki farktır. Bu hal tahakkuk etmez ise yani bu kimse taşınmazı almadığını beyan ederse icra memurunun yedi gün içinde yapacağı artırma üzerine talibine yapılacak ihale bedeli arasındaki farktan ibarettir. Yukarıda belirtildiği veçhile icra memurluğunca 12. 04. 1978 gününde bu usule uygun şekilde yapılmasına karar verilen ihale, satıcının İİK'nun 59. maddesi gereğince satış masraflarını ödememesi sebebiyle yapılmamış ve bu suretle bu ikinci halde tahakkuk etmiştir. Bundan sonra İİK'nun umumi hükümlerine göre yeniden yapılan ihale dolayısıyla doğan farktan birinci alıcının sorumlu tutulmasına İİK'nun 133. maddesi gereğince yasal olanak bulunmadığı düşünülmezsizin itiraz ve

şikayetin reddine karar verilmesi isabetsiz...."<sup>133</sup>

"İİK 'nun 133. maddesi gereğinin memurlukça derhal ve bir talebe lüzum olmadan yerine getirilmesi gerekir. Maddedeki prosedür tekemmül etmeden yeniden ihaleye çıkarılamaz. Aksi takdirde bedeli süresinde ödemeyen ilk müş-teri iki ihale arasındaki fark nedeniyle sorumluluktan kurtulur."<sup>134</sup>

"... Olaya uygulanması gereken İcra ve İflâs Kanunu'nun 133. maddesi hükmüne göre, davalının iki ihale arasındaki farktan sorumlu olabilmesi için, anılan madde de öngörülen koşul ve sürelerin yerine getirilmiş olması gerekir. Özellikle bedel yatırılmadığından ihale fesih olursa, taşınmazın ihale olunan kişiden önce en yüksek teklifte bulunan kimseye bir muhtıra ile teklif olunması, bundan bir sonuç çıkmadığı takdirde derhal yedi gün süre ile ikinci arttırmaya çıkarılması gerekir. Olayda ilk ihalede davalıdan önceki teklif sahibine ihalenin feshi üzerine taşınmaz teklif olunmamıştır. Ayrıca ikinci satışın gecikmeksizin derhal ifası yasa gereğidir. İlk ihalede satış bedelinin yatırılması için yirmi günlük süre 07. 08. 1981 tarihinde son bulmasına karşılık, ikinci satış 02. 01. 1982'de talep edilmiş ve açık arttırması 01. 03. 1982'de yapılmıştır. Bu nedenlerle davalı sorumluluktan kurtulmuştur. Davalının iki ihale arasındaki farktan sorumlu tutulabilmesi için İcra ve İflâs Kanunu'nun 133. maddesinde öngörülen hususların yerine getirilmiş olması gerekir."<sup>135</sup>

"Gayrimenkul hemen yedi günlük ihaleye çıkarılmayıp, bu müddet geçirildiği takdirde artık m. 133 hükmü uygulanmaz ve satış m. 123 vd. hükümlerine göre yeniden yapılır. Fakat bu halde, ilk alıcı m. 133/2'deki sorumluluktan kurtulur."<sup>136</sup>

Ancak bu durumda ihale alıcısı ve kefillerinin sorumluluk miktarlarının tespiti ve tahsili için genel hükümlere göre bir dava açılması gerekecektir.<sup>137</sup> Bu durumda ilk ihale bedelinin ödenmemesi nedeniyle zarar gören ilgililerin tedbir talepli olarak açacakları davada eğer dosyada mevcut teminatlar icra dairesi tarafından ihale alıcısına ödenmemiş ise, bahis konusu teminatların ihale alıcısına ödenmemesi konusunda bir tedbir kararı da almaları mümkün olabilecektir.

<sup>133</sup> Y. 12. HD 05. 03. 1979 T. E. 1688 K. 1776 (YKD, 1979/11, s. 1612).

<sup>134</sup> Y. 12. HD 24. 01. 1983 T. E. 1982/10203 K. 270 (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 527-528).

<sup>135</sup> Y. 12. HD 10. 12. 1982 T. E. 6869 K. 7621 (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 528).

<sup>136</sup> Y. İİD 14. 07. 1961 T. E. 6657 K. 7367 (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 530).

<sup>137</sup> Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 172-173.

Ayrıca taşınmazın m. 133 hükmünde öngörülen prosedür işletilerek satışa çıkarılması gereklidir. Taşınmazın m. 133'de öngörülen prosedür terk edilerek m. 123 ve devamında öngörülen hükümler doğrultusunda satışa çıkarılması durumunda alıcıların m. 133 hükmüne göre sorumlu tutulması mümkün değildir.<sup>138</sup>

İcra mahkemesinin, yapılan şikâyet üzerine, icra müdürlüğüne gerçekleştirilen ihalenin feshine karar vermesi durumunda artık ihale bedelini ödemeyen ihale alıcısı ve kefillerinin m. 133 gereğince sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.<sup>139</sup> İİK m. 133 gereğince ihale alıcısı ve kefillerinin sorumlu tutulabilmesi için, yapılan ihalenin Kanunda öngörülen hükümlere uygun olarak gerçekleştirilmiş bir ihale olması gereklidir. Eğer kanunda öngörülen hükümlere uygun olarak gerçekleştirilmiş bir ihalenin mevcudiyetinden bahsedilemiyorsa bu durumda ortada geçerli bir ihale olmadığından ihale alıcısı ve kefillerinin de sorumluluğu söz konusu olamayacaktır. Zira hukuki olarak geçersizliği ve hükümsüzlüğü tescil edilmiş bir ihalenin hepten yok sayılması yani böyle bir ihalenin hiç yapılmamış olması gibi bir sonucunda çıkarılması durumunda artık ihale alıcısının ve varsa kefillerinin sorumluluğundan bahsetmek mümkün gözükmemektedir. Eğer tamamlayıcı artırma gerçekleştirilmiş ve iki ihale bedeli arasında bir fark meydana gelmiş ise, ilk alıcısının yatırmış olduğu teminattan karşılanmış olan ihale bedelleri arasındaki fark tutarı, gecikme faizi ve mevcut diğer zararlara yönelik tahsil edilen tutarların da ilk ihale alıcısı ve kefillerine iadesi gündeme gelecektir.

Diğer yandan özellikle bahis konusu sorumluluğun doğabilmesi için ayrıca tamamlayıcı ihalenin de aynı tür paraya çevirme yolu ile gerçekleştirilmesi gereklidir. Özellikle iflâs yolu ile takipler ile mal varlığının terki suretiyle konkordato da taşınmazların pazarlık sureti ile satışı mümkün olduğundan; örneğin, eğer iflas idaresi tarafından ilk ihale açık artırma suretiyle gerçekleştirilmiş ancak tamamlayıcı ihale pazarlık suretiyle yapılmış ise bu durumda da ilk alıcı ve kefillerinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.<sup>140</sup>

<sup>138</sup> Y. 12. HD 08. 06. 1978 T. E. 5157 K. 5337 (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 530).

<sup>139</sup> Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1394; Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 224; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 172; Gökçe, Ziya; *a. g. m.*, s. 29; Üstündağ, Saim; *a. g. e.*, s. 283, Uyar, Talih; *İİK Şerhi*, C. 6, s. 10024.

<sup>140</sup> Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 236; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*; Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 142;

### Sorumlu Olan Şahıslar

İcra ve İflas Kanunu'nun 133. maddenin ikinci fıkrasında "*ihalenin feshine sebep olan tüm alıcılar ve kefilleri*" demek suretiyle, ihale bedelini ödemeyerek ihalenin kaldırılmasına sebep olan bütün alıcıların sorumlu olduğu ve sorumluluklarının müteselsil sorumluluk olduğu m. 133/2 hükmünde açıkça öngörülmüştür.

Taşınmazın birden fazla kişiye birlikte ihale edilmesi halinde ise bunların iki ihale bedeli arasındaki farktan ve gecikme faizinden sorumluluklarının belirlenmesi de ihale bedelinin ödenmesindeki sorumluluk miktarlarına göre tespit olunacaktır.<sup>141</sup>

İcra dairesinin ihaleye girmek için teminat yanında kefil şartı aranması ve bunun da ihale alıcıları tarafından yerine getirilmiş olması durumunda en yüksek peyi süren ya da en yüksek ikinci peyi süren ihale alıcılarının kefilleri de sorumlu olan şahıslar kavramı içerisinde mütalaa edilecektir.

Kefillerin sorumluluğunun doğabilmesi için önemli bir nokta da kefaletin Borçlar Kanunu'nun 484. maddesinde öngörüldüğü şekilde yazılı ve kefalet miktarının belli olması şartlarının mevcudiyetine bağlı olmasıdır. Zira yazılı olmayan ya da kefalet miktarı açıkça belli olmayan kefalet sözleşmeleri geçersizdir.<sup>142</sup> İcra dairesinin kefil talep etmesi durumunda kefilin sorumluluğunu ve miktarını düzenleyen hükümlerin şartnameye ya da ayrı bir tutanağa icra müdürü tarafından dercedilmesi gerekecektir.

İcra müdürünün artırmaya katılım şartı olarak ihale alıcılarından kefil talep etmesi durumunda, kefilin sorumluluğu, ihalenin gerçekleşmesine ve lehine kefil olduğu ihale alıcısına taşınmazın satılmasına bağlıdır. Bu durumda kefalet sözleşmesi geciktirici bir şarta bağ-

s. 172; Gökçe, Ziya; İki İhale Farkının Alınması, s. 23.

<sup>141</sup> Akyazan, Sıtkı; *a. g. e.*, s. 64; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 173.

<sup>142</sup> YİBK. 12. 04. 1944 E. 14 K. 13 (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Yargıtay Yayınları, Hukuk C. 2, s. 314 vd.); Zevkliler, Aydın; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 398 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 237; Y. 12. HD 14. 04. 1987 T. E. 1986/9320 E. 1987/5270 K. (YKD, 1987/8, S. 1196), Y. 19. HD 13. 04. 1999 T. E. 1901 K. 2434 (YKD, 1999/10, s. 1426), Y. 13. HD 31. 01. 2001 T. 2000/11830 E. 2001/827 K. (YKD, 2001/9, s. 1372), Y. 19. HD 16. 01. 2001 T. 2000/6362 E. 2001/234 K. (YKD, 2002/3, s. 425), Y. 11. HD 07. 05. 2002 T. E. 630 K. 4497 (YKD, 2002/12, s. 1812), Y. 21. HD 20. 03. 2000 T. E. 2133 K. 2117 (YKD, 2000/6, s. 932).

lı olmaktadır. Zira Borçlar Kanunu'nun 485. maddesinde "Müstakbel zamana muzaf yahut şarta muallak bir borç, hüküm ifade edeceği zamanın hululü ve şartın tahakkuku halinde muteber olmak üzere kefaletle raptolunabilir" demek suretiyle geciktirici şarta bağlı bir kefalet sözleşmesinin kurulabileceği kabul edilmiştir.<sup>143</sup> Bu durumda kefalet borcu, akdin inikadı yani kurulması anından itibaren doğar, şartın gerçekleşmesinden itibaren hüküm ifade eder.<sup>144</sup> Zira yine Borçlar Kanunu'nun 149. maddesinin ikinci fıkrasında "iki taraf hilafını kast etmedikleri halde şarta bağlı akit, ancak şartın tahakkuku anından itibaren hüküm ifade eder" denmektedir. Dolayısıyla bu geciktirici şart hukuki işlemin sonuç doğurup doğurmayacağını, yani hukuki etkisini askıya alır.<sup>145</sup> Şart olarak gerçekleştirilen olay gerçekleştiğinde, hukuksal işlem istenilen hüküm ve sonuçları doğurur.<sup>146</sup> Dolayısıyla icra dairesi ile ihale alıcısının kefil arasında yapılan kefalet sözleşmesi de ihale olgusunun gerçekleşmesi halinden itibaren hukuki etkisini göstermeye ve sonuçlarını doğurmaya başlar.

İcra müdürü tarafından ihaleye katılım şartı olarak kefil talep edilmesi durumunda yani geciktirici bir şarta bağlı olarak kefalet akdinin kurulması sırasında dahi ihale bedeli belli olmasa dahi sözleşmede yine de bir kefalet miktarının yazılı olması gerekecektir. Zira kefalet akdinin bu durumda geçerli olabilmesi için güvence altına alınan en yüksek miktarın sözleşmede gösterilmesi zorunludur.<sup>147</sup> Bu durumda icra müdürünün kefalet sözleşmesine kefalet miktarı olarak en azından satışa çıkarılan taşınmazın muhammen bedeli ile şartnamede alıcıya ait olduğu bildirilen masrafların toplamını oluşturan meblağın yazılması gerekecektir.

İcra dairesinin kefil talep etmesi durumunda, icra müdürü kefil olacak kişinin kefil ehliyetine sahip olup olmadığını da incelemek durumundadır. Kefalet akdinin geçerli olabilmesi için kefilin hukuki eylem ehliyetinin bulunması gerekir. Kefilin reşit, mümeyyiz ve kısıtsız

<sup>143</sup> Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 151.

<sup>144</sup> Reisoğlu, Seza; *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, s. 18; Grassinger, Gülçin Elçin; *Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları*, s. 66.; Aral, Fahrettin; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 448; Zevkliler, Aydın; *a. g. e.*, s. 397.

<sup>145</sup> Sirmen, A. Lale; *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 53.

<sup>146</sup> Kılıçoğlu, Ahmet M.; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 562.

<sup>147</sup> Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet/Özdemir, Refet; *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, s. 689.

olması yani tam fiil ehliyetine sahip olması gerekir.<sup>148</sup> Örneğin, vesayet altındaki küçükler ve mahcurlar kanuni mümessillerinin izniyle dahi kefil olamazlar, vasi de onlar adına kefalet sözleşmesi yapamaz (MK m. 449). Bu yasak, MK m343/1'deki atıf sebebiyle velayet altındaki küçükler için de geçerlidir. Buna karşılık kendilerine bir kanuni müşavir (yasal danışman) tayin edilenler MK m. 429/1 b. 9 uyarınca, kanuni müşavirlerinin izniyle kefil olabilirler. Müflis, iflas açıldıktan sonra kefil olabilir. Ancak, alacaklı bunun iflas masasına karşı ileri süremez. Kendisine konkordato için verilen mühletin ilanından itibaren borçlunun icra mahkemesinin izni dışında kefil olması yasak olup, buna rağmen yapılan kefalet sözleşmesi mutlak surette batıldır (İİK m. 290). Özel hukuk tüzel kişilerinin hak ve fiil ehliyetleri kuruluş işlemlerinde belirtilen amaçlarla sınırlı olduğundan, belirtilen amaçlar kapsamındaki işlemlerin gerçekleşmesi ile ilgili olarak kefil olabilirler.<sup>149</sup> Türk Ticaret Kanunu'nda belirtilen sermaye şirketlerinin amacına aykırı olmaması durumunda kefil olması mümkün olup ancak bu durumda şirket adına kefalet akdini imzalayacak kişinin de şirketi temsil ve ilzama yetkili kişilerden olması gerekir aksi halde şirketin bu kefaleti hüküm doğurmayacaktır.<sup>150</sup> Özel kanunlarla kefalet akdi imzalamaları yasaklanan kişilerin de kefil olma ehliyeti bulunmamaktadır. Örneğin 18. 01. 1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun m. 50/2 hükmüne göre, noterlerin kefil olması yasaklanmış olup bu sebeple noterlerin kefil olması ve kefil olarak kabul edilmesi mezkûr madde hükmü gereği mümkün olmayıp kefalet akdinin geçersizliği sonucunu doğurur.

Kefillerin buradaki sorumluluğu müteselsil kefalettir. 133. madde kefillerin kefaletinin müteselsil olduğunu açıkça vurgulamıştır. Eğer 133. madde de böyle bir düzenleme olmasa dahi ihale alıcılarının kefillerinin müteselsil kefalet niteliğinde olduğunu söylemek yine mümkün olabilecek idi. Zira İİK'nın 38. maddesi icra kefaletlerinin müteselsil kefalet hükmünde olduğunu belirtmiştir.<sup>151</sup>

<sup>148</sup> Zevkliler, Aydın; *a. g. e.*, s. 398.

<sup>149</sup> Aral, Fahrettin; *a. g. e.*, s. 448-449; Zevkliler, Aydın; *a. g. e.*, s. 398.

<sup>150</sup> Y. 12. HD 07. 06. 1994 T. E. 7268 K. 7510 (YKD, 1994/8, s. 1287).

<sup>151</sup> Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 151; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 174.



### Sorumluluk Miktarı

Madde 133/2'de *"ihalenin feshine sebep olan tüm alıcılar ve kefilleri teklif ettikleri bedel ile son ihale bedeli arasındaki farktan ve diğer zararlardan ayrıca temerrüt faizinden müteselsilen mesuldürler"* demek suretiyle sorumluluğun kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır.

### *İhale Bedeli Arasındaki Fark*

Alıcılar ve kefilleri teklif edilip ödenmeyen ihale bedeli, teklif edilip ödenen son ihale bedeli arasındaki farktan sorumlu olacaktır. Örneğin ilk artırmada teklif edilen meblağ üzerine ikinci en yüksek teklif edilene taşınmazı satın alması teklif edilmiş ve bu kişi de taşınmazı almaya razı olduğunu bildirmiş ancak ihale bedelini bu kişide süresinde ödememiş ve bunun üzerine taşınmaz 133. maddeye göre satışa çıkarılmış ancak tamamlayıcı ihalede en yüksek teklif edilen peyi süren kişide ihale bedelini ödememiş ve bunun üzerine taşınmaz normal prosedüre göre satışa çıkarılmış en yüksek peyi teklif eden kişiye ihale edilerek ihale bedeli de ödenmiş ve taşınmazın satışı gerçekleştirilmiş ise bu durumda ilk ihale ile üçüncü kez yapılan artırımda gerçekleşen ve ödenen ihale bedeli arasındaki fark, ihale bedelleri farkı açısından sorumluluk miktarını oluşturacaktır. Ancak bu durumda icra müdürü her bir ihale alıcısının sorumluluk miktarlarını ayrı ayrı belirleyip bunların tahsili yoluna gitmeyecektir. Her bir alıcı iki ihale bedeli arasındaki farkın tamamından sorumlu olup icra dairesinin ihale alıcılarından birinden bu fark bedelini talep etmesi halinde, fark bedeli kendisinden talep edilen alıcı bu fark bedelinin tamamını ödemekle yükümlü olacaktır. Zararı ödeyen ihale alıcısı ya da kefilli sorumlu olduğu miktarın dışında ödeme yaptığı iddiasında ise bunu icra dairesine karşı ileri süremeyecek diğer ihale alıcılarına rücu talebinde bulunabilecektir.<sup>152</sup>

### *Gecikme Faizi*

Kanun ihale alıcısı ve kefillerinin gecikme faizinden sorumlu olduklarını belirtmiş ancak gecikme faizinin hangi tarih ve hangi bedel üzerinden işleyeceği konusunda kanunda net ve açık bir düzenleme yer almamıştır.

<sup>152</sup> Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 151-152; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 177.

Kanımızca gecikme faizinin ilk ihale bedeli üzerinden işlemesi gerekecektir.<sup>153</sup> Ancak öğretide gecikme faizinin iki ihale bedeli arasındaki fark tutarı üzerinden işlemesi gerektiği de ifade edilmiştir.<sup>154</sup>

Gecikme faizinin işlemeye başlayacağı tarih olarak da, ilk artırımda ihale alıcısına ihale bedelini ödemesi için icra müdürü tarafından verilen sürenin sonu esas alınmalıdır.<sup>155</sup> Eğer ihale alıcısına peşin ödeme şartı getirilmiş ise bu durumda gecikme faizi ihale gününü takip eden ilk günden itibaren işlemeye başlayacaktır. İcra müdürü ihale alıcısına on günlük bir ödeme süresi tanımış ise bu durumda gecikme faizi, on günün bitiminden itibaren işlemeye başlayacaktır. Yargıtay'da bu konuda gecikme faizinin işlemeye başlayacağı tarih olarak ihale alıcısına ihale bedelini ödemesi için icra müdürü tarafından tayin edilen sürenin bitiminin esas alınması gerektiği görüşündedir.<sup>156</sup> Gecikme faizi, ikinci artırma da ihale kararı alınmış ise icra müdürü tarafından ihale alıcısına ihale edildiğine ilişkin karar tarihine kadar işlemeye devam edecektir. Bu durumda faizin bitim tarihi ikinci artırımda verilen ihale tarihi olacaktır. Eğer ikinci artırımda da ihale kararı alınmamış ise bu durumda taşınmazın bundan sonra yapılacak satışlarında ihale bedelinin ödenerek ihalenin sağlıklı bir şekilde gerçekleştirildiği ihalenin ihale tarihine kadar da işlemeye devam edecektir.

Gecikme faizi oranı hakkında da İcra ve İflas Kanunu'nda bir düzenleme yer almamıştır. Bu duruma gecikme faizi için 3095 Sayılı Ka-

<sup>153</sup> Y. 12. HD 27. 09. 2005 T. E. 14524 K. 18206 "İlk ihalede mahcuzu belirlenen değer üzerinden satın alan ihale alıcısının, verilen süre içinde parayı ödememesi halinde, bu sürenin bittiği tarihten itibaren (miktar ve tarih itibarıyla) borcun bilinen bir borç olması karşısında, ihale bedeli üzerinden temerrüdü olduğundan, temerrüt faizinin ilk ihalede sürülen pey bedelinden hesaplanması gerekirken, iki ihale bedeli arasındaki fark üzerinden hesaplama yapan bilirkişi hesaplaması esas alınarak sonuca gidilmesi de doğru görülmemiştir." (Uyar, Talih; Şerh, C. 6, s. 10032); Y. 12. HD 03. 02. 1998 T. E. 1997/15090 K. 716 (Uyar; Şerh, C. 6, s. 10058) Aksi Yönde; Y. 12. HD 10. 12. 1999 T. E. 14800 K. 16141 "...Tüm alıcılar ve kefilleri teklif ettikleri bedel ile son ihale bedeli arasındaki farktan ve temerrüt faizinden sorumlu olduğundan faize esas alacağın bu fark olarak alınması gerekirken ihale bedeli üzerinden hesaplanması doğru değildir." (Uyar; Şerh, C. 6, S. 10032-10033; Erturgut, Mine; a. g. e., s. 152).

<sup>154</sup> Erturgut, Mine; a. g. e., s. 152; Aslan, Elif K.; a. g. e., s. 178.

<sup>155</sup> Erturgut, Mine; a. g. e., s. 154; Aslan, Elif K.; a. g. e., s. 179.

<sup>156</sup> Y. 12. HD 10. 12. 1999 T. E. 14800 K. 16141 "...Faiz başlangıcının para yatırma süresi olan yirmi günün hitamından itibaren alınması gerekir." (Erturgut, Mine; a. g. e., s. 154).

*nuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanun hükümlerinin*<sup>157</sup> uygulanması gerekecektir.<sup>158</sup>

### *Diğer Zararlar Kavramı*

Kanun 133. madde de ihale alıcısı ve kefillerin yukarıda açıkladığımız iki ihale bedeli arasındaki fark ve bunun gecikme faizinden sorumlu olduğunu belirtmiş ancak bunun yanında ihale alıcıları ve kefillerinden *diğer zararların* da talep edilebileceği hükmedilmiş ancak bu *diğer zararlar* kavramı içerisinde nelerin yer aldığı belirtilmemiştir. Ancak *diğer zararlar* kavramı içerisinde; taşınmazın yeniden ihalesi için yapılan ilan ve tebligat giderleri,<sup>159</sup> enflasyon nedeniyle karşılanamayan münzam zarar (Yüksek enflasyon nedeniyle, alacaklının ve borçlunun uğradığı zararın kanuni faizden fazla olması ya da iki ihale bedeli arasında fark olmasa dahi enflasyon nedeniyle ihale bedeline geç kavuşmadan kaynaklanan zarar),<sup>160</sup> son ihale anına kadar taşınmazın yanması ya da yıkılması,<sup>161</sup> taşınmazın iflas masasına girmesi<sup>162</sup> gibi nedenlerle doğmuş zararlar, diğer zararlar kavramı içerisinde mütalaa edilebilir.

<sup>157</sup> "Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılır (3095 S. K. m. 1/1). Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar arttırmaya yetkilidir (m. 1/2). Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için birinci madde de belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur (m. 2/1). Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur (m. 2/2)."

<sup>158</sup> Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 154; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 179.

<sup>159</sup> Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 235 dn. 47; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 180; Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1417.

<sup>160</sup> Kuru, Baki, *a. g. e.*, C. 2, s. 1418; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 180; Gökçe, Ziya; *a. g. m.*, s. 42; Uyar, Talih; *İİK Şerhi*, C. 6, s. 10024.

<sup>161</sup> Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 235 dn. 47; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 180.

<sup>162</sup> Arslan, Ramazan; *a. g. e.*, s. 235 dn. 47; Aslan, Elif K.; *a. g. e.*, s. 180.

### Sorumlu Olunan Meblağın Tahsili

İhale bedeli farkı ve temerrüt faizi ayrıca hükme hacet kalmaksızın dairece tahsil olunur (m. 133/2, c. 2). Bu hükme göre icra dairesi bir mahkeme hükmüne ihtiyaç duymaksızın resen ihale alıcıları ve kefillerinden ihale farkı ve temerrüt faizini talep ve tahsil yoluna gidebilecektir. İcra dairesi, ihale bedeli ve farkının tahsili için alacaklı ya da borçludan bir takip yapması ya da bir alacak davası açmasını isteyemeyeceği gibi alacaklı ya da borçlu da re'sen ihale bedelinin farkı ve faizin tahsili için dava ve takip açamaz.<sup>163</sup> İhale bedeli farkı ve temerrüt faizinin, ihale alıcısının yatırmış olduğu teminattan öncelikle tahsili yoluna gidilecektir (m. 133/2, c. 3). Teminat bedeli yeterli olmadığı takdirde, icra müdürü ihale alıcısı veya alıcılarının varsa kefillerinin şahsi mal varlıklarını re'sen haczedip, paraya çevirip gerekli tahsilâtı yapacaktır.<sup>164</sup>

İhale farkı ve gecikme faizinin tahsili için dava açılması durumunda da Mahkemece davanın hukuki yarar bulunmadığı gerekçesi ile reddi gündeme gelebilecektir. Gerçekten de hukuki yarar bir dava şartıdır.<sup>165</sup>

Aynı şekilde ihale farkı ve gecikme faizinin tahsili icra takibi yapılması da kanun hükmünün amacına ve ruhuna da uygun düşmedi-

<sup>163</sup> Y. 12. HD 11. 10. 1982 T. E. 6695 K. 7121 "...İhale feshi ve farkının alınmasını hükme bağlayan İİK'nın 133. maddesinin 3. fıkrasında .... denilmektedir. Görülüyor ki, yeni bir dava yoluna veya ayrı bir icra takibine başvurmaya yer kalmaksızın, satış parasının yatırılmaması nedeni ile bozulmasına karar verilen ilk ihalenin en yüksek değer teklif eden alıcısı, ikinci ihale ile arada belirecek farktan geçen günler faizinden sorumlu tutulmuştur. Bu hüküm ayrı bir dava veya binnetice icra yoluna başvurulamayacağını açıklamakta ve ihaleyi gerçekleştiren icra veya satış memurluğunca farkın alınmasını buyurucu şekilde ortaya koymaktadır." (YKD, 1983/4, s. 556); Y. İİD 18. 05. 1970 T. E. 5167 K. 5300 "Derhal veya verilen mühlet içinde satış bedelini ödemeyerek ihalenin bozulmasına sebebiyet veren ilk müşteri iki ihale arasındaki farkı tazmin etmekle mükelleftir. İhale farkı ve geçen günlerin faizi ayrıca hükme hacet kalmaksızın satış memurluğunca kendisinden tahsil olunur. (İİK 133) madde hükmü mutlaklıdır." (Yelekçi, Memduh; *a. g. e.*, s. 299; Karayazgan /Varol; *a. g. e.*, s. 264); Aynı doğrultuda; Y. 12. HD 13. 10. 1986 T. 13. 10. 1986 T. E. 2920 k. 10394, Y. 12. HD 20. 05. 1985 T. E. 1984/14581 K. 4842, Y. 12. HD 21. 03. 1985 T. E. 1984/12684 K. 2680, Y. 12. HD 08. 03. 1983 T. E. 393 K. 1721, Y. 12. HD 24. 02. 1983 T. E. 394 K. 1355, Y. 12. HD 02. 04. 1981 T. E. 2064 K. 3336 (Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 506-509)

<sup>164</sup> Muşul, Timuçin; *a. g. e.*, s. 605; Kuru/Arslan/Yılmaz; *a. g. e.*, s. 374; Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1417.

<sup>165</sup> Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1416.

ği gibi böyle bir işlem de aynı zamanda ihale alıcısı ve kefillerinin de durumunu haksız yere ağırlaştırıcı bir durum teşkil etmektedir. Zira böyle bir durumda ihale alıcısı ve kefillerini takip masrafı ve vekâlet ücreti ödeme yükümlülüğü altına sokacaktır ki bu durum da madde hükmüme aykırılık teşkil edeceği gibi hakkaniyete de uygun düşmeyecektir. Zira Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 11. 10. 1982 tarihli kararında bu konuyu güzel bir şekilde vurgulamıştır;

*“... Yeni bir dava yoluna veya ayrı bir icra takibine başvurmaya yer kalmaksızın, satış parasının yatılmaması nedeni ile bozulmasına karar verilen ilk ihalenin en yüksek değer teklif eden alıcısı, ikinci ihale ile arada belirecek farktan, geçen günler faizinden sorumlu tutulmuştur. Bu hüküm, ayrı bir dava veya binnetice icra yoluna başvurulamayacağını açıklamakta ve ihaleyi gerçekleştiren icra veya satış memurluğunca farkın alınmasını buyurucu şekilde ortaya koymaktadır. Böylece bütünü zararın alınması görevi daire veya memura verilmiş olmasına rağmen, yasanın bu açık hükmü bir tarafa bırakılarak, dava veya icra takibi açılması kabul olunmaz. Nitekim 4. Hukuk Dairesinin 20. 10. 1967 tarih ve 7598-6838 sayılı, HGK. 'nun 02. 06. 1973 tarih ve 919-494 sayılı kararlarında, “... Kolay, çabuk bir yola, özel görevli daireye (icra veya satış memuru) başvurulacağı yerde dava yahut icra yoluna gidilerek, eylemi işleyeni avukatlık parası ve yargılama gideri ile sorumlu kılıp ödemekle sorumlu olduğu tutarın artırılmasının sağlanamayacağına” işaret edilmiştir.*

Olayda ortaklığın giderilmesi ilamının infazı gereği satış memurluğunca çıkarılan gayrimenkulün ilk ve ikinci ihalesi arasındaki fark ve bu farka ait faiz, ortaklar tarafından ilk ihale alıcısından adi takip yolu ile istenilmiştir. Borçlu süresinde itiraz etmiştir. Açıklandığı gibi, satış dosyası üzerinde satış memuru tarafından İİK 133/3. madde hükmü uygulanacak ve ilk ihale alıcısından bu zarar istenilecek idi. Satış memurunun anılan madde hükmünün yüklediği bu görevi hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde, satışa karar veren ve nezaret eden Sulh Hukuk Mahkemesi nezdinde itiraz ve şikâyet hakkının kullanılması yerine, İİK 133/3 maddesi hükmüne aykırı, nezaret ve inceleme merciini değiştirmeye müncer olacak biçimde sonuç verecek olan **“müstakil şekilde açılmış icra takibine vaki itirazın kaldırılması isteğinin reddine, alacaklı vekilinin satış memurluğuna müracaatta muhtariyetine “karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi bozma sebebidir.”**<sup>166</sup>

<sup>166</sup> Y. 12. HD 11. 10. 1982 T. E. 6695 K. 7121 (YKD, 1983/4, s. 556).

İhale farkı ve faiz dışındaki kalan diğer zararlar için icra müdürlüğüne doğrudan takibat ve tahsilât yapılması mümkün olmayıp bu tür zararların tahsili yargılamayı gerektirdiğinden mahkemeye müracaat etmek gerekecektir.<sup>167</sup> Ancak burada istisnai bir özellik arz eden şu hususu belirtmek isteriz ki; kanımızca diğer zararlar kavramı içerisinde yer alan *tamamlayıcı artırma ve diğer artırımlar için yapılan satış masrafları* bir mahkeme hükmüne ihtiyaç duyulmaksızın icra müdürlüğüne doğrudan tahsil edilebilmelidir. Zira bu masrafların diğer ihale bedeli farkı ve gecikme faizinin hesaplanması gibi icra müdürü tarafından kolaylıkla tespiti ve hesaplanması mümkün olup, icra dairesi tarafından bir mahkeme hükmüne gerek olmadan ihale alıcısı ve kefillerinden tahsili yoluna gidilebilmesi de mümkün olmalıdır.<sup>168</sup> Yargıtay'da bir kararında aynı yönde görüş bildirmiştir.<sup>169</sup>

İcra dairesince m. 133 gereğince, iki ihale arasındaki fark meblağı ile gecikme faizinin ihale alıcısı ve kefillerinden tahsili için ilgililerin bu konuda bir talebine gerek var mıdır? Kanımızca bu konuda ilgililerin bir talebine ihtiyaç olmaksızın icra dairesinin resen tahsil yetkisi söz konusudur.<sup>170</sup> Ancak öğretilerde<sup>171</sup> teorik olarak bir talebe gerek olmadığı söylenebilirse de, tahsile yönelik işlemlerin bir masraf gerektireceği bu sebeple de icra dairesine müracaatla talepte bulunmanın

<sup>167</sup> Akyazan, Sıtkı; *Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi*, s. 61; Ansay, Sabri Şakir; *Hukuk İcra Usulleri II*, s. 232; Ögütçü, A. Tahir; *a. g. e.*, s. 108.; Kuru, Baki; *İcra ve İflas Hukuku*, s. 396, dn. 32; Kuru / Arslan / Yılmaz; *a. g. e.*, s. 374 dn. 38.

<sup>168</sup> Kuru, Baki; *a. g. e.*, C. 2, s. 1416, Aslan, Elif K. , *a. g. e.*, s. 182; Erturgut, Mine; *a. g. e.*, s. 156-157; Gökçe, Ziya; *a. g. m.*, , s. 41.

<sup>169</sup> Y. 12. HD 02. 04. 1981 T. E. 2064 K. 3336 "...Alacaklı tarafından yapılan masraflar arasında iki ihaleye ait masrafların da satış bedelinden alacaklıya ödenmesi gerekir. Bu hususlar göz önünde tutularak, alacaklının talebinin kabulü gerekirken, alacaklının ihale masraf için alıcıyı takip etmesi gerektiğinden bahisle şikâyetin reddi isabetsizdir. "(Uyar, Talih; *İhale ve İhalenin Bozulması*, s. 509).

<sup>170</sup> Kuru, Baki; *İcra ve İflas Hukuku*, s. 396, dn. 32b - *İcra ve İflâs Hukuku*, C. 2, . 1416; Gökçe, Ziya; *İki İhale Farkının Alınması*, s. 42.

<sup>171</sup> Akyazan, Sıtkı, *a. g. e.*, 61-62 : "Son ihale alacağı karşılammakta ve birinci ihale ile son ihale arasındaki bedel farkından alacaklı istifade etmekte ise icra dairesi alacaklının veya borçlunun talebini beklemeden iki ihale arasındaki bedel farkının tahsili talebini de tazammun eder. Alacaklı alacağının tamamını tahsil etmek istemektedir bununla beraber iki ihale arasındaki farkın tahsiline tevessül olunabilmesi için muktazi takip masraflarının alacaklı veya borçlu tarafından daireye müracaat olunarak ödenmesi lüzumunu göz önünde tuttuğumuz takdirde bu hususta re'sen takibe geçebilecek durumda olan icra dairesinin binnetice bir müracaata intizar mecburiyetinde bulunduğunu kabul etmek icap eder.

bir zorunluluk olarak ortaya çıktığı da ifade edilmektedir. Kanımızca icra dairesinin tahsile yönelik işlemlerinin bir masraf gerektirdiği tarafımızca da kabul edilmek üzere, m. 133 hükmünün gereğini yerine getirmek ve uygulanırılığını sağlamak için de icra dairesinin satış talebinde bulunduğu zaman gerekli giderleri öngörerek bu masrafları da alacaklıdan istemesi mümkündür. Alacaklı açısından da mali bir külfet getirmemesi için, icra dairesinin sadece tahsile yönelik işlem yapmak durumunda kalması halinde gerekli giderlerin karşılanması amacıyla alacaklıya çıkaracağı muhtıranın tebliğ masrafı için gerekli posta giderlerini peşin olarak alması halinde de sorunun çözümü mümkündür. Konuya sırf masraf açısından yaklaşarak, uygulamada masrafsız icra dairesince işlem yapılamayacağından bahisle, bu konuda bir talebin zorunlu olduğunu belirtmek kanunun amacına ve ruhuna uygun bir çözüm yolu olarak gözükmemektedir. İcra dairesine bu yetki kanun tarafından kendisine tanınmış olup ayrıca bu bir icra dairesinin resen uygulamakla yükümlü olduğu bir görev olarak nitelendirilebilir. Zira 133. madde hükmünde “*dairece tahsil olunur*” deyiminin amacı ve anlamı, tahsil işleminin resen icra dairesi tarafından uygulanması gerektiğidir. Zira 133/1. madde hükmü ihale bedelinin ödenmesi durumunda ilgililerin talebi ile bağlı olmaksızın, icra dairesinin resen ihalenin kaldırılması kararı verebileceğini öngörmüş ise ve bunu icra dairesince yerine getirilmesi zorunlu olan bir yükümlülük olarak nitelendirmiş ise, ihale bedelinin ödenmemesinden kaynaklan; ihale bedeli farkı, gecikme faizi ve satış giderlerinin ihale alıcıları ve kefillerinden tahsil ve talebinin, ilgililerin talebine ihtiyaç duyduğunu söylemek yukarıda da ifade ettiğimiz üzere anılan madde hükmünün amacına, ruhuna ve bütünlüğüne aykırı bir yorum teşkil edecektir. Ancak Yargıtay’ın iki ihale bedeli arasındaki farkın icra dairesince tahsili için, ilgililerin talebinin gerekli olduğu yönünde kararları mevcuttur.<sup>172</sup>

<sup>172</sup> Y. 12. HD 18. 10. 1994 T. E. 13097 K. 12528 “...İcra işlemlerinde kural olarak ilgilinin talebi üzerine icra müdürü harekete geçer, talep yasaya uygun ise, işlemi yerine getirir. İİK 133/2 maddesi gereğince, iki ihale arasındaki farktan, alıcıyı sorumlu tutmak için bu konuda talep gerekir. (Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 24. 02. 1983 tarih 394/1355 sayılı ve 09. 05. 1985 tarih, 1452/4432) sayılı kararları) olayda ilgilinin İİK 133/2 maddesindeki zararların ilk alıcıdan tahsili için bir talebi yoktur. İcra müdürlüğü ancak talep halinde ilgiliden bu zararın tahsilini isteyebilir.” (Pehlivanlı, M. Gündüz; a. g. e., s. 987); Y. İİD Y. İİD 06. 03. 1956 T. E. 937 K. 1273 (Gürsel, Nurettin; a. g. e., s. 148-149; Tuncay / Demirhan; *İcra ve İflâs Kanunu*, s. 386); Y. 12. HD 04. 12. 1990 T. E. 5002 K. 12488 (Uyar; *Taşınmaz Satışlarında İhale Bedelinin Ödenmemesi*, s. 770).

Öğretide bu konu ile ilgili olarak alacaklı ve borçlu açısından bir ayırım yapılmış olup özellikle ihale bedelinin alacaklının alacağını tamamı ile karşılması durumunda ve iki ihale bedeli arasındaki farktan sadece borçlu istifade etmekte ise, iki ihale arasındaki bedel farkının tahsili için borçlunun talebine gerek olduğu bildirilmiştir.<sup>173</sup>

İcra müdürü, ihale alıcısı ve kefillerinin sorumlu olduğu ihale bedeli farkı, gecikme faizi ve satış masraflarını dosyadaki mevcut teminattan karşılayacak, teminatın yeterli olmadığı durumda da, sorumlu kişilere bu konuda bir muhtıra tebliğ ederek, muhtırada dosyada mevcut teminatın mahsubundan sonra bakiye sorumlu oldukları meblağın tayin edilen süre içerisinde icra dairesine ödenmesini, tespit olunan meblağın icra dairesine tayin edilen süre içerisinde ödenmemesi durumunda malvarlıklarına yönelik olarak haciz işleminin uygulanacağını ihtar etmelidir.

İhale alıcısı ve kefilleri icra müdürünün bu işlemine karşı m. 16 gereğince icra mahkemesinde şikâyette bulunabileceklerdir. Şikâyet sebepleri arasında, icra müdürünün m. 133 kapsamında, ihale bedeli farkı ve gecikme faizi talebinin haksız olduğunu ki, özellikle usulüne uygun olarak süresi içerisinde tamamlayıcı artırma yapılmaması ya da tamamlayıcı artırma yolunun terk edilerek normal prosedüre göre taşınmazın satışa çıkarılması halleri buna örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca tespit olunan bedellerin yanlış hesaplanmasından kaynaklanan sebepler de şikâyet konusu yapılabilecektir.

## KAYNAKÇA

- Açar, Osman / Erciyeş, Rıdvan Bülent; İçtihatlı ve Yürürlükteki Hükümleriyile Yeni İcra ve İflâs Kanunu, Ankara 1955.
- Akyazan, Sıtkı; Cebri İcrada İhale Ve İhalenin Feshi, İstanbul 1959.
- Ansay, Sabri Şakir; Hukuk İcra Usulleri II, Ankara 1937.
- ARAL, Fahrettin; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Ankara 2003.
- Arar, Kemal; İcra ve İflâs Hükümleri, Ankara 1944.
- Arslan, Ramazan; İcra-İflâs Hukukunda İhale Ve İhalenin Feshi, Ankara 1984.

<sup>173</sup> Akyazan, Sıtkı; *a. g. e.*, s. 62.



- Artus, Amil; İhalenin Feshi ve Farkının Tahsili (Adliye Ceridesi, S. 1943/5 s. 300 vd.)
- Aslan, Elif Kısmet; İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu İle Paraya Çevrilmesi, İzmir2004.
- Bekişoğlu, Pertev Rıza; İhale Bedelinin Ödenmemesi (Jurisdiction, S. 1957/4, s. 213 vd.)
- Belgesay, Mustafa Reşit; İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2. Tabı, İstanbul 1949.
- Belgesay, Mustafa Reşit; İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 4. Tabı, 1. Cilt, İstanbul 1955.
- Berkin, Necmeddin M. ; İcra Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 1969.
- Berkin, Necmeddin / Üstündağ, Saim; Notlu İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu, 1970.
- Çatalkaya, Cevdet / Bandakçioğlu, İhsan; İcra ve İflâs Kanunu Şerhi (Son Değişikliğe Göre Hazırlanmış Ve Eleştirilmiş İlmî Ve Kazai İçtihatlı), Ankara 1967.
- Demir, Nurettin / Demir (Baktiroğlu), Rezan / Hınçal, Salih; Tatbikatta İçtihatlarla İcra Ve İflâs Kanunu, Adana 1970.
- Doğruer, Tarık / Gülerüzlü, Abdullah / Ayan, Şefik; İcra ve İflâs Kanunu ve Seçilmiş İçtihatlar, Ankara 1954.
- Elçin Grassinger, Gülçin; Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1996.
- Ercan, İsmail; İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006.
- Eriş, Gönen; Gerekeçeli- Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, Ankara 2005.
- Erturgut, Mine; İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2000.
- Gökçe, Ziya; İki İhale Farkının Alınması, (Manisa BD , 2000/2, S. 73, s. 21 vd.)
- Gürsel, Nurettin; İcra Ve İflâs Kanunu Ve Tatbikatı, Ankara 1958.
- Hüdayioğlu, Behçet; 538 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikleriyle İcra ve İflâs Kanunu Ve Tatbikatı Yargıtay Kararlarıyla, Ankara 1967.
- İpekçi, Nizam; İcra ve İflas Kanununun Tatbikatı (Şerh), Ankara 2001.
- Karahacıoğlu, Ali Haydar / Doğrusöz, M. Edip / Altın, Mehmet; Türk Hukukunda Rehin, Ankara 1996.
- Karal, Cavit; İcra İflâs Kanunu (Emsal Yargıtay Kararlarıyla Açıklamalı), Ankara 1972.
- Karayazgan, Güngör / VAROL, Behlül; Tatbiki İcra Ve İflâs Hukuku Ve En Son İçtihatlar, İstanbul 1971.
- Karslı, Abdürrahim; İcra ve İflas Hukuku Pratik Çalışmaları, İstanbul 2002.
- Karslı, Abdürrahim / Koç, Evren / Kavasoglu, Abdurrahman; İcra Ve İflâs Kanunu, Tebligat Kanunu Ve İlgili Mevzuat, 3. Baskı, İstanbul 2005.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. ; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2005.

- Korkusuz, M. Refik; İcra Hukuku ve Uygulaması, Ankara 2004.
- 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 Müddetler (Süreler), (Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 621 vd.)
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder; İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2004.
- Muşul, Timuçin; İcra ve İflas Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2005.
- Olgaç, Senai; İcra - İflâs, C. 1, Ankara 1978.
- Olgaç, Senai / KÖYMEN, Haydar; Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk İcra ve İflâs Kanunu, 2. Baskı, İstanbul 1965.
- Öğütçü, A. Tahir; İcra ve İflâs Kanunundaki Yenilikler, Kayseri 1965.
- Özekes, Muhammet; İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle Yapılan Artırma (Tamamlayıcı Artırma), (DEÜHFD, C. 5, S. 1, İzmir 2003, s. 167 vd.)
- Özkan, Hasan; İcra ve İflas Davaları Tatbikatı, Ankara 1999.
- Özümücü, Seda; Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, İstanbul 2005.
- Pehlivanlı, M. Gündüz; Açıklamalı İcra Ve İflâs Kanunu, C. 1, Ankara 1998.
- Pekcanitez, Hakan; İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin Özkan, Meral / Özekes, Muhammet; İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2004.
- Postacıoğlu, İlhan E. ; İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.
- Reisoğlu, Seza; Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992.
- Reşit, Mustafa; Yeni İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İstanbul 1932.
- Sirmen, A. Lâle; Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.
- Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Baskı, İstanbul 1993.
- Tuncay, Salih / Demirhan, H. Orhan; Yeni ve Değişik Hükümleriyle İcra ve İflâs Kanunu, Ankara 1965.
- s. 173 vd.)
- Uyar, Talih; Gerekçeli-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 6, 2006.
- Uyar, Talih; İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması, 2. Baskı, Manisa 1988.
- Uyar, Talih; Taşınmaz Satışlarında İhale Bedelinin Ödenmemesi (İİY 133), (Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, 1. Cilt, İstanbul 2001, s. 755 vd.)

- Uyar, Talih; Takip Hukukunda İhale Bedelini Ödememek Suretiyle İhalenin Feshine Sebep Olan Alacaklıların Sorumluluğu (ABD, S. 1979/4, s. 15 vd.)
- Uyar, Talih; İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle İhalenin Feshi (İBD , S. 1976/1-4, s. 156 vd.)
- Uyar, Talih; KDV Ödeme Süresi Ne Zaman Başlar (Konya BD. , S. 12, 1995, s. 50 vd.)
- Üstündağ, Saim; İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet / Özdemir, Refet; Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1987.
- Yelekçi, Memduh; İcra Ve İflâs Kanunu, Notlu-Açıklamalı Emsal Yargıtay Kararıyla, Ankara 1986.
- Yelekçi, Memduh / Yelekçi, İlhami / Özenç, Avni; Son Değişikliklere Göre Tatbikatta Notlu-İzahlı-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu İlgili Kanunlar ve Yönetmeliği, Ankara 1970.
- Yelekçi, Memduh / Yelekçi, İlhami / Gençel, İhsan; Son Değişikliklere Göre Tatbikatta Notlu-Gerekçeli-İzahlı-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu İlgili Kanunlar ve Yönetmeliği, Ankara 1973.
- Yıldırım, M. Kâmil; İcra Hukuku Ders Notları, 2. Baskı, İstanbul 2004.
- Zevkliler, Aydın; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara 2004.

# GEÇMİŞTEN BUGÜNE MALİ İDARE

Serkan AĞAR\*

## I. Giriş

Cumhuriyet döneminde olduğu kadar Osmanlı döneminde de vergi, devletin yaşam kaynaklarının başında gelmekte ve gerek takibine ve gerekse de tahsiline son derecede özen gösterilmekteydi. Öyle ki, vergi memurları devletin başka hiçbir vesile ile uğramadığı dağ köylerine bile katır sırtında çıkmakta ve tahsilat mutlaka gerçekleştirilmekteydi.

Bu itibarla, Osmanlı ve Cumhuriyet dönemleri maliye teşkilatının oluş ve gelişimine geçmeden önce, Osmanlı'daki vergi kavramına değinmekte yarar vardır.

Osmanlı'da bilinen en eski verginin, Osman Gazi zamanında ve Kütahya'da (Germiyan), "pazar rüsumu" adı ile Karacahisar'ın pazar yerinden alındığı söylenir.<sup>1</sup> Bu ilk verginin nasıl alındığı konusu 15. yüzyıl Osmanlı tarihçisi Aşıkpaşazade'nin eserinde geçer ve şöyle hikâye edilir:<sup>2</sup>

*"Kütahya'dan adamın biri kalkıp geldi. 'Bu pazarın vergisini bana satın' dedi. Halk, 'Osman Han'a git' diye cevap verdi. Adam, Han'a gidip sözünü söyledi. Osman Gazi 'Vergi nedir?' diye sordu. Adam 'Pazara ne gelirse, ben ondan para alırım' diye cevap verdi. Osman Gazi, bu defa 'Senin gelenlerden*

---

\* Av., Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Sos. Bil. Ens. Kamu Hukuku (Vergi Hukuku) Anabilim Dalı doktora öğrencisi.

<sup>1</sup> Sayın, A. V., *Tarih-i Mali, Kuruluşundan Kanuni Döneminin Sonuna Kadar Osmanlı Maliye Tarihi (1299-1566)*, Maliye Bakanlığı APK Yayın No: 356, Ankara, Ekim, 2000, s. 11.

<sup>2</sup> Atsız, N., *Aşıkpaşaoğlu Tarihi*, I. Baskı, İstanbul, 1970.

*alacağın mı var ki para istersin?’ diye sordu. Adam ‘Hânım, vergi almak töredir, vergi bütün memleketlerde vardır ve padişahlar vergi alırlar’ cevabını verdi. Osman Gazi sordu: ‘Tanrı mı buyurdu, yoksa bu töreyi beyler kendileri mi koydular?’ Adam yine ‘Töredir Hânım! Ta ezelden kalmıştır’ dedi. Osman Gazi ‘Bir kişinin kazandığı şey başkasının olur mu? Kendisinin olur. Ben onun malına ne kattım ki ondan para isteyeyim? Bre adam, var git! Artık bana bu sözü söyleme, yoksa sana ziyanım dokunur!’ diye hiddetlendi. Bunun üzerine halk araya girdi ve Osman Gazi’ye ‘Hânım!’ dedi. ‘Bu pazarda bir nesnecik verilmesi adettir.’ Osman Gazi bunun üzerine ‘Madem ki öyle diyorsunuz, bundan böyle bir yük getirip satan bir akçe versin, satamayan bir şey vermesin. Koyduğum bu kanunu her kim bozarsa, Allah da onun dinini ve dünyasını bozsun’ buyurdu.”<sup>3</sup>*

Osmanlı Devleti’nde hiçbir dönem değişmeyen kural, geçici olarak konmuş olan verginin bile zamanla kalıcı hale getirilmesiydi. Daimi vergiler dışında savaş zamanlarında mutlaka yeni vergiler konmakta ve bunlara “*avâriz*” denmekteydi. Avâriz uygulamasına 16. yüzyılda başlandı ve vergi sadece nakit olarak değil, mal yahut hizmet şeklinde de alınır oldu; ancak savaşların bir türlü bitmek bilmemesi üzerine, IV. Murat avârizi kalıcı hale getirdi, üstelik oranını da artırdı. Avârizin zamanla halkın belini büker hale gelmesi üzerine ödenebilmesi için hayır vakıfları kuruldu ve halk vergiyi vakıf gelirlerinden karşılamaya çalıştı. Savaşların getirdiği yükün ağırlaşmasına karşın devlet daha başka vergiler koymaya başladı. 1689’da Viyana’nın ikinci defa kuşatılması sonrasında yaşanan bozgun maliyeyi altüst edince “*imdadıyye-i seferiyye*”, yani “*savaş yardımı*” ismi ile yeni bir vergi icat edildi. İmdadiyye-i seferiyye, ilk zamanlarda devletin varlıklı kesimden aldığı uzun vadeli borç gibi görünüyordu ama zamanla geçici bir varlık vergisi haline geldi, 1711 sonrasında ismi değiştirilip “*imdadıyye-i hazariyye*”ye çevrilip kalıcı vergi yapıldı, hatta kalıcı hale getirilmesi de yeterli görülmemiş olacak ki bunlara ek olarak savaş zamanlarında “*i’ane-i cihadiyye*” ismi altında bir vergi daha alınır oldu.<sup>4</sup>

Devletin çeşitli bahanelerle aldığı bu gibi vergilerin genel ismi “*bâd-ı hava*” idi; “*bâd-ı hava*”, “*hava rüzgârı*” demektir ve telaffuzu za-

<sup>3</sup> Bardakçı, M., “Unakıtan’a Şükredelim, Biz Gerdekten Bile Vergi Alırdık”, *Hürriyet*, 19/10/2003, s. 34.

<sup>4</sup> Sayın, *Tarih-i Mali*, s. 95. Osmanlı Devleti’nde normal vergilerin yanında yerel yöneticilerin akıllarına estiği zaman koydukları ve “*nalbaha*”, “*selamlık*”, “*cerime*”, “*pişkeş*” ve “*aylık*” gibi isimler taşıyan başka vergiler de vardı.

manla değişerek bugün bildiğimiz “*bedava*”ya dönüştü. Bedava vergiler akla gelen hemen her şeyden, mesela cinayetten, göçebe aşiretlerin kalkıp gitmesinden, kölelerini kaçırarak efendilerden, arazi sahiplerinin topraklarına bekçi dikmesinden bile alınırdı ama en ilginç “*arusiye*” denilen düğün ve gerdek vergisiydi. Gerdek vergisini, nikahı kaydeden kadı efendi tahsil eder, zenginden 1 altın, fakirden 12 akçe, orta hallilerden de bu iki miktar arasında canının istediği bir meblağı alırdı. Toprak sahibinin, arazisinde yaşayanların evlenmesi halinde vergi alma hakkı vardı, verginin miktarı gelinin bakire olup olmamasına göre değişirdi ve bu miktar bakire kız için 60, dul kadın için 30 akçe idi. Gayrimüslimler bu miktarların yarısını verir, göçebeler vergilerini para ile değil, koyunla öderler ve ödeme yapılmadan gerdeğe girilemezdi.<sup>5, 6</sup>

Bu çalışmada, Osmanlı ve Cumhuriyet dönemi maliye teşkilatı, kamu hukuku perspektifinden incelenmeye çalışılacaktır.

## II. Osmanlı Devleti’nde Mali Yapı (Hazine)

Osmanlı mali idaresi hakkında yapılacak açıklamalardan önce Osmanlı Devleti’ndeki Hazine düzeninden söz etmek yararlı olacaktır.

Osmanlılar’da, kuruluştan beri maliye hazinesi anlamına gelen ve “*Beyt’ülmal*”, “*Hazine-i Hümayun*” gibi isimlerle anılan hazine yanında, sonraları harp ve diğer olağanüstü giderleri karşılamak için bir ihtiyat hazinesi olarak düşünülen “*İç Hazine*” ya da “*Enderun Hazinesi*” de vardır. Bilindiği üzere, saray giderleri ve kapıkulu askerlerinin maaşı darlık anında bu hazineden ödenir ve sonra yerine konurdu. Defterdar iç hazinenin değil, birinci hazinenin sorumlusuydu. Ayrıca, padişahın kişisel tahsisatı demek olan “*Ceb-i Hümayun Hazinesi*” de bu-

<sup>5</sup> Bardakçı, s. 34; ayrıntılı bilgi için bkz., Şener, A., *Tanzimat Dönemi Osmanlı Vergi Sistemi*, İstanbul, 1990.

<sup>6</sup> Eşref, 19 uncu yüzyılın en meşhur hiciv şairi idi. Hicivlerinde sosyal konulara ağırlık vermiş, tek bir kıtada, zamanının en önemli isimlerini bir anda yerin dibine sokmuş ve hicivleri dilden dile dolaşmıştı. Eşref, II. Abdülhamit zamanında hükümetin “*vergi reformu*” adı altında yeni vergiler koymasını da hicvetmiş ve eski Türk Edebiyatı’na vergi konusundaki şu tek hicvi kazandırmıştı: “*Vergi miktarını ol (o) merteye arttırmalı ki, Sahib-i servet (servet sahibi) olanlar da züğürt kalmalıdır, Yalnız fahişelik vergisi haksızlık olur, Evlilerden de seviştikçe rüsum almalıdır.*”, Bardakçı, s. 34.

lunmaktaydı ve Mısır eyaletinin geliri bu hazineye girerdi.<sup>7</sup> Osmanlı Devleti'nin temeli atılıp idari, askeri ve adli alanlarda devlet teşkilatı yapılandırılırken en önemli mesele olarak mali teşkilat görülmüş ve bu da diğer devlet teşkilatı gibi Çandarlı Kara Halil Hayrettin tarafından ele alınmış ve ulemadan Kara Rüstem ile birlikte I. Murat döneminde Devlet Hazinesi vücuda getirilmiştir.<sup>8</sup>

### Osmanlı Devleti'nde Mali Yapı (Hazineler)

#### III. Selim Öncesi Hazine

Enderun (İç Hazine) Hazine-i Hassa	Birun (Dış Hazine) Hazine-i Amire Mîrî Hazine
---------------------------------------	---

#### III. Selim Sonrası Hazine

Hazine-i Amire (...-1840)	İradı-ı Cedid Hazinesi (1793-1807)	Zahire Hazinesi (1795-1839)	Tersane-i Amire Hazinesi (1805-1840)	Mukataat Hazinesi (1827-1840)	Asakir-i Mansure Hazinesi (1834-1838)
------------------------------	--	-----------------------------------	--	-------------------------------------	--

#### Tanzimat Döneminde Hazine

Hazain-i Amire	Hazine-i Maliye-i Celile (Maliye Hazinesi) (1840)
----------------	--

#### Hazineler ve İdaresi

##### Hazine-i Amire

##### (Maliye Hazinesi/Devlet Hazinesi/Dış Hazine)<sup>9</sup>

Tarih	Mali Gelişme	İdaresi
1362-1835		Başdefterdar (Şikk-ı Evvel Defterdarı)

<sup>7</sup> Ortaylı, İ., *Türkiye İdare Tarihi*, Ankara, 1979, s. 158.

<sup>8</sup> Uzunçarşılı, İ. H., *Osmanlı Tarihi*, IV. Cilt, XVI. Yüzyıl Ortalarından XVII. Yüzyıl Sonuna Kadar, 5. Baskı, TTK Yayını, Ankara, 1988, s. 331.

<sup>9</sup> Hazine-i Amire (Dış Hazine), her divan toplantısında padişahın veziriazamdaki mührü ile mühürlenir ve defterdarın gözü önünde mühr-i hümayunun kaldırılması ile açılırdı, Uzunçarşılı, s. 333.

1835-1838	Hazine-i Amire ile Darphane-i Amire birleştirildi.	Darphane-i Amire Defterdarı
1838-1839	Hazine-i Amire Darphane idaresinden ayrıldı ve Mansure Hazinesi'ne ilhak edildi. Mansure Defterdarlığı Maliye Nezareti'ne dönüştürüldü.	Maliye Nazırı
1839-1840	Maliye Nezareti, Hazine-i Amire ve Mukataat Hazinesi olmak üzere iki defterdarlığa ayrıldı	Hazine-i Amire Defterdarı
1840	Hazine-i Amire Mukataat Hazinesi ile birleşti ve Hazain-i Amire oluşturuldu.	Hazain-i Amire Defterdarı
1840-1922	Hazain-i Amire ve Maliye Hazinesi Hazine-i Celile-i Maliye olarak birleştirildi.	Maliye Nazırı
1923-1983		Maliye Bakanı
1983-2005	178 ve 543 sayılı KHK	Maliye Bakanı/Hazine Müsteşarlığı
2005-...	05/05/2005 gün ve 5345 sayılı kanun	Maliye Bakanlığı/Gelir İdaresi Başkanlığı/Hazine Müsteşarlığı

### İç Hazine

(Enderun Hazinesi, Hazine-i Hümayun, Hazine-i Hassa)<sup>10</sup>

Tarih	Mali Gelişme	İdaresi
1299-1840	Ceyb-i Hümayun Hazinesi (Padişahın zel hazinesi), Bodrum Hazinesi, İfraz Hazinesi, ilhane Hazinesi, Has Oda Hazinesi, Has Okur Hazinesi	Ak Hadım Ağası
1840-1847	Kimi istisnalar dışında, gelirleri Maliye Hazinesi'ne aktarılmış, Padişah ve sarayın giderleri için Maliye Hazinesi'nden tahsisat-ı seniye vermeye başlanmıştır.	Darphane Nezareti

<sup>10</sup> A.g.e., s. 332-333.



1847-1909	Ceyb-i Hümayun adı Hazine-i Hassa olarak değiştirilmiştir. 1850'de Darphane Nezareti'nin adı Hazine-i Hassa Nezareti olmuştur.	Hazine-i Hassa Nezareti
1909-1924		Genel Müdürlük
1924-2000	431 sayılı kanun ile Hilafet kaldırıldı ve Osmanlı padişahlarının tapulu taşınmazları ile padişahlık saray, kasır ve diğer emlak dahilindeki tüm menkul mallar millete intikal etti.	TBMM

### İrad-ı Cedid Hazinesi

Tarih	İdaresi
1793-1807	Talimlu Asker Nazırı ve Şıkk-ı Sani ve İrad-ı Cedid Defterdarı

### Tersane-i Amire Hazinesi

Tarih	İdaresi
1805-1840	Şıkk-ı Salis ve Tersane-i Amire Defterdarı ve Umur-ı Bahriye Nazırı

### Mukataat Hazinesi

Tarih	Mali Gelişme	İdaresi
1827-1829		Mukataat Nazırı
1829-1834	Mukataat Hazinesi ve Defterdarlığı kaldırılmış, yerine Aasakir-i Mansure Hazinesi ve Defterdarlığı ihdas edilmiştir.	Gelirlerini Mukataat Nazırı Giderlerini Masarifat Nazırı
1839-1840	1839'da Maliye Nezareti iki defterdarlığa ayrılınca tekrar kuruldu. 1840'da iltizam usulünün lağvedilmesi üzerine Hazine-i Amire ile birleştirilerek kaldırılmıştır.	

**Asakir-i Mansure Hazinesi**

Tarih	İdaresi
1834-1838	Asakir-i Mansure Defterdarı

**Zahire Hazinesi**

Tarih	Mali Gelişme	İdaresi
1795-1839	Döner sermaye şeklinde teşkilatlanmış bir iaşe kurumu hüviyetinde iken 1839'da Maliye Hazinesi bünyesine alınmıştır.	Şikk-ı Rabi Defterdarı ve Zahire Nazırı

1793 yılına gelinceye değin merkezde Hazine-i Amire (Dış Hazine) devletin tek hazinesi iken<sup>11</sup> 1793 yılında İrad-ı Cedid Hazinesi'nin kurulması<sup>12</sup> ile birlikte Osmanlı Devleti'nde mali yapıda tek hazine ve tek defterdar düzeni sona ermiştir. Adı geçen hazinenin ardından III. Selim zamanında Zahire (1795) ve Tersane (1805) hazineleri kurulmuş ve bu hazinelerin her birinin başına ayrı bir defterdar getirilmiştir. Böylece, III. Selim zamanında defterdarlık sayısı dörde çıkmıştır.

**IV. Osmanlı Maliye Teşkilatı**

Osmanlı'nın devlet teşkilatının, aydınlatılması zor olan bölümlerinden biri de, defterdarlar ile onların başında bulunduğu maliye teşkilatıdır; zira mali idare, devletin diğer kurumları Tanzimat dönemine kadar ayrıntılara ilişkin noktalar dışında statik bir görünümde iken, sürekli bir değişim içinde olmuştur. Osmanlı mali yapısının değişikliklere açık olmasının en önemli nedeni ise, bu alanın şer'i birkaç vergi dışında, büyük ölçüde şeriat dışı olmasıdır.<sup>13</sup>

Osmanlı Devleti'nde maliye teşkilatının nasıl kurulduğu ve

<sup>11</sup> Bu dönem, Enderun Hazinesi yedek hazine durumunda olduğu için "tek hazineli dönem" olarak nitelendirilebilir.

<sup>12</sup> İrad-ı Cedid Hazinesi, Osmanlı tarihinde kurulan ilk müstakil hazinedir, Öner, E., *Mali Olaylar ve Düzenlemeler Işığında, Osmanlı İmparatorluğu ve Cumhuriyet Döneminde Mali İdare*, Ankara, Haziran, 2001, s. 162.

<sup>13</sup> Üçok, Ç., Mumcu, A., Bozkurt, G., *Türk Hukuk Tarihi*, 9. Baskı, Ankara, 1999, s. 203.

ne biçimde geliştiği karanlıktır. Bilinen, Osmanlıların, Anadolu Selçuklularının maliye şefi “müstevfi” yerine, İlhanlılar’ın “defterdar” terimini 15’inci yüzyılda benimsemiş olduğudur. Osmanlı Devleti’nde uzun bir evrim geçiren defterdarlık ve maliye teşkilatı, 16. yüzyılda klasik biçimini almıştır.<sup>14</sup>

Divan-ı Hümayun’da maliye teşkilatını “Başdefterdar” temsil eder.<sup>15</sup> Fatih Kanunnâmesi’nde defterdar padişahın malının vekili, veziriazam ise malının gözeticisidir. Burada defterdara, veziriazamdan başka hiçbir hizmetide görülmeyen bir yetki tanınmaktadır. İşte böylece, padişah malının vekili olan defterdar, kendi konusu ile ilgili işlerde oldukça önemli yetkiler ile donatılmıştır.<sup>16</sup> II. Murat devrinde devletin gelir ve giderlerinin tespiti ve toplanması ile ilgilenen merkezde bir defterdar, eyaletlerde de onun adına iş gören kalemler vardı. Sınırlar genişledikçe defterdarların da sayısı artmıştır. Fatih Kanunnâmesi’nde mali teşkilatın başı olan başdefterdarın ve defterdarların yetkileri, maaş gelirleri tespit edilmiştir.<sup>17</sup>

18. yüzyılda maliye dairelerinin sayısı uzmanlaşma dolayısıyla arttı. Memur sayısı da birkaç yüze çıktı. Bu dönemde büroların adedi yirmi beşe ulaştı. Özellikle devlet gelirlerinde mukataa sistemine başvurmak yaygınlaştığından, maden mukataası, salyane mukataası, haslar mukataası (bu iki gelir kaynağı da iltizama verilmeye başlamıştı) haremeyn mukataası, İstanbul mukataası (ihtisab vs. gelirlerinin iltizama verilmesinden dolayı), Bursa mukataası, Avlonya mukataası, Kefe mukataası gibi yeni kalemler (bürolat) göze çarpar.

Osmanlı maliyesinin merkezi teşkilatı, merkezîyetçi devlet niteliği ile bağdaşır, bir bürokratik teşkilat değildir. Osmanlı maliye teşkilatı, bütün geleneksel devlet sistemlerindeki gibidir. Vergi toplamak, kaynakları tespit etmek bakımından modernleşen 17-18. yüzyıl devletlerin mali organizasyonuna sahip değildi. Nitekim 1568 yılında bütün merkez maliye teşkilatındaki memur ve şakird (çırak-aday) sayısı 222 idi.

<sup>14</sup> “Osmanlı mali örgütü üzerinde Bizans, Abbasi, İran ve İlhanlı etkileri vardır (...) İlhanlılar maliyeyi yöneten kimselere defterdar demektedir ki, aynı terim Osmanlılara da geçmiştir. Bununla beraber gerek bu terime, gerekse mali teşkilatın bünyesi hakkındaki ilk belirtilere Yıldırım Bayezid zamanında rastlanıyor. Ondan evvel vergi işleri ve mali işlemlerin nasıl yürütüldüğü kesinlikle açıklığa kavuşmuş bir konu değildir.”, Ortaylı, s. 158.

<sup>15</sup> Ortaylı, s. 158; Üçok, Mumcu, Bozkurt, s. 204.

<sup>16</sup> Üçok, Mumcu, Bozkurt, s. 204.

<sup>17</sup> Ortaylı, s. 158.

Personel adedi, mali organizasyonun niteliği hakkında fikir verebilir.

Mali idare de güçsüzlüğü telafi edecek biçimde oluşmuştur. Nitekim devlet gelirlerini toplamak ve masrafları tespit etmek için Osmanlı maliyesinin eyalet (beylerbeylik) ve sancak gibi taşra idare birimlerinde tımar ve mal defterdarı denilen maliye memurları vardı. Kenar defterdarlığı da denen bu birimlerden merkeze gelen işlerle başdefterdar ilgilenir, gerekirse hükümdara maruzatta bulunurdu. II. Selim ve III. Murat devirlerinde, yani 16. yüzyılın ikinci yarısında Anadolu defterdarlığının görev sahası İstanbul, Karaman ve Sivas olmak üzere üçe ayrılmıştı. Yine, Arabistan vilayetlerine bakan defterdarlığın görev alanı da Şam, Halep, Trablusşam, Diyarbakır ve Erzurum olmak üzere beşe ayrılmıştı. Zamanla eyaletlerde tımar ve mal defterdarlarının sayıları artmış ve yetkileri genişlemiştir. Özellikle mukataa ve iltizam sistemi bu birimlerin yetkisini daha da arttırmıştır.

Tımar defterdarları kırsal alanda üretim birimi olan tımarların tef-tişi ile de görevliydi.<sup>18</sup>

### **A. Tanzimat Öncesi Mali Birimler (Bab-ı Defteri Kalemleri), Memurların Görev ve Unvanları**

Tanzimat öncesi dönemde devletin esas hazinesi yani hazine-i ami-re başdefterdarın yönetiminde ve sorumluluğundadır. Hazinenin gelir ve giderinin hesabını tutmak, üç kıtaya yayılmış olan devletin gelirlerini toplamak ve giderlerini yapmak, merkez ile eyaletlerin (taşranın) gelir, gider, nakit ve mahsup ilişkilerini sağlamak, devletin yıllık gelir ve giderlerini dengelemek, gelir ve gider konularında gerekli tedbirleri almak ve ilgili yılın kesin hesabını çıkarmak üzere başdefterdarlığa bağlı birimler (kalemler) kurulmuştur. Kurulan bu maliye birimlerinin tümüne “*Bab-ı Defteri*” denmiştir.<sup>19</sup>

Bab-ı Defteri olarak adlandırılan maliye teşkilatına dahil kalemleri, bugün olduğu gibi, gelir ve gider kalemleri olarak kesin hatlarla ayırmak zordur; zira genel bir bütçenin olmayışı ve bütçenin gayrisafi-liği ilkesinin uygulanamayışı sonucu kimi gelir kalemlerinin harcamaları olduğu gibi kimi gider kalemlerinin de gelirleri bulunmakta idi.

<sup>18</sup> A.g.e., s. 162-163.

<sup>19</sup> Öner, s. 169.

Tanzimat'a gelinceye kadar yaklaşık 550 yıl maliye teşkilatı kalemleri arasında zamana ve koşullara göre değişiklikler yapılmış, yenileri kurulurken bazıları yeniden örgütlenmiş ya da kaldırılmıştır; ancak Osmanlı Devleti'nde mali idare, kuruluştan Tanzimat'a kadar geçen süre içinde, istisnai kimi durumlar hariç, önemli farklılıklar göstermez.<sup>20</sup>

## 1. Merkez Mali Birimleri

### a. Defterdarlık (Bab-ı Defteri) ve Defterdar

Defterdarlık devletin teşkilat yapısı içinde mali işleri yürüten üst kuruluştur. Bu yönü ile devletin tüm merkez ve taşra mali birimleri defterdarlığa bağlı olarak çalışır. Defterdarlık birimleri ile hazinenin başında defterdar bulunur. Selçukluların "müsteofi" dedikleri vezire Osmanlılar "defterdar" demiştir. Daha önceki İslam ülkelerinde olduğu gibi, Osmanlı Devleti'nde de hükümdar tüm servetin muhafız ve murakıbi idi. Mali işlere önceleri veziriazam bakardı, sonraları bu işleri fiilen idare etmek üzere Başdefterdarlık kurumu ihdas edildi.<sup>21</sup>

Osmanlı Devleti'nde ilk defterdarın I. Murat döneminin son yıllarında ya da Yıldırım Bayezid zamanında tayin edildiği tahmin edilmektedir.<sup>22, 23</sup>

Osmanlı Devleti'nde maliye vekiline Başdefterdar denmiştir; fetihlerin artması, sınırların genişlemesi ile defterdarın sayısı üçe kadar çıkmış ise de bilhassa 17. yüzyıldan itibaren asıl iş Rumeli Defterdarı (Şikk-ı Evvel Defterdarı) denilen başdefterdarın sorumluluğu altında bulunmuştur. Başdefterdar, mali işler hakkında padişah adına tuğralı hüküm (ferman) yazmak ve göndermek yetkisini haizdi. Defterdarlar, Divan-ı Hümayun denilen vekiller meclisine dahildiler.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Aynı yer.

<sup>21</sup> A.g.e., s. 170.

<sup>22</sup> Kimi yazarlar, ilk defterdar olarak 1452'de göreve başlayan Sinan Çelebi'nin adını vermektedir, Pakalın, M. Z., *Maliye Teşkilatı Tarihi (1442-1930)*, C. I, Ankara 1978, s. 55.

<sup>23</sup> Sayın, defterdarlık adıyla bağımsız memuriyetin ilk kez Fatih Kanunnamesi ile ihdas edildiğini, Fatih'e gelinceye kadar maliye işlerinin hazine kethüdarları, beyt-ül mal emînleri ve sadrazamlar tarafından yürütüldüğünü, ilk defterdarın da "Fenari-zade Ahmet Çelebi" olduğunu ifade etmektedir, Sayın, *Tarih-i Mali*, s. 73.

<sup>24</sup> Uzunçarşılı, s. 331.

Fatih'in kanunnâmesindeki kayda göre defterdar, padişahın malının vekili ve veziriazam da nazırı idi; Devlet Hazinesi'nin açılıp kapanması defterdarın da bulunması ile yapılırdı. Defterdarın bulunduğu daireye defterdar kapısı ya da aynı anlama gelecek şekilde "Bab-ı Defteri" denirdi.<sup>25</sup>

Başdefterdar, hazine işlerini padişah adına yürütmekle görevlidir. Defterdarın divan üyesi olarak hazineye girecek her türlü tahsilattan haberdar olması gerekir. Her türlü devlet malının alınıp satılması defterdara aittir ve yılda bir kere defterdar padişahın huzurunda devlet gelir ve giderlerini tespit edip rapor sunar. Defterdar, gelir toplayıp gider yapan bir kişi olmaktan çok, Osmanlı bütçesini tespit eden memurdur. Fatih Kanunnâmesi de defterdarın görevini böyle düzenlemiştir. Defterdar, mali işlerin yürütücüsü olarak hazinenin gelir ve giderinden haberdardır. Hazinenin yetkili ve mesul memuru başdefterdardır. Yine defterdarın, tımar mukataaları veya sair mukataatın tevcihi (yani gümrük ve diğer gelir kalemlerinin ihaleye çıkarılması) gibi konularda padişaha doğrudan arzda bulunmak yetkisi vardı.<sup>26</sup>

Fatih Kanunnâmesi'ne göre, başdefterdarlığa ancak 300 akçe gündelik alan kadırlardan veya mal defterdarlarından biri tayin edilebilirdi. Defterdar, köken olarak ilmiye sınıfındandır; ancak bu memurun ilmiye sınıfı mensuplarının imtiyazına ve güvencesine sahip olmadığını belirtmek gerekir. **İlmiyeden olanların tersine siyaseten katlonabilirdi.** Defterdarların Osmanlı devrinde sayısı gittikçe arttığı halde başdefterdar bir tanedir.<sup>27</sup>

Daha 15. yüzyılda Osmanlı maliye teşkilatı gelişmiş ve temelleri oluşmaya başlamıştır. II. Bayezid devrinde defterdarların sayısı; Rumeli defterdarı ve Anadolu defterdarı olmak üzere ikiye çıkarılmıştır. 16. yüzyılın ilk yarısında Mezopotamya, Arabistan ve Mısır'da yapılan fetihler dolayısıyla bir de Arap ve Acem Defterdarlığı ihdas edilmiştir. 16. yüzyıl sonlarında Tuna boyu ülkelerindeki geniş ilhak dolayısıyla Tuna Yalılar Defterdarlığı diye bir dördüncüsünün daha kurulmasına gerek görülmüştür. Bu sonuncusu, 17. yüzyılda lağvedilmiş ve mali teşkilatın idaresi şu şekilde düzenlenmiştir:

<sup>25</sup> A.g.e., s. 331-332.

<sup>26</sup> Ortaylı, s. 159.

<sup>27</sup> Aynı yer.

*“Rumeli Defterdarı yerine Şıkk-ı Evvel, Anadolu Defterdarı yerine Şıkk-ı Sanî, Arap Acem Defterdarı yerine Şıkk-ı Salîs.”*

Rumeli Defterdarı başdeftardar olarak divana giriyordu ve maliye teşkilatının başı idi. Bu üçlü sistem III. Selim devrine kadar devam etti. Bu dönemde kısa ömürlü bir *“İrad-ı Cedid (Şıkk-ı Rabi) Defterdarlığı”* kuruldu; ancak nizam-ı cedid ordusunun ömrüne bağlı olarak yaşayan bu defterdarlık bu ordunun lağvedilmesi ile ortadan kalktı.<sup>28</sup> III. Selim döneminde, 1795’de Zahirî Nezaretî’nin kurulması ile birlikte Şıkk-ı Salis Defterdarlığı Zahirî Nazırlığı ile birleştirildi; ancak 1805 yılında Tersane Hazinesi’nin kurulmasından sonra Tersane Nazırı Şıkk-ı Salis olarak kabul edildi, Zahirî Nazırı ise Şıkk-ı Râbi derecesine indirildi. Şıkk-ı Salis Defterdarlığı 1834’de Mansure Defterdarlığı’na ilhak olundu. Böylece maliye işlerinin idaresi münhasıran Şıkk-ı Evvel Defterdarı’nın idaresine verildi.<sup>29</sup>

Fatih Kanunnâmesi gereğince her yıl başdeftardar devletin geliri ve gideri hakkında padişaha izahat verirdi.<sup>30</sup> Defterdarlıkta gelir ve giderlere ilişkin müteaddit defter tutulur, her bir deftere ait ayrı ayrı kalemler bulunurdu. Osmanlı maliyesinin en önemli dairesi, başmuhasebe kalemi olup müdürüne *“Muhasebeci-i Evvel”* ya da *“Başmuhasebeci”* denirdi. Devletin bütün gelir ve gideri bu dairede kayıtlı idi.<sup>31</sup>

16. yüzyılın ikinci yarısında maliyenin, yevmiye defterini tutan ruznamçe dairesinden başlayarak Rumeli, Anadolu muhasebe, mukataa ve mukabele ve sair kalemlerden oluşan büyüklü, küçüklü 24 dairesi vardı; bu kalem memurlarının sayısı 16. yüzyılın ikinci yarısından itibaren artmıştır. Defterdarlıktaki büyük ve küçük dereceli kalem seflerine *“hâce”* denmekte idi.<sup>32</sup>

Padişah malının vekili olan başdeftardarın yetki ve görevi çok fazla idi. Devlet Hazinesi (Dış Hazine), mali kayıtların tutulduğu ve çok önemli olan defterler onun gözetiminde idi. Öyle ki, devlet hazinesini

<sup>28</sup> Aynı yer.

<sup>29</sup> Öner, s. 173.

<sup>30</sup> *“Yıldı bir kere rikab-ı hümayunuma defterdarlarım irad ve masrafım okuyalar. Hil’at-ı fahire giysünler.”*, Kanunname-i Âli Osman, s. 22, nak. Uzunçarşılı, s. 332.

<sup>31</sup> Aynı yer.

<sup>32</sup> Maliyenin Başmuhasebeci, Anadolu Muhasebecisi, Harac Muhasebecisi, Başmukataacı, İstanbul Mukataacısı ile Evkaf Muhasebecisi’ne *“Divan-ı Hümayun Hâcegânı”* denirdi, *Koçi Bey’in Sultan İbrahim’e Takdim Ettiği Devlet Teşkilatına Ait Risale*, s. 11, nak. Uzunçarşılı, s. 332.

ve bu defterlerin bulunduğu odaları ancak defterdarın huzurunda açılırdı, bu odaları defterdar olmadan veziriazam bile açamazdı. Başdefterdar, buyruğu altındaki kalemlere gider listelerini hazırlatır, bunları kendi onayladıktan sonra veziriazamın onayına sunardı. Bu usulün yerine getirilmesini takiben gerekli para hazineden çıkardı.<sup>33</sup>

Yukarıda da değinildiği üzere, Fatih Kanunnâmesi'nde (Kanunname-i Âli Osman) başdefterdar ve diğer defterdarlar ile ilgili geniş düzenlemeler yer almaktadır. Kanunnameye<sup>34</sup> göre;<sup>35</sup>

- Defterdar padişahın malının vekili ve cümle malının nazırı olup başdefterdarın izni olmadan ne hazineye bir akçe dahil ve ne de hazineden bir akçe hariç olur,

- Hazine ve defterhane defterdarın huzurunda açılır ve kapanır,

- Yılda bir kere defterdarlar padişaha gelir ve gider durumu hakkında bilgi sunar. Defterdarlar, vezirler ve kadıaskerler gibi, padişaha arz için arz odasına girebilirler,

- Defterdarın hassı (yıllık ödeneği) 600 bin akçedir. Hazineden maaş (salyane) verilecekse 150 bin akçeden 240 bine kadar verilir. Defterdar, ayrıca, iltizam veya emanet sureti ile ihale edilen haslar kaç yük ise her yük başına imza hakkı olarak 1000 akçe, hazineye para tesliminde 1000 akçede 20 akçe "*kesr-i mizan*" adıyla alır. Defterdara hizmet eden katiplere verilmek üzere "*hakk-ı kitabet*" adıyla bir pay alınır. Padişaha gelen pişkeşler ile harac ve adet-i ağnamdan defterdara da hisse verilir. Başdefterdar 90 bin akçe ile emekli olur,

- Başdefterdar Rumeli beylerbeyi derecesindedir,

- Mal defterdarları başdefterdar olabilir. Defterdar olabilmek için önce defter emini ve şehremini olmak gerekir. Reisülküttap da defterdar olabilir,

- Mali işler hakkında padişah adına tuğralı hüküm (ferman) yazabilir ve gönderebilir,

- Bayramlarda padişah başdefterdara ayağa kalkar.

<sup>33</sup> Üçok, Mumcu, Bozkurt, s. 204.

<sup>34</sup> *Osmanlı'dan Günümüze Maliye Teşkilatı ve Görevleri Mevzuatı*, Maliye Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü, S. 1998/1, Ankara, 1998, s. 1-15.

<sup>35</sup> Akgündüz, A., *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, C. 1, Ankara, 1990, s. 318-328.



• Başdefterdar, divan-ı hümayunda yemeği, padişah ve vezir-i azam ile birlikte yer.

Görüldüğü üzere, divana dahil olan defterdar vezirlerle kadıaskerlerden sonra gelir ve günümüzdeki anlamı ile Maliye Bakanı olarak görev yapar.

Defterdarın başlıca görevleri şu şekilde özetlenebilir:<sup>36</sup>

• Başdefterdar devletin maliye vekilidir, bu çerçevede sadrazam sadece denetçidir,

• Mali konularda özel divan kurar, mali davaları dinler<sup>37</sup> ve gerekirse padişah adına hüküm verir,

• Hazinenin hesaplarını tutar, hazine adına ödemeler yapar,

• Kapıkule ocaklarının maaşlarının zamanında verilmesini sağlar,

• Padişahın özel gelir kaynaklarını denetler,

• Savaşta sadrazam ile birlikte ordu defterdarı olarak savaş alanına gider.

II. Mahmut döneminde Yeniçeri Ocağı lağvedildikten sonra biri askeri giderlerin idaresi için “*Masarifat Nezareti*”, diğeri de iltizama verilmesi usulü kaldırılan mukataaların gelirlerinin idaresi için “*Mukataat Nezareti*” olmak üzere iki nezaret kurulmuştur. 1834’te Masarifat Nezareti kaldırıldı, Şıkk-ı Evvel Defterdarlığı, Hazine-i Amire ve Mansure Defterdarlığı olmak üzere iki kısma ayrılmıştır. Nihayet, Tanzimat Fermanı’ndan bir buçuk sene kadar önce 3 Zilhicce 1253 (28 Şubat 1838) tarihli ferman ile Hazine-i Amire, Mansure Hazinesi’ne ilhak olunarak ve defterdarlık unvanı kaldırılarak “*Umur-ı Maliye Nezareti*”<sup>38</sup> kurulmuştur.

<sup>36</sup> Öner, s. 172.

<sup>37</sup> Başdefterdar ve yetkili kıldığı diğ defterdarların, akçalı konular ile ilgili anlaşmazlıkları çözme yetkileri de bulunmakta idi. Bir başka anlatımla Osmanlı Devleti’nde defterdarların mali yargı yetkileri vardı, Üçok, Mumcu, Bozkurt, s. 204.

<sup>38</sup> Pakalın, *Maliye Teşkilatı Tarihi*, s. 6-55; Pakalın, M. Z., *Tanzimat Maliye Nazırları*, C. 1, İstanbul, 1939, s. 1-29; Sayın, A. V., *Tekalif Kavaidi (Osmanlı Vergi Sistemi)*, Maliye Bakanlığı APK Yayın No: 1999/352, Ankara, Haziran, 1999, s. 154-157; Üçok, Mumcu, Bozkurt, s. 205.

## Osmanlı Devleti'nin Kuruluşundan Sonra ve Tanzimat'tan Önce Mali İdarede Görevli Defterdarlar

<p><b>Defterdarlar</b></p> <p>II. Bayezid zamanında defterdarlık makamı, “<i>Rumeli Defterdarı</i>”, “<i>Anadolu Defterdarı</i>” ve “<i>Arap ve Acem Defterdarı</i>” adıyla üçe ayrılmış; bu ayrılığa dayanılarak asıl defterdara “Başdefterdar” ya da “Şıkk-ı Evvel Defterdarı”, diğerlerine de “Şıkk-ı Sani Defterdarı” ve “Şıkk-ı Salis Defterdarı” denmiştir. Her eylaette oranın teşkilatına ve sancaklarının sayısına göre “Hazine Defterdarı”, “Mal Defterdarı” ve “Tımar Defterdarı” bulunmaktadı idi. Hazine defterdarı ile mal defterdarının görevleri hemen hemen aynıdır. Bunlar, devlete ait malların “<i>Havass-ı Hümayun</i>”dan tahsil ve takibi ile hesaplarının düzenlenmesinden sorumlu idiler. Tımar defterdarı ise, tımar teşkilatı olan yerlerde tımarlıların hisse-i yazı ve diğer kayıtlarını kaydederler idi.</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Defterdar:</li> <li>2. Başdefterdar</li> <li>3. Şıkk-ı Evvel Defterdarı</li> <li>4- Şıkk-ı Sani Defterdarı</li> <li>5. Şıkk-ı Salis Defterdarı</li> <li>6. Anadolu Defterdarı</li> <li>7. Rumeli Defterdarı</li> <li>8. Arabistan ve Kürdistan Defterdarı</li> <li>9. Mal Defterdarı</li> <li>10. Tımar Defterdarı</li> <li>11. Hazine Defterdarı</li> <li>12. Anadolu Ordusu Defterdarı</li> <li>13. Asakir-i Mansure-i Muhammediyye Defterdarı</li> <li>14. Darphane-i Amire Defterdarı</li> <li>15. Hazain-i Şahane Defterdarı</li> </ol>
--	--

### b. Defterdarlığa Bağlı Birimler (Bab-ı Defteri Kalemleri)

Başdefterdar'ın yönetimindeki Osmanlı maliyesi, gelirlerin toplandığı ve giderlerin yapıldığı çeşitli kalemlerden meydana gelmişti. Bunlardan bir kısmı hazineye, diğerleri de defterdarlıklara bağlı idi. O dönemki maliye teşkilatının ismi olan “*Bab-ı Defteri*”ye dahil kalemlerden en önemlilerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

#### aa. Büyük Ruznamçe (Ruznamçe-i Evvel) Kalemi

Ruznamçe, günlük gelir ve giderlerin kaydedildiği deftere verilen isimdir. Bu defteri tutan kişiye, “*Ruznamçeci*”<sup>39</sup> denirdi. Ruznam-

<sup>39</sup> Bir hazine veya idarenin günlük gelir giderlerini kaydedip hesap veren memura önce ruznamçeci, sonra ruznameci, daha sonra bazı görevler ilâvesiyle ceride muhasebeciliği ve biraz daha genişleterek ceride nazırlığı meydana getirildi. Daha sonra nazırlık muhasebeciliğe dönüştürüldü. Tanzimat'tan sonra (1840) Varidat

çe defteri Tanzimat'tan sonra yevmiye defteri adını almıştır. Hazine kalemlerinden büyük ruznamçe kalemi, hazinenin bütün gelir ve gider işlemlerinin yapıldığı kalemdir. Ruznamçe, gelir-gider şeklinde kaydedilen meblağların tutulmasından oluşurdu. Bu deftere, Hazine-i Amire'nin mukataat, cizye ve vakıflardan bir günde elde ettiği gelirler geliş sırasına göre numara alarak yazılırdı. Kanuni zamanında (1566) yayımlanan Maliye Teşkilâtı Kanunnâmesi'ne göre, gelen gelir önce ilgili mukataanın defterine yazılır, sonra hazine-i amirede ruznamçeye yazılır, oradan yine ilgili defterdarlığın varidat (gelir) defterine kaydedilirdi. Bu kalemde yapılan ulufe, mevacib gibi ödemeler veya satın alınan mal ve hizmet bedelleri çıkış olarak gösterilirdi. Tahsil edilecek gelirlerden ödenen giderler de mahsuben kaydedilirdi. Hazineden çıkan kumaş, kürk, altın ve gümüş de Ruznamçeci'nin izni ile yapılmakta idi. Defter yıllık olarak nevrudan nevrusa tutulmakta idi. Defterler günlük, aylık, üç aylık ve yıllık olurdu. Ruznamçecilik, Tanzimat ile birlikte kaldırılmıştır.<sup>40</sup>

### bb. Başmuhasebe (Muhasebe-i Evvel) Kalemi

Hazineye bağlı kalemlerin ikincisi olan başmuhasebe kalemi, Osmanlı Devleti'nde "*Bab-ı Defteri*", yani defterdarlığın en önemli kalemidir. Başdefterdar, daha çok politik bir şahsiyetti. Maliyenin teknik işleri, başmuhasebe teşkilatı aracılığı ile yürütülüyordu. Bu kalem 17 nci yüzyıl başlarında kurulmuştur. Bu kalemde önce Hazine-i Amire'ye bağlı Anadolu ve Rumeli Muhasebecilikleri bu görevi yapmakta idi. Başmuhasebe kaleminin amirine "*Muhasebeci-i Evvel*" veya "*Başmuhasebeci*" denirdi.<sup>41</sup>

Devletin bütün gelir, gider ve mukataat kayıtları bu kalemde tutulurdu. Hatta Enderun ve Has Ahır hazinelerinde bulunan mücevherat ve her nevi kıymetli eşya da bu kalemde kayıtlı idi. Darphane, matbah, tersane ve arpa eminlikleri, baruthane ve bunların emsali ve nüzul emanetleri ve bina emini hesapları burada görülüp incelenirdi. Darphane, tersane, arpa, baruthane, mühimmat, tophane, arabacılar vesaire için bu kalemde memur tayin edildiğinden bunların işlemleri

Muhasebeciliği'ne ilhak edildi, Sayın, *Teklif Kavaidi*, s. 162.

<sup>40</sup> Öner, s. 174-175.

<sup>41</sup> A.g.e., s. 175.

onlar vasıtasıyla yapılırdı. Bu kalem bir kesedarın ve altı sınıfa bölünerek altı hâcenin yönetimi altında olup, her hâce tophane, tersane, zahire, haremeyn hazineleri gibi çeşitli hazinelerin hesaplarına bakar, sürekli olarak bunların gelir ve giderlerini incelerlerdi. Hangi hazineden olursa olsun alacak sahiplerine verilecek borç belgeleri başmuhasebeden ödenirdi. Başmuhasebe kalemi defterdarın emrinde ise de nizama ya da hazine menfaatine aykırı bir emir çıkarsa hemen yanıt verilirirdi.<sup>42</sup> Gelir ve gider defterlerini toplayarak ve kalemlerden gelen bilgileri değerlendirerek bütçe hazırlama işini de başmuhasebe kalemi yürütürdü. Özetle, başmuhasebe kalemi, devletin hesaplarını tutan, saymanlık işlemlerini yapan ve hesapları inceleyen birimi idi.<sup>43</sup> Kayıtlar Türkçe olarak siyakat yazısı ile tutulur, belgelere Arapça siyakat rakamları konulurdu.<sup>44</sup> Başmuhasebe kalemi, birer halife veya eminin yönetiminde 1838 yılında Maliye Nezareti'nin kurulması ile birlikte "*Maliye Muhasebeciliği*" ne dönüştürüldü.

Başmuhasebe kalemi kendisine bağlı çeşitli birimlerden oluşmaktaydı. Bunlar şu şekilde sayılabilir:<sup>45</sup> Malikane Halifeliği, Muhallefat Halifeliği, Sehîm (Esham) Halifeliği, Zimmet Halifeliği, Arpa Eminliği, Bina Eminliği, Darphane-i Amire Eminliği,<sup>46</sup> Nüzul Eminliği, Odun Eminliği, Şehreminliği, Tersane Eminliği, Gümrükler, Başmuhasebeye Bağlı Hazineler, Muhassılıklar ve Voyvodalıklar, Mukataalar.<sup>47</sup>

### cc. Anadolu Muhasebesi Kalemi

Anadolu'daki askerlerin maaşlarına ait hesaplarla mukataatın defterleri bu kalemde tutulurdu. Amiri, Anadolu Defterdarı veya Şikk-ı Sani Defterdarı veya Anadolu Muhasebecisi idi. Bu isimler zaman içinde değişmiştir.

<sup>42</sup> Mustafa Nuri Paşa, *Netaciyyül-Vukuat Kurumları ve Örgütleriyle Osmanlı Tarihi*, C. III-IV, TTK, Ankara, 1992, s. 309.

<sup>43</sup> Sayın, *Tekalif Kavaidi*, s. 266-267.

<sup>44</sup> Sayın, *Tarih-i Mali*, s. 82.

<sup>45</sup> Öner, s. 176-180.

<sup>46</sup> "*Darphane-i Amire*", hazinelerle ilgili kısımda da belirtildiği üzere, 18'inci yüzyılın ikinci yarısından itibaren önem kazanarak ikinci bir hazine gibi faaliyet göstermiştir, Pakalın, *Maliye Teşkilatı Tarihi*, C. I, s. 14-25.

<sup>47</sup> Osmanlı Devleti; madenleri, gümrükleri, boyahane, simkeşhane gibi işletmeleri ve bir çok gelir kaynağının vergi toplama işini mukataa adı altında örgütlemiştir (örneğin; Adana mukataası, Espiye madeni mukataası, İstanbul simkeşhanesi mukataası).

### dd. Cizye Muhasebesi

1691 yılında yapılan vergi düzenlemesinden sonra, Osmanlı tebasası gayrimüslimlerden alınan cizye vergisinin tezkirelerinin hazırlanışı ve verginin toplanması ile uğraşan Cizye Muhasebesi en büyük gelir kalemi olarak ortaya çıktı.

### ee. Mukabele Kalemi (Piyade Mukabelesi, Süvari Mukabelesi ve Yeniçeri Kalemleri)

Mukabele kalemi kapıkulu ocaklarında bulunan süvari, yeniçeri ve acemiler gibi ulufe alanların maaş ve künye defterlerini tutardı. Amirine mukabeleci denirdi. Daha sonra bu kalem piyade, süvari, sipah, silâhdar ve yeniçeri kalemlerine ayrıldı. Bu kalem 1826'da lağvedilmiştir.

### ff. Haremeyn Muhasebesi

Bu kaleme "*Evkaf Muhasebesi*" de denir. Bu kalem, salâtin denilen büyük camilerin vakıf defterlerini tutardı. Buralarda hizmet edenlerin maaşları ile Haremeyn'e (Mekke ve Medine)'ye ait olup İstanbul ve Rumeli'de vakfedilmiş bulunan mallara ilişkin defterler burada tutulurdu. Amiri, Haremeyn Nazırı veya Haremeyn Muhasebecisi idi.

### gg. Başmukataa Kalemi <sup>48</sup>

Defterdarlara bağlı kalemlerden olan bu kalem, 16. yüzyıl sonlarında kurulmuştur. Daha önce bu görevi mukataacı yapmakta idi. Zamanla çoğunluğu ilgi alanının ismi ile anılan mukataa kalemleri ortaya çıktı. Başmukataa kalemi özellikle Rumeli'deki pirinç tarlaları, Tuna nehri kıyısındaki iskele ve tuzlaların mukataa kayıtlarını ve hesaplarını tutar berat ve tezkirelerini verirdi; ancak başmukataa kalemi 1699 yılında imzalanan Karlofça Antlaşması ile sonuçlanan savaşlarda Rumeli'deki mukataaların bulunduğu toprakların bir kısmının elden çıkmasıyla eski önemini kaybetti. Diğer taraftan; Anadolu mukataa-i sâni kalemine bağlı iken müstakil bir kalem haline getirilerek bazı mütekaid ve duacı görevleri ve has tevcihleriyle ilgilenen Haremeyn

<sup>48</sup> İrcica, *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi*, C.I, s. 517-518, nak. Öner, s. 181-182.

mukataası; padişah ile vezir-i azam, vezirler ve sair kişilere verilen haslarla bazı mukataaların hesaplarına bakan Haslar mukataası; 16 ncı yüzyıldaki Anadolu defterdarına bağlı bazı mukataalardan ayrılan ve Anadolu'daki bazı mukataalar ile ipek kapanı mukataasının hesaplarına bakan Bursa mukataası; Tesalya ve Arnavutluk'taki mukataalarla ilgilenen ve 1748'de Bursa mukataasına katılan Avlonya ve Eğriboz mukataası; Kırım'dan başka Ege sahilleri ile adalardaki kimi mukataa gelirleri ve bazı kale muhafızlarının mevaciplerini kontrol eden, 1733'de İstanbul mukataası ile birleştirilen Kefe mukataası; İstanbul ve Edirne ihtisabları, Mora iskeleleri mukataaları ve Selanik gümrüğüne bakan İstanbul mukataası; çeşitli maden gelirlerinden başka İstanbul gümrüğü başta olmak üzere bazı gümrük mukataaları, kahve, tütün ve üzüm resimlerinin hesaplarının tutulduğu Maden mukataası; Rumeli'deki koyun ve keçilerden alınan bir resim olan "*adet-i ağnam*" ve "*ağnam-ı celebkeşan*" hesaplarına bakan Ağnam mukataası; Kırım hanlarıyla Akdeniz ve Tuna donanmaları kaptanlarının salyane hesaplarıyla uğraşan Salyane muhasebesi ayrı birer kalem olarak görev yapmaya başladılar. Bu kalemin görevleri 1838'de Maliye Nezareti kurulduğunda teşkil edilen Mukataat Muhasebesi'ne devredilmiştir.<sup>49</sup>

### hh. Mevkufat Kalemi

Bu kaleme, "*Rüsum Kalemi*" de denirdi. Görevi, örfi vergilerle avâ- rız ve bedel-i nüzul vergilerine bakmak, bir gider için tahsis edilip harcanmadan kalan parayı (mevkuf akçe) hazineye geçirmek, menzil kayıtlarını tutmak ve giderlerini karşılamak, harp zamanı vilâyetlerin gönderdiği askerlere verilen tahsisat ve iâşe giderlerini temin etmekte. Sefer halinde ordunun ot, saman ve yem ihtiyacını da karşılardı. Mevkufat kaleminin gördüğü bu hizmetlere karşılık gelirleri ise avâ- rız, bedeli nüzul, bedel-i sürsat ve bedel-i iştira idi.<sup>50</sup>

### ii. Sâlyâne (Maaşlar) Kalemi

Devlet memurlarının maaşlarına ilişkin defterleri tutarlardı.

Sayılan kalemler dışında; mali suçlara ait davaların görülmesi için

<sup>49</sup> Öner, s. 181-182.

<sup>50</sup> Aynı yer.

bir “Maliye Mahkemesi” vardı. Burada iddia makamı görevini gören başbakıkkulu aynı zamanda maliyenin alacaklarının takibi ile de görevliydi ve gerekli takibatı emrindeki bakikulları ile sağlardı.

### c. Osmanlı Maliyesinde Memuriyet Unvanları<sup>51</sup>

Yukarıdaki açıklamalardan da görüleceği üzere, birimlerin isimleri ile görev yapan memurların unvanları asırlar boyunca sayısız kere değişikliğe uğramıştır. Bu husus günümüz için de geçerlidir. Osmanlı’da bu alandaki en büyük değişikliklere ıslahat hareketlerinin hız kazandığı 19’ .yüzyıl başlarından itibaren rastlanmakta, özellikle II. Mahmut ve Tanzimat dönemlerinde idari birimler ve görev unvanları neredeyse tamamına yakın oranda değişikliğe uğramış bulunmaktadır. İdarede önemli değişikliklerin yapıldığı bu iki dönemle, değişikliklere devam edildiği daha sonraki Meşrutiyet döneminde birimlerin ve görevlilerin unvanları, bağlı olduğu merciler takibi güç olacak derecede sık değişikliklere uğramıştır. Öte yandan, bu değişiklikler genelde bir sisteme bağlı olmadığı, eski ile yeni bir arada devam ettirdiği için aynı müessese veya görevler farklı şekillerde ifade edilebilmiştir. Ayrıca aynı unvan veya birim adlarının birbirinden farklı statüde birim veya görevliler için sıkça kullanıldığı görülmüştür. Diğer taraftan, günümüzde olduğu gibi, daire ve unvanlar için zaman zaman eskileri bırakılıp yeni tabirler kullanıldığına da sıkça rastlanmaktadır. Örnek olarak bir dönem bir birimi yönetenlere emin denilirken, daha sonra müdür, bir dönem de nazır tabirinin yaygın olarak kullanıldığı göze çarpmaktadır. Bütün bu hususlar dönemle ilgili açıklamaların anlaşılmasını zorlaştırmaktadır.

Osmanlı Devleti’nde altı asır boyunca kullanılan unvanların tamamını burada açıklamak mümkün değildir; ancak Osmanlı bürokrasisi olan kalemiye sınıfında dönem dönem yaygın olarak kullanılan kimi unvanlar ve örnekler şu şekilde sıralanabilir:

<sup>51</sup> A.g.e., s. 184-189; Karamursal, Z., *Osmanlı Mali Tarihi Hakkında Tetkikler*, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayını, VIII Dizi, S. 11, Ankara, 1989, s. 128-151; Sayın, *Tekâlif Kavaidi*, s. 158-262.

## Osmanlı Maliyesinde Memuriyet Unvanları

Unvan	Görev
Nazırlar	Nazır; kelime anlamı itibariyle nezaret eden, bir işin idare ve yürütülmesine bakan kişidir. Bu kişiler, önceleri mukataacı, muhasebeci gibi kişilerin yönettiği birimlerin birleştirilmesi ya da islahat hareketleri sırasında belirli görevlerin yerine getirilmesi için nezaret adıyla meydana getirilen yeni müstakil birimlerin başındaki müdür ya da bölge müdürü diyebileceğimiz görevlilerdir. Söz konusu nazırlar, daha önce bağlı oldukları defterdarlık vs. idarelerden bağımsız olarak görev yaparlardı; ancak defterdar, nişancı gibi divana dahil kişilerden, yani bakan seviyesindeki görevlilerden değildiler.
Eminler	Kelime anlamı itibariyle emin; korkulmayacak, kendisine emniyet edilebilecek, mutemet kimse demektir. Defter (daha sonra defter-i hakani) emini, gümrük emini, ihtisab emini, şehremini, arpa emini, bina emini gibi. Defter emini Tanzimat'tan sonra Defter-i Hakani Nazırı olmuştur. İhtisab emini, daha önce ihtisab ağası idi, daha sonra ihtisab nazırlığı haline getirilmiştir.
Muhasebeciler	Muhasebeci, bir nezaret veya dairenin hesaplarını tutan, bir sancağın mali işleri ile ilgilenen kişidir. Muhasebe kaleminin müdürü, muhasebeciler, defterdarlığın dışındaki evkaf, harbiyye, haremeyn gibi diğer birimlerde de mevcuttu.
Kethüdalar	Dilimizde kethüda; kahya, bir daire veya konağın veya bir işin idaresine memur olan mutemet, işlerin vekili, devlet dairesinin müdürü anlamına gelmektedir (Hazine-i hümayun kethüdası, kapı kethüdası, kul kethüdası, çavuş kethüdası, tımar kethüdası, sadaret kethüdası gibi). Kethüda, kendilerine verilen özel görevleri bağlı olduğu kişiler adına yerine getirir. Sadaret kethüdalığı önce 1835'de Mülkiye, daha sonra 1837'de Dahiliye Nazırlığı oldu.
Muhassıllar	Muhassıl, devlet gelirlerini tahsile memur olan kimse, tahsildar, vergi toplayıcısıdır. Eyalet ve sancak muhassılı (yetki eyalet valisi ve sancak mutasarrıflarına verilmiştir), cizye muhassılı, zecriye -müskirat resmi-muhassılı gibi). Muhassıllar en önemli görevlerini, Tanzimat sonrası (1840) emlak ve nüfus tahriri ile verginin tayini ve memleket işlerinin idaresi kendilerine tevdi edildiğinde yerine getirmişlerdir.



Müdürler	Maliye teşkilatında, darphane-i amire müdürü, haremeyn hazinesi müdürü, muhallefat müdürü, malikâne müdürü gibi idari makamlar olmuştur. Bu görevler daha önce memur veya emirler vasıtasıyla idare edilmekte iken bir kısmı nezaret haline getirilmiştir.
Bakıkcıları	Bakıkcı; yoklama memuru, müfettiş demektir. Başbakıkcı yoklamacı ve teftiş elemanlarının amiridir. Bu makam, I. Selim devrinde kurulup Tanzimat öncesine kadar devam etmiştir. Bakıkcı, maliye memurlarının işlem ve hesaplarına bakardı. Cizye işlemlerinin yoklama ve teftişine memur olanların amirine de cizye başbakıkcı denirdi.
Halifeler	Halife kelimesinin dilimizdeki karşılığı "kalfa"dır. Halife, daire ve kalemlerden birinde kâtib olan ve silsilede başın ikincisi olan kişiye denirdi. Serhalife; baş halife, kalemdeki halifelerin başı ve en kıdemlisi, baş kalfa demektir. Mukataa hazinesi, mansure hazinesi, tophane-i amire, darphane-i amire zimmet halifeleri gibi memuriyetler daha sonra sekhalifelîğe, 1838'de de mümeyyizliğe dönüştürülmüştür.
Kâtibler	Kâtibler yazıcı, yazı yazmakla görevli memurdur. Başkâtib birinci kâtib, kalemdeki kâtiblerin başıdır (yeniçeri, asakir-i mansure kâtibleri, evamir-i maliye kâtibî, mîrî kâtibî, sır kâtibî, masraf kâtibî, devlet kâtibî (sonradan reis efendi) gibi).
Efendiler	Efendi; sâhib, seyyid, çelebi, hâce, molla, okumuş anlamındadır (başefendi, reis efendi (sonradan reis-ül kütta), divan efendisi, İstanbul efendisi (İstanbul kadısı) gibi).
Hâcegânlar	Hâce efendi, ağa, çelebi, seyyid, sahib, molla, muallim, müderris, üstat anlamındadır, çoğulu hâcegândır. Osmanlı'da ise, bab-ı ali kalem efendilerinden özel rütbeye sahip olan kişidir (Hâcegân-ı Divan-ı Hümayun gibi).
Çavuşlar	Çavuş başı; sorguculuk anlamına gelir. Haberleşme, tahsilat, teftiş ve önemli tebligat için gönderilen memurlara verilen unvandır. Sonraları divan-ı hümayunda ve devlet dairelerinde yaverlik ve muhızrılık görevlerini ifa ettiler. Çavuşbaşı divan çavuşlarının en büyüğü idi ve divanda deavi (adliye) nazırı görevini yapardı.
Kapıcılar	Kapı; resmi daire anlamındadır (Paşa Kapısı, Şeyhülislâm Kapısı, Defterdar Kapısı gibi). Kapıcı ise, bir büyük dairenin kapısını beklemeye, açıp kapamaya, gelenleri kabule memur olan kimsedir (Saray-ı Hümayun, Divan-ı Hümayun kapıcıları gibi). Kapıcıbaşı, kapıcıların amiridir.

- Hazinedarlar** Hazinedar; bir hazinenin idare ve muhafazasına memur olan kimse-  
dir. Osmanlı'da Enderun-ı Hümayun'daki hazine koğuşuna mensup  
ağalara verilen isimdi. Ocak yolu ile yükselerek giyimbaşı makamına  
gelirlerdi. Hazinedarbaşı bunların amiri ve hazine koğuşunun zabiti idi.  
Hazine-i bab-ı hümayun, enderun hazinedarbaşı iç hazinenin (nakid-  
den başka hilat vesair kıymetli eşya), birun hazinedarı dış hazinenin  
(kubbe-i hümayunda bulunan hazinenin), has ahır hazinedarı has ahı-  
ra ait atların, arabaların ve bunlara ilişkin eşyanın muhafızı ve sorum-  
lusudur.
- Kesedarlar** Kese küçük torbadır. Osmanlı'da mali işlemlerde bir kese 500 kuruş  
olarak kabul edilmiş ve I. Meşrutiyet'e kadar para birimi olmuştur. Daha  
sonra para birimi, Osmanlı altını olarak kabul edilmiştir. Kesedar; bir  
dairenin kesesini tutup gereken yerlere akçe veren kişidir (Cizye kese-  
darı, beylik kesedarı, tahvil kesedarı, evkaf-ı hümayun kesedarı gibi).
- Voyvodalar** Voyvoda; subaşı, ağa, bir kavmin reisi, bazı yerlerin idare ve zabtına  
memur kimsedir (Eflak-Boğdan Voyvodası, Galata Voyvodası gibi).  
Osmanlı'da eyalet valileri ve sancak mutasarrıfları, kendi uhdelerine  
verilen eyalet ve sancakların mülhak kazalarına dairelerinin kıdemlile-  
rinden veya mahallin hanedanından halkın talep ve rızası ile voyvoda  
tayin ederlerdi. Görevleri zamanla genişleyerek kaza kaymakamlığı ile  
de görevlendirilmişlerdir. Tımar ve zeamet usulü devam eden yerlerde  
bunlar yalnız mukataat ve havass kısmının geliri Tanzimat'a kadar  
tahsil etmişlerdir.
- Tımarlılar** Kendilerine dirlik ve maaş olarak verilen araziye imar etmek, içindeki  
halka bakmak ve savaş halinde hududa yetişmek üzere ihdas olunan  
süvari alayları mensubuna ve küçük subayına verilen isimdir (Osmanlı  
şövalyesi). Tımarlılar, Osmanlı döneminin beş yüz yılında hükümetin  
halk ile olan mali ilişkilerini sağlamıştır.
- Zaimler** Zaim; 20 bin akçeden 100 bin akçeye kadar dirliği olan tımarlıdır. Tı-  
marlıların beyi ve subayıdır. Yeniçeri ocağının lağvedilmesi ile birlikte  
tımarlılar ve zaimler de son bulmuştur.
- Kolcular** Bekçi, gözcü, gardiyan demektir. Devletin gelirinin ziyaa uğramaması  
ve kaçakçılığa meydan vermemek için geçit yerlerini gözleyen ve bek-  
leyen bekçi memurlarıdır. Ağnam, gümrük, aşar, tütün, orman kolcuları  
gibi.

## Mütesellimler

Mütesellim, teslim olunan şeyi alıp kabul eden, bir idare memuru tarafından vergi ve resmin tahsiline memur edilen kimsedir. Osmanlı'da sancak mutasarrıfları tarafından bir kazanın gelirini tahsil için gönderilen memurlara denilirdi. Bunlara voyvoda da denilmiştir. Tanzimat'la birlikte sona ermiştir.<sup>52</sup>

## 2. Taşra Maliye Teşkilâtı<sup>53</sup>

Osmanlı Devleti'nde bugünkü anlamda merkezdeki başdefterdarlığa bağlı ayrı bir maliye teşkilatı mevcut değildi. Tımar teşkilatına dahil yerlerin vergilerini tımar ve zeamet sahipleri kendileri toplardı ve bunlar hazineye gönderilmezdi. Has olarak verilen yerlerin gelirleri ile hazineye ait gelirler mütesellim, voyvoda, ayan gibi kişilerce toplanıp bu kişileri görevlendiren kişilere veya hazineye gönderilirdi. Her eyalette oranın teşkilâtına ve sancaklarının adedine göre "*hazine defterdarı*", "*mal defterdarı*" ve "*tımar defterdarı*" bulunurdu. Hazine ve mal defterdarlarının görevleri hemen hemen aynı idi. Bunlar devlete ait emvalin havass-ı hümayundan tahsil ve irsali ve hesaplarının düzenlenmesi ve verilmesi ile görevli idiler. Tımar defterdarı ise, tımar teşkilatı olan yerlerde tımarlıların hisseleri ile olayların kaydını yaparlardı. Bu teşkilat sancak ve tımar rejiminin uygulandığı eyaletlerde mevcuttu. Sancak ve tımar rejiminin uygulanmadığı müstesna eyaletlerde ise mal ve tımar defterdarları mevcut olmayıp merkezi hükümetin mali temsilcisi olarak bir defterdar o eyalette görev yapmakta idi.

Hükümet nezdinde eyaletlerde olup bitenlerden birinci derecede valiler sorumlu idi. Vergilerin zamanında toplatılıp gönderilmesi, iltizam ve mukataaların idaresi valilerin başta gelen görevleri arasında idi.

<sup>52</sup> İlmiye, askeriye ve mülkiye mensupları ise şunlardır: Rical-i Askeriyye: Serasker, serdar, müşir, ferik, liva, mirliva, kaymakam, binbaşır ve tabur ve kolağası, yüzbaşı ve bölükağası, mülazım-ı evvel ve sani, başçavuş, çavuş, onbaşı alay emini, tabur kâtibi, bölük emini. Bahriyede; deryabeyi, kaptan-ı derya, kaptan paşa, patrona, levend, kalyoncu. Rical-i İlmiyye: Kadı (kaza hakimi), naib (kadı vekili), kazasker (asker kadısı), İstanbul kadısı, fetva emini, şeyhülislâm. Rical-i Mülkiyye: Vezir-i azam, sadrazam, vezir, beylerbeyi (Mîr-î miran), vali, sancak beyi (mirliva), Tanzimat'tan sonra sancakların başına mutasarrıf, kazaların başına kaymakam, nahiy merkezlerine müdür görevlendirilmiştir. Erkân-ı Devlet (devlet ileri gelenleri): Defterdar, nişancı gibi. Erkân-ı devletin Divan-ı Hümayun'da görüş bildirme hakkı ve özel makamları vardı. Rical-i Devlet (devlet adamı): Reisülküttâb gibi.

<sup>53</sup> Öner, s. 190-192.

17. yüzyıldan itibaren çeşitli nedenlerle zeamet ve tımar usulünün bozulması, hasların iltizam ile idare ettirilip tımar ve zeametlerden boşalanların mukataat haline getirilerek mültezimlere ihale edilmesi giderek mevcut düzenin yerini almış ve 18. yüzyılda artık tımarlı sipahileri ve sancakbeyleri yerlerini mütesellimlerle onların kapı halklarına bırakmıştır. Devlet mukataa haline getirdiği yerlerin bir kısmını merkezde bulunan hazinelere bağlayıp idaresini merkezden yollanan mütesellimlere bırakırken, bir yandan da devlete yararı dokunmuş kişilere bazı yerlerin hasılatını bırakmıştır. Bunlar da buralara mütesellimler göndererek bu yerleri idare ettirmişlerdir. Görüldüğü gibi mütesellimler devlet hazinesine ait gelirlerin zamanında toplanıp gönderilmesinde mükelleflerle hazine arasında bir aracı durumuna gelmiş bulunmakta idiler.

Mütesellimler gibi voyvodalar da vali ve mutasarrıflar veya merkezde hazinelerce o yerin ileri gelenleri arasından atanırdı. Voyvodaların başta gelen görevi, halkın hazineye ödemek zorunda olduğu vergileri zamanında toplayıp teslim etmektir; ancak zaman zaman çeşitli yollarla halktan haksız kazanç elde etme yoluna da gitmişlerdir.

Vergilerle ilgili diğer bir görevli ise, şehir kethüdarları idi. Bu kişiler vergilerin halka dağıtımında bulunur, onun huzurunda mahallelere ne kadar vergi düşeceği tespit edilirdi. Bunun yanı sıra II. Mahmut devrinde, ilk kez 1829 yılında İstanbul'da, ardından 1833'de Kastamonu mahallelerinde muhtarlık<sup>54</sup> teşkilatı kurulduktan sonra muhtarlar vergilerin tespit ve dağıtımını ile mükelleflerden tahsilinde mahalli maliye teşkilatı kuruluncaya kadar görev ifa etmişlerdir. Bir şehrin çeşitli giderleri için gerekli gelirlerin tamamı tevzi defterlerine dahil edilip merkeze İstanbul'a denetim için gönderilip geri geldikten sonra mütesellim veya diğer görevlilerce tahsil edilir, yapılan harcamalar toplanan bu gelirlerden karşılanırdı. II. Mahmut devrinde uyuşmazlıkları önlemek için her sancak merkezinde "*Memleket Sandığı*" adı ile bir sandık kurulmuş, "*Sandık Emni*" adı ile de sandığın idaresine seçimle kasaba halkından biri getirilmiştir. Sandık emniyeti Tanzimat ilan edildikten sonra da varlığını korumuştur. Bütün memurlara maaş

<sup>54</sup> Muhtarlık, daha sonra 1864 tarihli Vilayat Nizamnamesi ile düzenlendi. Düzenleme ile ihtiyar heyetleri ortaya çıktı ve kuruluşun görevleri belirlendi. Görevleri emirlerin halka duyurulması, askerlik ve vergi toplamada idareye yardım, doğum ve ölümleri izlemek, mahallede oturanları deftere kaydetmek gibi merkezi idareyi temsilen yapılan görevler idi.

bağlanması ve bu maaşın eyalet vergilerinden ödenmesi usulünün yürürlüğe konulması sandık eminliğinin hem görevlerini hem de önemini artırmıştır. Sandık eminleri toplanan bütün hazine gelirlerini teslim alır, maaş ve diğer giderleri öder, artanı Hazineye gönderirdi. Sandık eminliği, 1846'da kaldırıldı. Kumpanya sarraflarının mal sandıklarını yönetmeleri uygun görüldü.<sup>55</sup>

Görüldüğü üzere, Tanzimat'tan önce mali idarenin, merkeze tahsisli malvarlığının gelirlerini tahsil ve hesaplarını tutan mal defterdarları ile maiyetlerindeki kâtiplerden başka taşrada görevlisi mevcut değildi. Tımar sistemi kaldırılıncaya (Tanzimat'a değin) devlet ile vergi mükellefleri arasındaki ilişkiler tımar sahibi sipahiler ve has sahiplerinin vekilleri, voyvoda ve mütesellimler aracılığıyla yürütülmüştür. Bunlar, mali idarenin elemanı olmamakla beraber bir tahsildar gibi vergi vb. devlet gelirlerinin tahsilinde uzun yıllar aracı olmuşlardır. Mali idarenin vergi mükellefleri ile ilk doğrudan teması 1840 yılında muhassılların merkezden eyaletlere gönderilmesi ile başlamıştır.

### A. Tanzimat Döneminde Mali İdare (1839-1876)

Tanzimat hareketinin, esasta, mali ıslahat yönü ağır basmaktadır. Merkezde maliye teşkilatı yeniden düzenlendiği gibi eyaletlere de müşir yetkisinde muhassıllar gönderilmiş ve yanlarına diğer memurlar ve ahaliden kurulu muhassıllık meclisleri verilmiştir.<sup>56</sup>

Maliye Nezareti, diğer ismiyle Bab-ı Defteri, II. Mahmut tarafından 1838'de klasik defterdarlık ofisinin bakanlık haline getirilmesi ile ortaya çıkmıştır. Bu nezaret, hazine ve muhasebe kalemleri olmak üzere birbirinden oldukça bağımsız iki bölümden meydana geliyordu. Tanzimat devri boyunca maliye teşkilatı, klasik yapıdan modernleşmeye doğru en çok değişiklik geçiren bir bölümdü ve sorunların odaklaştığı bu teşkilatın sağlıklı bir değişim geçirdiğini ileri sürmek güçtür. Mali merkezîyetçiliğin gerçekleştirilmesi ideali, önce ülkenin ilkel sosyoekonomik ve idari yapısı, saniyen iflas eden maliyenin yabancı devletlerce

<sup>55</sup> Çadırcı, M., *Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Yapıları*, Türk Tarih Kurumu Yayın No. 124, Ankara, 1991, s. 227-232; Çadırcı, M., *Türkiye'de Muhtarlık Kurumunun Kurulması Üzerine Bir İnceleme*, *Bellekten*, S. 133-136, Ankara, 1970, s. 409-416.

<sup>56</sup> Ortaylı, s. 271.

kontrolünün başlaması dolayısıyla suya düşmüştür. Merkezi devletim maliye teşkilatı, gelir kaynaklarını sağlıklı ve ayrıntılı bir biçimde saptayıp, bu gelirlerin tahsili işini yürütecek bir bürokratik kadro meydana getiremediğinden iltizam sistemi devam etmiştir. Tanzimat, vergi mükellefleri olan üretici ve yerli tüccarın hayatında bir yenilik ve zenginleşmeye yönelik değişiklikleri gerçekleştirememiştir.<sup>57</sup>

### 1. Hazineilerin Birleştirilmesi ve Maliye Nezaretî'nin Kurulması

Osmanlı Devleti'nde mali idare, başlangıçta tek hazine sistemine göre yapılmış ise de daha sonra zaman içinde günün değişen koşullarına bağlı olarak çoklu hazine sistemine geçilmiş ve bu durum 1838 yılına kadar sürmüştür. Bir süre sonra, mali yapıdaki çok başlılık ve getirdiği sorunları çözmek üzere mali idareyi birleştirici yönde girişimlerde bulunulmuştur. 1835'te Hazine-i Amire ile Darphane-i Amire birleştirilmiş ve Şıkk-ı Evvel Defterdarlığı (Başdefterdarlık) kaldırılarak Darphane-i Amire Defterdarlığı kurulmuştur.<sup>58</sup> Bu tek hazine sistemine dönüşün ilk adımı olmuş ve yeni defterdar her iki kurumun birleşmesinden oluşan yeni hazinenin başına getirilmiştir. Şıkk-ı Evvel Defterdarlığı lağvedildiğinden Şıkk-ı Sani ve Şıkk-ı Salis defterdarlıklarının varlıkları da sona ermiştir. Bu arada Darphane Nazırlığı da kaldırılmıştır.

1793'ten itibaren yeni hazinelerin ortaya çıkması Hazine-i Amire'nin önemini azaltmıştır. Mansure ve Tersane hazinelerinin varlığı karşısında Hazine-i Amire tek başına devlet hazinesi olmaktan çıkmış, mevcut hazinelerden herhangi biri haline gelmiştir. Mansure hazinesinin gelir ve giderleri Hazine-i Amire'den beş-altı kat daha fazla idi. Hazine-i Amire'yi eskiye oranla bu derece küçülten temel neden askeri giderleri ödeme görevinin Mansure Hazinesi'ne verilmesi idi. Bu yıllarda darphane de küçülmüş olmakla beraber Hazine-i Amire darphanenin yardımına muhtaç kalmakta idi. Bu nedenlerle, Hazine-i Amire ile Darphane-i Amire, "*Darphane-i Amire Defterdarlığı*" idaresinde birleştirilmiş; ancak bu şekilde kurulan Darphane-i Amire Defterdarlığı'nın varlığı 1838'e kadar sürdürülebilmiştir.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> A.g.e., s. 272.

<sup>58</sup> Öner, s. 222.

<sup>59</sup> A.g.e., s. 223.

28 Şubat 1838'te (3 Zilhicce 1253) Hazine-i Amire ile Darphane'nin idaresi birbirinden yeniden ayrılmış, Hazine-i Amire bu kez Mansure Hazinesi'ne ilhak edilmiştir. Hazine-i Amire'nin bünyesinden ayrılması ile Darphane eski durumuna kavuşmuştur. Asakir-i Mansure Defterdarlığı, nezarete dönüştürülmüş ve "*Maliye Nezareti*" kurulmuştur. Böylece her iki hazine Maliye nazırının yönetiminde birleşmiştir. Bu değişiklik ile birlikte Asakir-i Mansure Defterdarlığı da lağvedilmiştir. Kendisine paşalık unvanı verilen Abdurrahman Nafiz Bey, ilk Maliye Nazırı'dır. Maliye nazırı unvanının kuruluşu sırasında Maliye Müsteşarlığı da ihdas ve ilk müsteşarlığa mukataat zimmeti Hüseyin Hüsnü Efendi (Köse) tayin edilmiştir; ancak Maliye nezaretinin bu statüsü uzun ömürlü olmamıştır.

Tanzimat'ın ilanından birkaç ay önce 2 Eylül 1839'da Maliye nezareti ikiye ayrılarak tekrar defterdarlığa dönüştürülmüş, Hazine-i Amire Defterdarlığı ile Mukataat Hazinesi Defterdarlığı yeniden kurulmuştur. Her iki defterdarlık ile Evkaf nezaretine ulâ (ilk, evvel) rütbesi verilmiştir. Nezaret defterdarlıklara ayrıldığı için müsteşarlık kaldırılmıştır. Tanzimat'ın ilanı ile birlikte iltizam usulü terk edildiğinden 20 Ocak 1840 tarihinde Mukataat Hazinesi, Miri Hazine (Hazine-i Amire) ile birleştirilerek Hazain-i Amire oluşturulmuştur. Birleştirilen hazinelerin başına Hazain-i Amire Defterdarı getirilmiş ve yeni usullerin uygulanmadığı yerlerin mali işleri ile görevlendirilmiştir. Defterdarlığa Musa Saffeti Efendi getirilmiştir. Tanzimat'ın uygulandığı yerlerin mali işleri, gönderilecek muhassılların yazışmaları ile ilgilenmek üzere hazine-i amire defterdarlığıyla aynı seviyede olmak üzere "*Umur-ı Maliye Nezareti*" yeniden kurulmuştur. Bu sırada başta Tanzimat'ın uygulandığı bölgelerin yeni kurulan muhassıllarca gönderilen vergi gelirleri olmak üzere diğer kimi gelirleri de tahsil eden yeni bir hazine ortaya çıkmıştır: "*Maliye Hazinesi*". Böylece Tanzimat'ın mali bakımdan getirdiği yeniliklerin ülkenin her yerinde birden uygulanmasına başlanamaması nedeniyle iki ayrı hazine ve mali idare ortaya çıkmıştır.

Birkaç istisna dışında padişah ve hanedan mensuplarının emlak gelirleri Maliye Hazinesi'ne katılmış ve kendilerine bu hazineden maaş bağlanmıştır (Mart 1840). Darphanenin idaresinde bulunan çeşitli mukataa ve gelirler, bu arada maden-i hümayun hasılatı da bu hazineye bağlanmıştır. Buna karşılık Maliye Hazinesi, çeşitli giderlerini karşılamak için darphaneye tahsisat vermekle yükümlü kılınmıştır. Bu şekilde, hazinelerin tamamının birleştirilmesi ve tek hazine sistemine

dönüş gerçekleştirilmiştir. 25 Mayıs 1840'da üç hazine (Hazain-i Amire, Maliye Hazinesi ve Hazine-i Redif) lağvedilerek tüm gelir ve giderlerinin Hazine-i Celile-i Maliye'de birleştirilmesine karar verilmiştir. Böylece, Osmanlı Devleti'nde 1793'ten beri devam eden çok hazine dönemi kapanarak tek hazine-tek bütçe sistemi tekrar benimsenmiştir. Mali teşkilat ve hazineler Umur-ı Maliye Nezareti'nde birleştirilmiş, Maliye Nezareti'nin maliyenin tek sorumlusu olması yönünde önemli bir adım atılmıştır. 25 Mayıs 1840 tarihli kararda yer verilmeyen Zahirre Hazinesi 1839'da Maliye Hazinesi bünyesine alınmış, Tersane Hazinesi ise işlevini yitirerek kendiliğinden tasfiye olmuştur.

Hazine-i Celile-i Maliye'nin kurulmasından sonra Evkaf-ı Hümayun Hazinesi ve Ticaret Hazinesi gibi özel amaçlı ve nitelikli kurumların hesapları da bu hazinenin hesapları ile bütünleştirilmiştir.

Osmanlı vakıfları nazır ve mütevellileri tarafından idare edilmekte idi. 1825 yılına kadar vakıflar çeşitli heyetler ve mütevelliler marifeti ile idare olunurdu. Daha 16. yüzyılın sonlarına doğru, Haremeyni Muhteremeyn (İslâm'ın iki kutsal şehri olan Mekke ve Medine) ile buralarda sürekli olarak oturan veya geçici olarak bulunan insanlar lehine kurulan ve Evkaf-ı Haremeyn denilen vakıfların tek elden denetimi için Evkaf-ı Haremeyn Nezareti adıyla bir teşkilât kurulmuştu (1586). Bu dairenin nezaretine Darüssaade ağaları memur idi. Diğer evkafın bir kısmı vezir-i azam, bir kısmı şeyhülislâm ve İstanbul kadıları nezaretlerinde olup seriye, idare ve muhasebe işleri için birer müfettiş bulunurdu. Ferağ ve intikal işlemleri mütevelliler, cabiler ile görülürdü. Zamanla ortaya çıkan karışıklık ve yolsuzluklar karşısında, birbirinden bağımsız çok sayıdaki vakıf idaresini merkezileştirmek amacıyla Haremeyn hariç, Sadaret ve Şeyhülislâm vs. nezaretleri tahtında çeşitli müfettişler ve dairelerle ayrı ayrı idare olunan evkafın tamamı birleştirilerek 1826 yılında Evkaf-ı Hümayûn Nezareti kurulmuştur.<sup>60</sup>

Evkaf-ı Hümayûn Nezareti, bütün vakıfların denetimini ve yeni düzenlemelerle idarelerine el koyduğu evkaf-ı mazbuta denilen vakıfların da yönetimini tedricen doğrudan kendi üzerine almış, böylece vakıflar konusunda yetkili tek organ durumuna gelmiştir. Daha sonra 1834 yılında, devletin genel idaresi içerisinde vakfiye işlerinin de düzenlenmesi amacı ile evkaf ile müstakil nezaretle idare olunan Haremeyn evka-

<sup>60</sup> Vakıfların denetim altına alınmasının önemli bir nedeni de, ilmiye sınıfının reformlara karşı olan direncini azaltma düşüncesidir, Öner, s. 225.



fın idarelerinin tamamı bir nezarete birleştirilmiş ve nazırlığına kapu kethüdalarından Hasip Efendi vezaret rütbesi ile tayin olunmuştur. 1838'den itibaren Evkafı Hümayun nazırları Meclis-i Vükela'ya dahil olmuştur.<sup>61</sup> Bu eski hazineler adeta birer katma bütçeli kurum haline dönüşerek yeni Maliye hazinesinin bünyesine katılmıştır.

Maliye nezaretinin kurulmasının iki amacı vardı. İlki, belirli devlet giderlerine karşılık olarak kurulan hazinelerden oluşan çokluğu ortadan kaldırmak ve gelir ile giderleri mümkün olduğu kadar tek hazineye toplamak. İkincisi ise, taşrada vergi tarh, tevzi ve tahsilini tek elden idare ve kontrol etmek, yolsuzluğu önlemek ve geliri artırmak. Böylece taşra teşkilâtını merkezi maliye teşkilâtına bağlayarak yeniden düzenlemek.<sup>62</sup>

## 2. Tanzimat Döneminde Mali İdare

Batı usulünde bir mali teşkilat kurulmasını sağlayacak modern mali ilkeler Tanzimat Fermanı ile ilan edilmiştir. Bunlardan kimileri, vergilerin halkın mali gücüne göre tayin edileceği, muntazam ve adil bir surette toplanacağı, devlet gelirleri ile giderlerinin Meclis-i Ahkâm-ı Adliye tarafından tespit edileceği ve denetleneceği konularına ilişkindir.

Değınilen ilkeler, Batı'da henüz bir imparatorluk bünyesinde uygulanmamıştı. Bu nedenle, Osmanlı mali idaresini bu ilkeler üzerine yeniden inşa etmek imkansızdı. Abdülmecit ile Abdülaziz devirlerinde mali alanda yapılmaya çalışılan yenilikler, modern maliyenin ruhunu teşkil eden denetim mekanizması oluşturulmadığı için noksan kalmıştı. II. Abdülhamit döneminin ilk yıllarında, Meclis-i Mebusan'ın kurulması ile bu denetim cihazı oluşturuldu ise de meclisin dağılması ve istibdat döneminin başlaması bu imkanı ortadan kaldırmıştır.<sup>63</sup>

Bu dönemde mali idare kötü bir hal almış, mali sistem çöküşe girmiştir. Örneğin; Hazine ile kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, mahkemenin kişiler lehine verdiği ilamların devlet görevlilerince dikkate alınmadığı çok olmuştur. Elinde mahkeme ilamı olmasına

<sup>61</sup> Pakalın, *Tanzimat Maliye Nazırları*, C. I, s. 149-156.

<sup>62</sup> İrcica, C. I, s. 291.

<sup>63</sup> Karal, E. Z., *Osmanlı Tarihi*, C. IV, *Birinci Meşrutiyet ve İstibdat Devirleri*, TTK Yayını, Ankara, 1994, s. 432-433.

karşın hükümetten alacağını tahsil edemeyen Fransız tebaasından Lorenzo adında bir kişinin hakkını himaye etmek için Fransız elçisi defalarca başvuruda bulunmuş, bir şey elde edemeyince, İstanbul'u terk etmiş, bundan sonra da bir Fransız filosu Midilli adasını işgal edip söz konusu alacak ödenene kadar orada kalmıştır. Görülüyor ki istibdat devrinde mali idare, güçlü ve iltimaslı olanlar için iyi işlemekte, ancak kendi halinde olanlara karşı ağır ve sağır davranmıştır.<sup>64</sup>

Tanzimat Fermanı ile yukarıda ifade olunan geniş ve önemli mali islahatın tahakkuku için devletin mali teşkilâtının da baştanbaşa düzenlenmesi ve yenilenmesi gerekmekte idi.

### a. Maliye Nezareti (Merkez Teşkilâtı)

Tanzimat'tan öncesine kadar devletin gelir ve gider işlerine, divana dahil bir başdefterdar tarafından idare olunan defterdarlık dairesinde bakılmakta idi. 1838'de Maliye Nezareti'nin kurulması üzerine ilk Maliye Nazırı Abdurrahman Nafiz Paşa, maliyede geniş çaplı bir düzenleme yapmıştır. Ayrı ayrı kalemlerden birbirleri ile ilgisi görülenler birleştirilmiş, sekiz muhasebe dairesi ve kaleme indirilmiştir. Bu düzenleme ile oluşturulan kalem ve muhasebeciliklere sayıları kalemlerin büyüklüklerine göre değişen mümeyyiz ve mukayyitler ile evvel, sâni ve sâlis olmak üzere üç sınıf memur tayin edilmiştir. Bu memurların başındaki muhasebeci ve kalem şefleri, başında buldukları kalemin iyi ve kötü işlerinden sorumluydu.<sup>65</sup>

Aşağıda, Maliye Nezareti'ni oluşturan kalemleri incelemeyen önce, o dönemki mali teşkilat hakkında fikir vermesi ve en önemlisi AB sürecinde çoğu hâlâ tartışılmakta olan kimi hususları göstermesi bakımından Lord M. H. Hobart ve Mr. Foster tarafından 1861'de hazırlanan "*Türkiye'nin Mali Durumu Hakkında Rapor*"un<sup>66</sup> içeriğinden söz

<sup>64</sup> A.g.e., s. 433-434.

<sup>65</sup> Akyıldız, A., *Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform (1836-1856)*, İstanbul, 1993, s. 98-105; Uzunçarşılı, İ. H., *Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilâtı*, 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayını VIII. Dizi-S.16b, Ankara, 1988, s. 374-375.

<sup>66</sup> Lord Hobart, M. H., Mr. Foster, *Türkiye'nin Mali Durumu Hakkında Rapor*, İstanbul, 07/12/1861, kaynak: *Accounts & Papers, 1862, Vol. LXIV, p. 475, Osmanlı Maliyesi Hakkında İngiliz Raporları, 1861-1892*, Maliye Bakanlığı APK Yayın No: 2000/355, Ankara, Nisan, 2002, çev. Batrel, Ö. F. Bu rapor, 1862'de İngiliz Kraliçesi'nin talimatı ile parlamentonun her iki kamarasına sunulmuştur.

etmek yararlı olacaktır:

*“Bu ülkenin maliyesinin merkezi yönetim ve genel denetimi açısından bakıldığında, emredici biçimde önemli değişiklikler yapılması gereklidir. Aslında bu değişiklikler o derece önemlidir ki, bunlar yapılmadıkça, ülkenin mali durumunun iyileşmesi için alınacak bütün önlemlerin pek değeri olmayacak görünmektedir. Türkiye’de kelimenin çok sınırlı anlamı dışında Maliye Nazırı yoktur. Heyet-i Vükela’nın bir üyesi olan ve kararlarında ona yardımcı olan bu ismi taşıyan bir makam mevcuttur; ancak bu nazırın icrai görevi pek de bulunmamaktadır. Maliye Nazırı, kamu gelirlerinden merkezi hazineye intikal edenleri tahsil ve muhafaza eder, vergilerin tahsilatı konusunda genel gözetim ve denetim görevi ifa eder ve hükümetin devlet borçları ve mali konulara ilişkin kararlarını yürütür; ancak bu ülkede devletin mali durumundan özel olarak sorumlu, bu yönüyle de bütçenin hazırlanmasından, gelir ve giderlerin denkleştirilmesinden ve genel olarak bütün vergi meselelerinden devlet yönetimine ilişkin giderlerin özel olarak sorumluluğunu taşıyan bir nazır mevcut değildir. Mali yönetimin hükümet tarafından görüşülen ve kararlaştırılan icrai işlemleri Maliye Nazırı tarafından yürütülmektedir. Heyet-i Vükela, cari yılda her daireye tahsis edilecek ödenekleri Maliye Nezareti tarafından bu ödenekleri kullanma konusunda dairelere kredi verilmesini ve gereksinim olduğu ölçüde aylık taksitlerle çıkarılacak para miktarlarını kararlaştırmaktadır (Harcamaların bir bölümünü özel gelirleri ile karşılmasına izin verilen daireler, Tophane ve Ticaret nezaretleridir). Ayrılan bu ödenekler sadece çeşitli nezaretlerin denetiminde harcanmakta ve Maliye Nezareti’ne muhtasar bir yıllık hesap özeti dışında hiçbir hesap dökümü gönderilmemektedir. Üstelik her daire için üzerinde anlaşılan ve tahsisi yapılan tutarın harcama sınırı bu parasal tavanların çok daha üzerine de çıkmaktadır; zira her nazırın sergi adı verilen tahvil çıkartma yetkisi bulunmaktadır. Bu tahvillerde vade yoktur ya da bir başka anlatımla bu vade olmayınca borçlanılan tutarlarla ilgili olarak her yıl Maliye Nezareti’ne her daire tarafından gönderilen ve fiilen yapılan parasal ödemeleri içeren hesaplarda düzenli bir bilgi bulunmamaktadır. Bu sistem sürdürüldüğü sürece, ulusal maliyeye sağlam bir güven duyulması mümkün değildir. Devlet Hazinesi’nden kimse özel olarak sorumlu olmadıkça mali durumun tatmin edici olması beklenemez. Hükümet üyelerinden herhangi birinin sınırsız biçimde devlet borçlarını artırma yetkisi oldukça, devletin ödeme gücünün korunacağı konusunda bir güvenceye sahip olunamayacaktır. Kamu yönetiminin bu kısmında, kanaatimizce, acilen bir reform yapılması gerekmektedir. Bu reformun içermesi gereken başlıca önlem ve düzenlemeler de aşağıya çıkarılmıştır:*

• Maliye Nezareti'nin görev ve yetkileri bir padişah fermânı ile belirlenmelidir.

• Maliye Nazırı, imparatorluğun mali durumundan sorumlu olmalıdır. Zaman zaman gerekli gördüğü mali önlemleri hükümete önermelidir.”<sup>67</sup>

“Maliye Nazırı'nın her mali yıl sonuna doğru, tüm nezaretlerden gelecek gereksinim duyulacak miktara ilişkin bir tahmin alması gerekir. İmparatorluğun yıllık bütçesini hazırlamakla yükümlüdür. Önerdiği mali tedbirleri, hazırlanmış olduğu bütçeyi ve bu bütçeye dayanak teşkil eden nezaretlerce sunulan tahminleri Âli Maliye Şurası'na iletir. Âli Maliye Şurası bu bilgileri inceleyerek bir rapor hazırlar. Bu rapor Divan'a teslim edilir ve orada onaylanırsa Sultan'a sunulur. Maliye Nazırı'nun emri altında üç memur bulunmalıdır: Bir Baştahsildar (mevcut sistemde Maliye Nezareti'nde gelirler ve giderler için birer şube bulunmakta, ancak Başmutemet ve Baştahsildar için öngörülen sorumlulukların büyük bir bölümü nazır tarafından deruhte edilmektedir), bir Başmutemet (Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürü) ve bir Başmuhasip (Muhasebat Genel Müdürü). Baştahsildar, nazırın denetimi altında gelirlerin toplanması ve düzenli olarak merkezi hazine ya da vilayet hazinesine ulaştırılması için gerekli tedbirler alır. Her tür kamu gelirleri (artık hükümetin belli bölümlerine hasredilen ve ödenenler dahil) gelecekte doğru- dan Baştahsildar ya da onun vilayetlerdeki temsilcilerine teslim edilmelidir. Baştahsildar'ın bir gün boyunca elde ettiği gelirleri Maliye Nazırı'na her gün rapor etmesi gerekir. Kamuya ait paralardan ödeme yapma yetkisine sahip tek kişi, Başmutemet olmalıdır. Hükümetin hiçbir nezareti, Başmutemet'in emri olmaksızın hiçbir ödeme yapmamalıdır. Her aybaşından önce tüm nezaretler o ay boyunca gereksinim duyacakları miktarı Maliye Nazırı'na bildirmelidir. Maliye Nazırı, bu talepleri inceledikten sonra kendi uygun gördüğü miktarların ödenmesi için Başmutemet'e yetki vermelidir.”<sup>68</sup>

“Başmutemet, her gün Maliye Nazırı'na o gün boyunca yapmış olduğu ödemelerin hesabını iletmelidir. Başmuhasip, nezaretlerin genel ve ayrıntılı muhasebelerinden sorumludur ve Baştahsildar ile Başmutemet'ten aldığı günlük bilgilere dayanarak muhasebe yapacaktır. Maliye Nazırı'nın Başmuhasip tarafından tutulan hesapları ve her bir nezaretin hesapları, bu amaçla oluşturulmuş bir denetçiler kuruluna (Divan-ı Muhasebat) teslim edilmelidir. Bu kurul, incelediği her hesap için bir rapor hazırlamalı ve tüm hesaplar ve raporları hükümete teslim etmelidir. Maliye Nazırı dışında hiç bir makamın

<sup>67</sup> Hobart, Foster, s. 45.

<sup>68</sup> A.g.e., s. 46.

*devlet tahvili ya da başka herhangi bir mali yükümlülük çıkarma yetkisi olmamalıdır. İç ya da dış kamu borçlarında, geçici ya da kalıcı artışlara ilişkin her öneri, Maliye Nazırı tarafından Âli Maliye Şurası'nın konuya ilişkin görüşü alındıktan sonra hükümetin onayına sunulmalıdır. Tümüyle gerçekleştirildikleri ve sıkıca muhafaza edildikleri takdirde bu düzenlemelerin, gelecekte ferdi sorumsuzluktan ya da merkezi denetim ve sistematik düzenlemelerin eksikliğinden kaynaklanan her tür mali kargaşayı engellemek için yeterli olmaları muhtemeldir. Öte yandan Maliye Nazırı da tüm zor sorunlar karşısında bir danışma biriminden yardım alabilecek ve yaptığı tüm işlemler hükümetin gözetimi ve gerektiğinde vetosuna tabi olacaktır.”<sup>69</sup>*

Tanzimat'ın ilanı sırasında Maliye Nezareti teşkilâtı şu sekiz muhasebeden oluşuyordu:<sup>70</sup> Maliye Muhasebesi,<sup>71</sup> Sergi Muhasebesi,<sup>72</sup> Cerride Muhasebesi,<sup>73</sup> Esham Muhasebesi,<sup>74</sup> Mukataat Muhasebesi,<sup>75</sup> Evkaf Muhasebesi,<sup>76</sup> Zecriye Muhasebesi,<sup>77</sup> ve Haremeyn Muhasebesi.<sup>78</sup>

<sup>69</sup> A.g.e., s. 47.

<sup>70</sup> İhsaiyat-ı Maliye (Maliye İstatistikleri) 1885-1909, Maliye Bakanlığı APK Yayın No: 2000/357, Ankara, Ekim, 2000, s. 5.

<sup>71</sup> Tanzimat'tan önce mevcut Başmuhasebe kalemi yerine kuruldu. 1840 yılında bu muhasebe varidat ve masarifat muhasebesi olarak ikiye ayrılmıştır. Varidat muhasebesi, devletin genel gelirlerini, kaza üzerine kayıt ve tahsilata nezaret eder, iltizam senetlerini yazar ve hesaplarını inceler; masarifat muhasebesi ise, bütün devlet harcamalarının ayrıntısını ve kaza üzerine kaydını tutmak, ödemeleri tasdik ve ifa etmek, aylık ve yıllık hesapları toplamak, incelemek ve bütçeyi düzenlemekle görevli idi. Varidat muhasebesi bugünkü teşkilâtta Gelir İdaresi Başkanlığı, masarifat muhasebesi Muhasebat Genel Müdürlüğü ve Bütçe Genel Müdürlüğü teşkilâtının ortaya çıkışı olarak kabul edilebilir.

<sup>72</sup> Devletin sandığından (kasasından) ödenecek paraların muvazene (bütçe) gereğince senet ve sergi suretlerini yazar ve kaydederdi.

<sup>73</sup> 1831'de Osmanlı devletinde yapılan nüfus sayımını takiben memleketin erkek nüfusu ile evrak-ı sahiha işlemlerini kayıtla mükellef olan kalemdir. Mevkufat kalemi de bu muhasebe ile birleştirilmiştir. 1840 yılında bu muhasebe varidat muhasebesine dahil edilmiştir.

<sup>74</sup> III. Mustafa devrinde zamanında İstanbul gümrüğü geliri üzerine çıkarılan esham ile maden işlerine bakar, bunların kayıt ve hesapları ile uğraşır.

<sup>75</sup> Haslar, başmukataa, İstanbul ve malikâne kalemlerinin birleştirilmesi ile meydana getirilmiş, mukataaların kaldırılmasından sonra varidat muhasebesi ile birleştirilmiştir.

<sup>76</sup> Vakıflara ait hesap ve işlemlerle meşgul olurdu. Sonradan Evkaf nezaretine nakledilmiştir.

<sup>77</sup> Müskirat (alkollü içkiler) rüsumu işlerine bakmakla görevli idi. Sonradan Rüsumat Emaneti ile birleştirilmiştir.

<sup>78</sup> Haremeyn muhasebesi, Haremeyn-i Şerifeyn'e ait vakıf hesaplarını kaydeder ve işlemlerini yapardı. Sonradan Evkaf muhasebesine nakledilmiştir.

Sekiz adet olan kalemler (aklâm) ise, Maliye Mektubi Kalemî, Evamir-i Maliye Kalemî, Ebniye-i Hassa Kalemî, Feshane, Cizye Kalemî, Zahirî Kalemî, Anbar Kalemî ve Derya Kalemî'dir.<sup>79</sup>

Maliye nezaretinin bu yapısı kimi küçük değişikliklerle Meşrutiyet'ten sonra yapılan düzenlemeye (1879 yılı sonuna) kadar devam etmiştir.

### a. Mali İdareye Yardımcı Merkezi Komisyon ve Meclisler

Devlet işlerinin meclislerde görüşülmesi usulü II. Mahmut döneminde kabul edilmiştir. O devirde bu maksatla değişik isim ve unvanla meclisler kurulmuştur. 1840 yılında Maliye Nezaretî'nin yeniden müstakil ve maliyenin tek sorumlusu durumuna gelmesinden sonra devletin bütün gelir ve giderleri yine tek elden idare edilmeye başlanmıştır; ancak bu durum nezaretin iş yükünü artırmıştır. Bu nedenle, gerek mali idareye yardımcı olmak gerekse Tanzimat ile ilgili yeni reformların uygulanışından doğan sorunları çözmek amacıyla çeşitli komisyon ve meclisler oluşturulmuştur. Bunların en önemlileri şunlardır:

#### aa. Meclis-i Muhasebe-i Maliye

9 Eylül 1840'da Maliye Nazırı Hacı Saip Paşa tarafından nezarete bağlı olarak mali işlerin etraflıca ele alınıp görüşüleceği "*Meclis-i Muhasebe-i Maliye*" kurulmuştur. Bir başkan ve altı üyeden müteşekkil bu meclise, daha sonra, dışarıdan üye alınması yerine maliyede görevli kişiler tayin edilmiştir.

Meclis, vergi ve hazineye ilişkin hususlar ile Tanzimat ile getirilen düzenlemelerin uygulanmadığı yerlerin muhasebeleri ile tüccarlar arasındaki anlaşmazlıklara bakmakla görevli idi. Meclisin en temel görevi vergi olup Tanzimat'ın uygulandığı yerlerin vergisinin halkın durumu da gözönüne alınarak yeniden tespit ve tahsilini sağlamak bu konudaki anlaşmazlık ve yolsuzlukların önüne geçmek de görevleri arasında idi. Ayrıca, askerlerin elbise, tayinat, ayakkabı vs. masrafları ile tersane, tophane ve harbiye için gerekli mühimmat giderlerine bakmak üzere 1825 yılında kurulup kaldırılan ve 1841 yılında tekrar

<sup>79</sup> Bu kalemler, isimlerinden de anlaşılacağı üzere, yazı ve hesap ile meşgul olurlardı. Örneğin; Maliye Mektubi Kalemî nezaretin bütün yazışma işleriyle ilgilenirdi. Evamir-i Maliye Kalemî maliyeden çıkan hüküm ve emirleri yazardı.

kurulup 1861 yılına kadar devam eden Masarifat Nezaretî'nin harcamalarının denetimi görevi de bu meclise verilmiştir. Daha sonra 1855 tarihli Bütçe Nizamnamesi ile bütçe hesaplarının denetimi ile de bu meclis görevlendirilmiştir. Hesapların denetimini Tanzimat'tan önce Başmuhasebe yapmaya çalışmaktaydı. Meclis-i Muhasebe-i Maliye'nin Tanzimat döneminde ilk Türk Sayıştay'ının nüvesini oluşturduğu söylenebilir.<sup>80</sup>

### bb. Zimemat Komisyonu

Kelime olarak zimemat; borçlar demektir. Sarraf ve mültezimlerin, devlet hazinesine olan borçlarını zamanında ödememeleri, devlet ile bu kişiler arasında sorunlar yaratıyor ve bu sorunlar zaten mali sıkıntı içinde olan devleti de zor durumda bırakıyordu. Bunun önüne geçmek için 1851 yılında bu borç sorunu (zimemat) bir sisteme bağlanmıştır. Buna göre borç taksitini 10 gün geciktiren bir sarraf veya mültezim borcunu faiziyle birlikte ödeyecek, eğer 2 ay içinde ödeyemezse bu sefer iflâs etmiş sayılacak, idare gerekirse borcu 70 ila 120 güne kadar erteleyebilecek, yine ödeyemezse iflâs hükümlerine tabi tutulacaktı. Bu arada, aynı yıl devletle sarraf ve mültezimler arasındaki zimmet konularını hal ve takip etmek üzere Maliye Nezaretine bağlı olarak bazı maliye memurları ile sarrafların ileri gelenlerinden oluşan bir de zimemat komisyonu kurulmuştur.

### cc. Meclis-i Maliye ve Meclis-i Muhasebe

Meclisi Muhasebe-i Maliye ile Zimemat Komisyonu 1858 yılına kadar çalışmalarını sürdürmüşlerdir. Bu yılda yapılan düzenlemelerle meclis-i muhasebe-i maliye, meclis-i muhasebe; zimemat (tahsilat) komisyonu da meclis-i maliye adını almıştır. Yeni kurulan bu iki meclisten meclis-i maliye, sarraf ve mültezimlerin ihale şartlarına aykırı hal ve hareketleri, birbirleri ile ve memur, halk ve devletle veya kişilerin devletle iltizama ilişkin uyuşmazlıkları gibi konularla görevlendirilmiştir. Bu haliyle meclis, ihtilafli mali konulara bakan bir maliye mahkemesine benziyordu. Meclis-i Muhasebe ise, bütün eyalet ve sancakların gönderdikleri yıllık gelir, gider ve bakaya defterlerini hazi-

<sup>80</sup> Öner, s. 243.

ne kayıtlarıyla karşılaştırarak eksik ve fazlaları araştırmak, eyalet ve sancaklarda görev yapan defterdar ve mal müdürlerinin atama imtihanlarını yapmak, yeni vergiler konması veya mevcut vergilerin değiştirilmesini incelemekle görevlendirilmiştir. İki meclisli çalışma bir yıl kadar sürmüştür. 1860 yılında meclis-i maliye kaldırılmış, görevleri meclis-i muhasebeye verilmiştir. Meclis-i muhasebe varlığını 1864 yılına kadar sürdürmüştür.<sup>81</sup>

#### dd. Meclis-i Ziraat

Ziraat ve ticareti yaygınlaştırıp üretimi artırmak ve ülkenin imarı ile ithalat ve ihracatına dair konularda inceleme, araştırma ve teklifler yapmak üzere Maliye Nezaretî'ne bağlı Meclis-i Ziraat kurulmuştur (4 Şubat 1843). Bu meclis daha sonra 1846 yılında Ticaret Nezaretî'ne bağlanmıştır. Bu meclisin temel görevleri, zirai üretimin artırılması, dış ticaret dengesinin sağlanması, halkın gelir ve refah düzeyinin yükseltilmesi konularında inceleme ve araştırmalar yaparak önerilerde bulunmaktı. Devletin iktisadi konularla ilgili en yüksek danışma organı olarak düşünülen bu kuruluş, Tanzimat'ın ilk yıllarındaki kapsamlı ekonomik gelişme politikalarının hazırlayıcısı olmuştur.<sup>82</sup>

Gerek Maliye Nezaretî'ne gerekse diğer bakanlıklara bağlı meclisler (Nezaret Meclisleri) Tanzimat dönemi reform hareketlerinde önemli görevler ifa etmiş ve reformların ayrıntılarının tespiti ve uzmanlık gerektiren konularda başarılı çalışmalar yapmışlardır. Bu meclislerin ele aldıkları konular Meclis-i Tanzimat kuruluncaya kadar Meclis-i Vâlâ, kurulduktan sonra da Meclis-i Tanzimat tarafından tekrar ele alınıp görüşüldükten sonra iradesi çıkmak üzere arz ediliyordu. Meclis kararlarının kanunlaşması için kararın mazbatasını nazırın yazısıyla sadarete arz edilir, sadaret de meclis-i vâlâyaya havale ederdi. Burada konu görüşülür ve iradeye arz edilmek üzere tekrar sadarete takdim edilirdi. Önemli konular sadrazamın başkanlığında meclis-i vükela tarafından (bakanlar kurulu) gözden geçirildikten sonra padişahın iradesine arz edilir, iradesi çıkan evrak yürürlüğe konulurdu.

<sup>81</sup> A.g.e., s. 244.

<sup>82</sup> Güran, T., *Zirai Politika ve Ziraatte Gelişmeler, 1839-1876*, 150. Yılında Tanzimat, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 1992, s. 218-219.



### ee. Meclis-i Âli-i Hazain

Kırım savaşı sonrası başlayan mali krizin çözülmesi amacıyla 1859 yılında Maliye Nezareti'ne bağlı olarak Islahat-ı Maliye Komisyonu kurulmuştur. Komisyonun yedi üyesinden üçü yabancı, dördü Osmanlı Devleti'nin yüksek memuru idi. Komisyonun görevi, ülkenin mali idaresinde yapılması gereken ıslahat hakkında inceleme yapmak, devletin gelir ve giderlerini incelemek ve tüm vergilerin tahsil şeklini düzenlemek, hazine işlemlerine ilişkin mevzuatı ıslah etmek ve bu konularda tedbirleri teklif etmek idi.<sup>83</sup>

Islahat-ı Maliye Komisyonu bir yıl kadar sonra (1860) Meclis-i Âli-i Hazain (Âli Maliye Şurası) adını almıştır. Bu meclis 1865 yılında çıkarılan nizamname ile yeniden kurulmuştur. Buna göre meclisin başkanlığını Heyet-i Vükela üyelerinden biri yapacak, devlet gelirlerinin zayi olmaksızın tahsilini sağlamak, yeni gelirlerin meydana getirilmesini araştırmak, harcamalarda tasarrufu gerçekleştirmek ve devlete ait gider ve gelir hesaplarını düzene koymakla görevli olacaktır. Meclis-i Âli-i Hazain 1867 yılında ortadan kalkmıştır.

Bu noktada, Tanzimat dönemi Osmanlı mali idaresi ile ilgili olarak hazırlanan ve yukarıda Maliye Nezareti başlığı altında da değinilen rapordan yeniden söz etmek yararlı olacaktır; zira oradaki tespitler ve ifadeler Osmanlı Devleti'nin o dönemki mali durumunu açıklıkla gözler önüne sermektedir: *"Maliye Nazırı'na danışmanlık edecek olan Âli Maliye Şurası'nın şu andaki konumunu, yani kağıt üstünde kalan bir kurul olma özelliğini değiştirmesi gerekecektir. Bu kurul, Kasım 1859'da kurulmuş, fakat şu andaki biçimini Haziran 1860'ta (hükümetin sorunları ürktücü bir boyut aldığı) almıştır. Kurul, oldukça kararlı bir tavırla hem ulusal hem de yabancı memleketlere konumunu şöyle açıklamıştır: 'Mali sistemde reform yapmak ve gelecekte imparatorluğun mali konularını denetlemek ve düzenlemekle görevli olarak yönetimde aktif ve çok önemli bir rol üstlenecek olan bir müzakerelere kurulu.'* Kurulda 6 Osmanlı vatandaşı (bunların dördü Türk'tür) ve biri Fransız, biri İngiliz, biri de Avusturya hükümetlerince önerilmiş üç Avrupalı üye ile Fransız hükümetince önerilmiş yine Avrupalı bir sekreter yer almakta idi. O günden bu yana, kurulun işlevleri tam olarak tanımlanmamıştır (...)

**Önermiş olduğumuz tedbirlerin başarıya ulaşması için bu kurulun yeniden kurulması ve gerçek işleyişi ile etkinliğinin garanti edilmesi ge-**

<sup>83</sup> Velay, A. D., *Türkiye Maliye Tarihi*, Maliye Bakanlığı Tetkik Kurulu Neşriyatı, No: 178-1978, Ankara, 1978, s. 64-68.

*rekmetedir. Tecrübelerimizin gösterdiği kadarıyla, Avrupalı unsurların artırılması da kurulun işleyişi açısından çok yararlı olacaktır. Bizce Avrupalı üye sayısı, Osmanlı ve reayadan üyelerin toplamına eşit olmalıdır ki oylamalarda güç dengesi sağlanabilsin.”<sup>84</sup>*

#### ff. Divan-ı Muhasebat (Sayıştay)

Tanzimat, mevcut Maliye Nezareti’ne bir de Divan-ı Muhasebat’ın eklenmesi gerekliliğini ortaya çıkarmış; ancak bu daire ancak 1879’da faaliyete geçebilmiştir. Meclis-i Muhasebe-i Maliye, Meclis-i Maliye ve Meclis-i Âli-i Hazain uygulamalarından sonra maliye memurlarının hesaplarını incelemek ve yargılamak suretiyle denetim görevini yerine getirmek üzere 1862 yılında Maliye Nezareti’ne bağlı olarak Divan-ı Muhasebat adıyla yeni bir birim kurulmuştur. Üç yıl sonra 1865 yılında da nizamnamesi yürürlüğe girmiştir. İlk Türk Sayıştay’ı olan ve bir başkan, yedi üye ve dört denetçiden oluşan bu kuruluş biri maliye diğeri muhakeme olmak üzere iki daireden meydana gelmekteydi. Maliye dairesi merkez, eyalet ve vilâyet idarelerinin gelir ve gider hesaplarını inceleyip sonuçlarını Maliye Nezareti’ne bildirmekle görevli idi. Muhakeme dairesi ise aşar ve rüsum ihaleleri gibi hazine ile kişiler arasındaki çeşitli konulardan doğan uyuşmazlıklara bakacaktı. Bu nizamnameye göre Divan-ı Muhasebat’ın teşkilâtı yapılamamıştır.

Daha sonra 1293 tarihli Kanuni Esasi (1876 Anayasası) üyeleri teminatlı bir Divan-ı Muhasebat kurulmasını emretmiş, 1878 tarihli kararname ile Fransız Divanı Muhasebatı görev ve yetkileriyle donatılmış bir Divanı Muhasebat kurulmuştur.<sup>85</sup> Kararname, Divan-ı Muhasebatı hiçbir bakanlığa tâbi tutmamış; ancak kuruluş II. Meşrutiyet’e kadar sadece merkezdeki muhasebecilerle belediye hesaplarının ve diğer mali idare hesaplarının incelenmesine inhisar etmiş, vilâyet hesapları Divanın denetimine tabi tutulamamıştır.<sup>86</sup> 1911 yılında Muhasebe-i

<sup>84</sup> Hobart, Foster, s. 47-48.

<sup>85</sup> 3 Zilhicce 1296 (1879) tarihli “*Divan-ı Muhasebatın Sureti Teşkil ve Vezaifine Dair*” ismindeki bu kararname, Cumhuriyet döneminde 1934 yılında 2514 sayılı Divan-ı Muhasebat Kanunu’nun kabulüne kadar yürürlükte kalmıştır.

<sup>86</sup> Faik Bey, *Bütçe ve Muhasebe-i Umumiye Kanunu İzahları*, Ankara, 1930, s. 290-292; Emiroğlu, C., *Bütçeler ve Hazine*, Damga Matbaası, 1934, s. 213-215, nak. Öner, s. 247.

Umumiye Kanunu'nun kabulü ile Divan-ı Muhasebat'a sarftan evvel vize hakkı verilmiş ve kurumun etkinliği artırılmıştır; ancak kurum bu dönemde de dünya savaşı ve diğer nedenlerle kendisinden beklenen görevleri yapmaya olanak bulamamış ve İstanbul hükümeti sona ererken faaliyetine ara vermiştir. Divan-ı Muhasebat'ın görev yapmadığı bu dönemde 22 Şubat 1922 tarihli ve 198 sayılı 1922 yılı Birinci Avans Kanunu'na istinaden bakanlıklar hesapları Meclis Genel Kurulu'nca seçilen üyelerden oluşan komisyonca denetlenmiştir. Faaliyetine ara verdikten 5-6 ay sonra milli hükümetçe yeniden kurulan Divanı Muhasebat başkan ve üyelerinin 24 Kasım 1923 tarih ve 374 sayılı kanunla Büyük Millet Meclisi'nce seçimi esası getirildi ve Divan Büyük Millet Meclisi'ne bağlanmıştır.<sup>87</sup>

## b. Taşra Mali İdaresi

### aa. Osmanlı Devleti Mülki İdare Sistemi ve Yapılan İslahat

Tanzimat döneminin ilk yıllarında Osmanlı Devleti mülki idare yönünden eyalet ve livalar sancak ile kaza, nahiye ve köylere ayrılmış bulunmakta idi. Avrupa, Asya ve Afrika'daki topraklarda 35 eyalet, 142 liva ve 1.320 kaza mevcuttu.<sup>88</sup> Bu eyaletlerden Eflâk, Boğdan, Sırbistan ve Mısır muhtar, Tunus ile Trablusgarb da yarı muhtar idiler. İstanbul'un idaresi özellik taşımakta idi. Diğer eyaletlerin başında (büyük eyaletlerde vezir payesinde) birer vali, sancakların başında birer mutasarrıf, kazaların başında kadı yerine mülkiye sınıfından birer kaymakam, nahiyelerin başında naip denilen küçük kadıların yerine nahiye müdürü, köylerde de seçimle gelen muhtar vardı. Tanzimat'tan önce eyalet idaresinin ıslahı için kimi tedbirler alınmış, daha merkeziyetçi bir idareye geçebilmek için sancakların birleştirilmesiyle müşirlikler kurulmuş, vilâyetlerin askeri, mülki ve mali idaresi vali denilen bir kişinin uhdesine verilmiştir. Bab-ı Âli'nin eyaletteki müdahalesi sınırlı idi. Sadece eyaletteki memurların tayin ve azillerine yetkili idi. Her eyalet bir veya birkaç yıl için vergi bakımından bir memura satılır, o memur da hükümet hazinesinin gelirin teminat olmak üzere bir Hıristiyan sarrafı kefil gösterirdi. Böylece hem mültezim, hem de kefil

<sup>87</sup> Feyzioğlu, B. N., *Nazari, Tatbiki, Mukayeseli Bütçenin Kontrolü*, C. 1, İ.Ü. İktisat Fakültesi No. 588/70, İstanbul, 1954, s. 118-122, *nak.* Öner, s. 247.

<sup>88</sup> Tanzimat'ın ilan edildiği 1839 yılında, Osmanlı İmparatorluğu'nda 628 bin köy, nüfusu 10 binin üzerinde 94 şehir, 50 binin üzerinde 25 büyük şehir mevcuttu.

olan sarraf iltizamdan ayrı ayrı kâr etmekte idiler. Valinin eyaletteki yetkileri çok genişti. Askeri güce kumanda eder, kendi hesabına vergi tarh eder, gerekli gördüğü disiplin tedbirlerini alır ve suçluları idam ettirebilirdi. Kısaca, vali eyalette, bir dereceye kadar padişah vekili yetkilerini kendinde toplamış bulunuyordu;<sup>89</sup> ancak Tanzimat sonrasında merkezci eğilimlerle düzenli ordu ve merkezi hazine kurulmasıyla eyalet yönetimi eski önemini yitirmiştir.

Eyaletlerin mevcut idare yöntemi Tanzimat Fermanı'nın belirtilen uygulamaları ile bağdaşamayacağından yeni bir mülki ve idari teşkilatlanma yoluna gidilmiştir. Eyalet, liva, kaza sistemi muhafaza edilmiştir. Buna karşılık eyaletlerin coğrafi sınırları değiştirilmiş; bazı sancaklar eyalet haline getirilmiştir. Kurulan eyaletler, eski eyaletlere nazaran daha küçük olmuştur. Fransa'daki mülki idarenin temeli olan departman sistemi uygulanmaya çalışılmıştır. Böylece valilerin otoriter idaresine ve baskı usullerine son verilmesi öngörülmüştür. Bu düşünce ile vali sadrazam ile haberleşme yapmaya ve Bab-ı Âli'ye hesap vermeye mecbur tutulmuştur. Askeri ve mali yetkilerini de maiyetinde çalışan muhafız ve muhassıl (defterdar) ile paylaşmaya mecbur kalmıştır. Muhassıl eyaletin mali işleri ile görevli ve Maliye Nezareti ile doğrudan doğruya haberleşme yetkisine sahip kılınmıştır.

Verginin toplanması için görevli muhassıllar atanmasının dışında, valinin yetkileri muhassıllık meclisi adıyla bir eyalet meclisi teşkil edilmek suretiyle de sınırlandırılmıştır. Artık istediklerini idam eden, kendi hesaplarına vergi alan ve eyaletlerin servet kaynaklarını diledikleri gibi kendi menfaatlerine uygun bir şekilde kullanan valiler yoktu. Valiler ihdas olunan meclislere danışmaksızın bir şey yapamamakta idiler.<sup>90</sup>

## bb. Muhassıllıklar ve Muhassıllık Meclisleri

Tanzimat'tan önce devletin en önemli geliri olan haslar öşürleri, mukataat-ı miriye, zeamet, tımar ve malikâne mukataaları, voyvodalık, ocaklık ve evkaf adlarıyla bölünmüş olduğundan hass-ı hümayun darphane-i amireden, mîrî mukataalar hazine tarafından valilere veya

<sup>89</sup> Karal, *Osmanlı Tarihi*, C. VI, s. 127-131.

<sup>90</sup> *Vilâyet ve Mahalli İdareler Mevzuatı (1864-1996)*, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü, S. 1997/1, Ankara, 1997, s. 460.

mültezimlere ihale edilir, diğerleri sahipleri tarafından ya bizzat öşrü alınır veyahut mültezime verilirdi.

Tanzimat'ın esaslarından birisi her çeşit gelirin devletin hazinesine gelip her türlü giderin de hazineden yapılması idi. Bu amaçla Tanzimat'ın öngördüğü başlıca yeniliklerden birisi, vergilerin toplanmasında haksızlık ve şikayetlere yol açan iltizam usulünün kaldırılması, bu işin devlet eliyle hakkaniyet çerçevesinde ve belirli kurallara dayanılarak yerine getirilmesi idi. Halkı mültezim, müteveli vs. kişilerin keyfine bırakan iltizam usulü, eyaletlerdeki adem-i merkezîyet usulünü idame ettirmekte ve merkezden yönetim ilkesiyle çelişmesi nedeniyle de kaldırılması gerekli bulunmakta idi.

Buna uygun olarak, Maliye Nazırı Hacı Saip Paşa döneminde Tanzimat'ın uygulandığı tüm bölgelerde, 1840 mali yılı başı olan Mart ayından itibaren iltizam usulü kaldırılmıştır. Gümrükler dahil tüm vergi ve resimlerin emaneten idaresi kararlaştırılmıştır. Böylece taşrada bulunan mültezim, voyvoda vs. kişilerin görevleri sona ermiştir. Mültezimlerin bıraktığı boşluğu doldurmak ve devletin ihtiyacı olan vergilerin doğrudan idaresi ve bir an önce tahsili için taşrada "muhas-sıl" veya "muhas-sıl-ı emval" denilen memurluklar oluşturulmuştur.<sup>91</sup> Meclis-i Ahkâm-ı Adliye'nin kararı üzerine eyaletlerdeki sancak ve kaza merkezlerine dirayetli ve güvenilir kişiler arasından seçilen emval muhas-sılları gönderilmiştir. Valilerin vergilendirme ile ilgili yetkileri kaldırılmıştır. Böylece muhas-sıllar, eyalet yönetiminden bağımsız, Maliye Nezareti'ne bağlı, vergilerin devlet hazinesi adına tahsil edilmesini sağlayacak maaşlı devlet memurları olarak bir tür mali vali durumuna getirilmiştir.<sup>92</sup>

Muhas-sıllar kendilerine verilen 20 Ocak 1840 tarihli talimata uygun olarak yanlarında biri mal kâtibi diğeri emlak ve nüfus katibi olmak üzere iki yardımcı ile birlikte ülkeye dağılmışlardır. Kendilerine o zamana kadar çeşitli hazineler (hazine-i amire, darphane-i amire, mukataa, evkaf-ı hümayun, tersane-i amire) vasıtasıyla idare olunan mukataalar ile her mahallin iltizam defterlerinde kayıtlı bulunan bütün gelirlerin tahsili görevi verilmiştir. Bu şekilde geniş yetkilerle göreve başlayan muhas-sıllar padişahın mutlak vekili durumunda olan valile-

<sup>91</sup> Şener, s. 37.

<sup>92</sup> Ortaylı, İ., *Tanzimattan Sonra Mahalli İdareler (1840-1878)*, TODAİE Yayın No: 142, Ankara, 1974, s. 13-29; Nadaroğlu, H., *Mahalli İdareler*, İstanbul, 1989, s.267-274.

rin geniş yetkilerini sınırlandırmışlardır. Böylece vergi tahsili vali ve ayanın kontrolü dışına çıkarılmıştır. Bu suretle, devlet ilk defa vergi mükellefi ile doğrudan doğruya temasta bulunmaya başlamıştır.

Muhassılların yapacakları ilk işlerden biri de memleket işlerinin görüşüleceği bir meclis kurulmasıydı. Muhassıllar gittikleri eyaletlerde müslim ve gayrimüslimlerin idareye katılmalarını amaçlayan muhassıllık meclisleri oluşturmuşlardır. Muhassıllar, muhassıllık meclislerinin atama ve seçimle gelen üyeleri ile birlikte memleketin durumuna göre vergileri tespit, tevzi ve tahsil ederek sandığa yatıracak, maaş dahil gerekli masraflar bir eminin idaresindeki sandıktan ödendikten sonra artanı hazineye gönderilecekti. Muhassıllık meclisi yedisi tabii (kadı, müftü, muhassıl vb.) altısı o yerin halkı arasından seçilen on üç üyeden kurulmaktaydı. Meclisin başkanı merkez livada müşirdi. Muhassıllık meclisleri veya daha sonraki adıyla memleket meclisleri 1864 Vilayet Nizamnamesi'nden önce ülkemizde kurulan mahalli idare kurullarının sınırlı bir anlamda ilk örneği sayılabilir. Muhassıllar ile muhassıllık meclislerinin en önemli görevi nüfus ve emlak tahrirlerini yapmaktı. Tanzimat ile birlikte herkesin ödeme gücü tespit edilerek çeşitli adlarla alınan çok sayıdaki örfi vergilerin yerine "vergi" adıyla tek bir verginin tahsiline başlanacaktı. Bu verginin uygulanabilmesi için şehir, kaza, nahiye ve köy gibi bütün yerleşim birimlerinde yaşayan müslim ve gayrimüslim herkesin ad ve şöhreti, emlak, arazi ve hayvanı, yetiştirdiği ürünler, ticari ve sınai faaliyeti olanların yıllık tahmini gelirinin incelenerek tahrir edilmesi ve ödeme güçlerinin tespiti gerekiyordu. Bu görev muhassıllara ve meclise verilmişti.<sup>93</sup>

Tanzimat'ın ilk iki yılında başta aşar olmak üzere bütün vergiler muhassıllar vasıtasıyla emaneten tahsil edilmiştir; ancak uygulama başarılı olamamış ve beklenen vergi toplanamamıştır. 1841 yılında sadrazam Mustafa Reşit Paşa'nın azlini takiben Musa Saffeti Paşa'nın nezareti sırasında muhassıllıklar kaldırılmıştır. Emaneten idarenin gelir kaybına ve emaneten idare hesaplarının alınamaması ve karışmasına yol açtığı, memurların aşar için çiftçiden aynı olarak aldıkları ürünü saklayıp zamanında satamadıkları gibi gerekçelerle iltizam usulüne tekrar dönülmüştür. İltizam usulünün uygulamasının ıslah edilerek sakıncalarının azaltılmasına karar verilmiştir.<sup>94</sup> Asıl neden, mahalli

<sup>93</sup> Şener, s. 40.

<sup>94</sup> Pakalın, *Tanzimat Maliye Nazırları*, C. 1, s. 63-64.

ayan ile merkezi idare temsilcileri arasındaki gerginlikti. Ayanlar yeni uygulamayı benimsememiş ve tahsildarlara yardımcı olmamışlardır.<sup>95</sup>

Sancak ve livalardaki bağımsız muhassılların görevlerine son verilince görevleri mülki idare amirlerine bırakılmıştır. Valilere asayiş görevine ek olarak mali idarenin sorumluluğu da verilmiştir. Valilere eski otoriteleri iade edilmiş; ancak meclisler valilerin başkanlığında verginin tespiti görevlerine devam etmişlerdir. Müşirlik nizamı konularak valilerin bağlı livalara hükmetmeleri kuralı geri gelmiştir. Eyalette valilerin maiyetlerine birer defterdar, her sancağa birer kaymakam ve malmüdürü, ve kazalara birer müdür atanmıştır.<sup>96</sup> Nezarete doğrudan bağlı muhassıl ve muhassıllıkların kaldırılması üzerine vilâyet, sancak ve kazalarda Maliye Nezaretini temsilen mahalli mülki amire bağlı defterdarlar ve malmüdürleri görevlendirilmesi uygulamasına geçilmiştir. İltizam sistemi ile birlikte idarenin belirli birimlerinin geliri tahsil edip gerekli giderleri yapması ve artanın merkezi hazineye devredilmesi usulü benimsenmiştir. Örnek olarak gümrük idaresi tahsil edilen gelirden gerekli harcama ve maaş ödemelerini yapar, artanını hazineye devrederdi. Aslında her vilâyet, gelirin yani aşar, ağnam resmi, bedeli askeriyenin toplandığı ve sonra idarenin zaptiye, maarif, nafia gibi giderlerinin yapıldığı, bir anlamda merkezi hükümetin kontrolünde, fakat mali yönden otonom bir birim idi. Bununla birlikte bu yapılaşma merkeziyetçi mali sisteme geçişte önemli bir safha olmuştur.<sup>97</sup>

## B. Meşrutiyet Döneminde Mali İdare

Bu dönemde Bab-ı Âli (Hükümet) sadaret makamından başka, Hariciye, Dahiliye, Adliye, Harbiye, Bahriye, Maliye, Maarif, Nafia ve Ticaret, Şura-yı Devlet Riyaseti, Meşihat-ı İslâmiye (Şeyhülislâmlık) ve Evkaf dairelerinden müteşekkil idi. Maliye Nezareti, Kanun-i Esasi'nin ilanını takiben 40'ıncı madde uyarınca hazırlanan "*Maliye Nezareti Heyetinin Teşkilâtıyla Vezaifini Şamil Nizamname*" ile yeniden düzenlenmiştir (22 Ocak 1880). Yine, aynı dönemde nezarete bağlı müstakil bir idare olarak "*Aşar ve Ağnam Emaneti*" ile vilâyetlerde emine bağlı aşar ve ağnam nazırlık ve müdürlükleri kurulmuştur. Emanet, aşar ile ağ-

<sup>95</sup> Kıray, E., *Osmanlı'da Ekonomik Yapı ve Dış Borçlar*, 2. Baskı, İstanbul, 1995, s.79-80.

<sup>96</sup> Mustafa Nuri Paşa, *Netayic ül-Vukuat*, C. III-IV, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara 1992, s. 293.

<sup>97</sup> İrcica, C.I, s. 293-294.

nam ve canavar resimlerinin tahsili ve mal sandıklarına teslimi ile görevlendirilmiştir.<sup>98</sup>

Bu nizamnameye göre Maliye Nezareti, “Heyet-i Merkeziye (Merkez Teşkilâtı)” ve “Heyet-i Mülhaka (Taşra Teşkilâtı)” olarak iki kısma ayrılmıştır. Bunun yanında, müstakil birer idare olan vergi, rüsumat, aşar ve ağnam emanetleri ile “Meskûkat-ı Şahane Müdüriyeti” nezaretin şubeleri arasında yer almakta idi.<sup>99</sup>

#### Maliye Nezareti (1880)

A. Merkez Daireleri	B. Taşra Teşkilatı	C. Şubeler (Müstakil İdareler)
i. Heyet-i Teftiş-i Maliye ii. Varidat İdare-i Umumiyesi iii. Masarifat İdare-i Umumiyesi iv. Duyûn İdare-i Umumiyesi v. Maliye Mektupçuluğu vi. Sandık Emaneti vii. Evrak Müdüriyeti viii. Tercüme ve Tahrirat-ı Ecnebiye Müdüriyeti ix. Muhasebat-ı Atika Muhasebeciliği	i. Tüm varidat ve emanet maliye memurları ii Vilayet ve liva maliye müdürleri iii. Kaza mal memurları iv. Sandık emînleri	i. Vergi Emaneti ii Rüsumat Emaneti iii. Aşar ve Ağnam Emaneti iv. Meskukât Müdüriyeti

### 1. Maliye Nezareti ve Dairelerinin Görevleri

“Maliye Nezareti Heyetinin Teşkilâtıyla Vezâifini Şamil Nizamname” ile getirilen esaslar, bugünkü mali idarenin temellerini oluşturmaktadır.

<sup>98</sup> Maliye Teşkilatı ve Görevleri Mevzuatı, C. 1, s. 368.

<sup>99</sup> Öner, s. 338.



### a. Maliye Nazırı'nın Görevleri

Yapılan düzenleme ile mali teşkilat içerisinde Maliye Nazırı'nın, önemli görevler üstlenmesi öngörülmüştür. Bu cümleden olarak Maliye Nazırı; devletin bütün gelir giderlerini idare eder, gelir ve gider ile Düyun-ı Umumiye'nin işlemlerini ve bunların muhasebesini yaptırır, inceletir, askeri ve mülki idarelerin mali işlerini denetler, maliyeye ait kanun ve nizamname tasarılarını hazırlayarak bunların kanunlaşmasını sağlar, mali nitelikli kanun ve nizamnamelerin icra makamıdır, bütçeye ait cetvelleri ilgili dairelerden getirterek düzenler, kesin hesabı hazırlayarak süresinde Divan-ı Muhasebat'a verir, bütçe kanunu gereğince bakanlıklara ve diğer idarelere ait ödeneği ayırır ve hesaplarını yaptırır, maliye memurlarının görevlerini ve çalışma düzenlerini takip ve teftiş eder, hazine, vilâyet sandıkları ile Osmanlı Bankası veznelerine devlet gelirlerinin teslimini izler, ödemeleri araştırır, Düyun-ı Umumiye defteri kebirini hazırlatır, memur ve kişiler zimmetinde kalmış olan devlet alacaklarını dava açmak suretiyle tahsiline çalışır, gelirlerin artırılmasına, masrafların karşılaştırılmasına dair tasarıları düzenler ve sadrazama sunar.<sup>100</sup>

Kanuni Esasi (1876), Maliye Nazırı'na geniş yetkiler tanımıştır. Kanuni Esasi'nin 80'inci maddesine göre; Meclis-i Mebusan, kendine havale olunacak kanun tasarılarını görüşerek bunlardan maliyeye ilişkin olan maddeleri ret veya kabul yahut tadil eder. Giderler bütçe kanununda gösterildiği şekilde mecliste ayrıntısı ile incelendikten sonra miktarına nazırlar ile birlikte karar verilir ve buna karşılık olacak gelirin niteliği ve miktarı ile tevzi ve tedariki de nazırlar ile birlikte belirlenir.

Bu dönemde her nazırın olduğu gibi, Maliye Nazırı'nın da, görevlerine koşut olarak sorumlulukları da artırılmıştır. Örneğin; her nazırın sorumluluğu hükümdara ve parlamentoya karşıdır; Kanuni Esasi'nin 29'uncu maddesinde, nazırlardan her birinin dairesine ait olan işlerden yapılması yetkisi içinde olanları usulüne göre icra ve icrası yetkisi içinde olmayanları da sadrazama arz edeceği belirtilmektedir; ancak bu görünüm, 1910 tarihli Usul-i Muhasebe-i Umumiye Kanunu'ndan önceki durumu yansıtmaktadır. 1910 tarihli anılan kanuna göre Maliye Nazırı'nın görev ve yetkileri şu şekildedir: Hükümet tarafından

<sup>100</sup> A.g.e., s 340.

ifası üstlenilen genel hizmetlerin gerektirdiği giderleri ödeyebilmek üzere gerekli olan parayı halktan toplayıp nezaretlerden her birinin ilgili hizmetleri için talep edeceği giderleri istenilen yer ve zamanda ödeme görevi Maliye Nazırı'nın uhdesindedir. Maliye Nazırı, bu cümleden olarak, ilkin gelirleri tarh ve tevzi edip tahsili kabil hale getirecek, ikinci olarak da geliri toplayarak ödemeyi yapacak, giderin ödeme zamanıyla gelirin tahsil zamanı örtüşmez ise denkleştirmeyi yapacak, toplanan ve harcanan tüm miktarların hesabını tutacaktır.

Maliye Nazırı'nın uhdesinde yer alan mali dengeyi sağlamak görevi, hükümetler, yıllık gelir ve gideri mukayese ederek icraatlarını bu dengeye dayandırmak zorunda olduklarından, son derecede önemlidir. Bu amaçla nazırlar her yıl kendi harcamalarına ait bütçelerini hazırlayarak Maliye Nazırı'na gönderirler. Maliye Nazırı, bu bütçeleri inceler ve kendi nezaretinin gider bütçesi ile genel gelir bütçesini ilave ederek devletin genel bütçesini vücuda getirir. Bu şekilde tamamlanan bütçe, bakanlar kurulunca tasdik ile Meclis-i Mebusan'a arz edilerek onaylandıktan sonra ilgili olduğu mali yıl başında uygulamaya konulmak üzere Maliye Nazırı tarafından dairelere tebliğ olunur. Nazırlar kendilerine verilen ödenekten fazla harcama yapamayacakları gibi bu ödenğin üzerinde bir ödemeye Maliye Nazırı da izin veremez. Keza, bir kanuna dayanmadıkça Maliye Nazırı hiçbir vergi tevzi ve tahsil edemez. Özel kanuna veya bütçe kanununda açıkça yazılı bir izne dayanmadıkça kısa vadeli dahi olsa hiçbir borçlanma yapılamaz. Gelire tesir edecek ve gideri artıracak her kanun tasarısının Maliye Nazırı'nın imzasını taşıması gerekir. Bu nedenle Maliye Nazırı gider yapmayı gerektiren taahhütleri bütçeye uygunluğu açısından kontrol etmek üzere her nezarete bir muhasebe müdürü (bütçe dairesi başkanı) bulundurulur. Bu muhasebe müdürü Maliye Nazırı'nın murakıbu olmakla beraber bulunduğu nezaretin hesap işlerini de ifa ve nazırın kesin hesabını düzenlemekle görevlidir.<sup>101</sup>

<sup>101</sup> Önceleri her nezarete ayrı bir vezne vardı ve muhasebeci unvanını alan muhasebe müdürü mensup olduğu nezaretin memuru olduğu gibi veznenin de amiri ve sorumlu saymanı idi. Maliye Nazırı her daireye kendi bütçelerine göre ödenek üzerine ödemede bulunurdu. Diğer bir deyişle, Maliye Nazırı her nezarete yalnız parayı verir, fakat bu paranın nereye ve ne şekilde harcadığına müdahale etmezdi. Nazırlar hazineden aldıkları paraya kendi nezaretlerine ait özel gelirlerini de ekleyerek harcama yaparlardı, harcamalarının hesabı muhasebeleri vasıtasıyla Divan-ı Muhasebat'a bildirilirdi, Öner, s. 342.

II. Meşrutiyet'in ilanı ile birlikte bu usul kaldırılarak, rüsumat ile posta idareleri vezneleri hariç dairelerdeki vezneler kaldırılmış ve Maliye Nazırı dairelere ödenek üzerine değil tahakkuk üzerine ödemede bulunmaya başlamıştır. Bu usul gereğince, nazırlar sadece ita amiri konumunu muhafaza etmek suretiyle tahsil ve ödeme işi ile meşgul olmazlardı. Bir başka deyişle, ilgili idareler kendilerine verilen hizmetleri ifa ve devlet namına borç ihdas eder, bu borcun belgesini hazırlar ve onun üzerine ita (verile emri) tanzim ederek maliyeye gönderirlerdi. Hazinesinin genel vizesi de bu ita emirlerini tahakkuk belgeleri ile beraber inceleyerek uygun gördüğü takdirde parayı doğrudan istihkak sahibine verirdi. Emval-i Umumiye'yi, yani mer'i tüm vergi, resim ve hasılatı tahsil ve idare etmek ve onları nazırların göstereceği yere ödemek görevi Maliye Nazırı'na, hizmetleri ifa ve en iyi şekilde idare etmek görevi de diğer nazırlara ait olduğu söylenebilir. Maliye Nazırı, bu tahsil ve ödeme işlemlerini sorumlu sayman denilen memurları vasıtasıyla yapardı; ancak Maliye Nazırı'nın bu ödeme yetkisi Divan-ı Muhasebat'ın vizesiyle kayıtlıdır. Dairelerin merkezdeki ödeme için düzenledikleri ita emirleri ve taşra giderlerine ait havalenameler önce Divan-ı Muhasebat'a yollanır, Divanca bütçeye ve kanunlara uygun görüldüğü takdirde vize edilerek hazineye gönderilirdi. Maliye Nazırı da kendisine gelen bu ita emirleriyle havalenamelerin ita amirince tayin edilen süre ve yerde ödenmesini sağlardı. Her yıl sonunda ise, o yıl yapılan işleri göstermek üzere nazırlardan her biri tarafından gönderilecek olan kesin hesaplara Maliye Nazırı kendi dairesinin gider kesin hesabıyla genel gelir kesin hesabını da ekleyerek sayman hesapları ile karşılaştırıp inceledikten sonra devletin kesin hesabını meydana getirirdi. Bu hesap bir kanun tasarısı halinde Meclis-i Mebusan'a verilip orada görüşülerek kanun haline getirilirdi.<sup>102</sup>

### b. Maliye Müsteşarı'nın Görevleri

Müsteşar, nazır ile istişare etmek ve aldığı emir ve tebliğleri uygulamak, merkez ve taşradaki memurların icraatlarını gözetlemek, Memurîn-i Maliye Komisyonu'na<sup>103</sup> başkanlık etmekle yükümlü idi.

<sup>102</sup> A.g.e., s. 342-343.

<sup>103</sup> Bu komisyon haftada iki gün hazinenin üst düzey memurları ile toplanarak çözümü gereken işleri görüşür, azli gereken maliye memurlarının yerine tayini uygun görülenleri seçip arz ederdi.

### c. Heyet-i Teftişiye-i Maliye (Maliye Teftiş Kurulu)

Teftiş kurulu, doğrudan nazırın emri altında çalışır ve özel nizamnamesinde yazılı esaslara göre çalışmalarını düzenlerdi. Kurulun görevi, devlet mal ve giderlerini tahsil ve harcamakla görevli bütün memurların yani vilayet ve sancaklardaki maliye müdürleri, kaza mal memurları ve sandık emînleri, rüsumat ve defteri hakani (tapu), orman ve maadin, posta ve telgraf memurları ile İstanbul'da bulunan bütün resmi daireler ve şubelerin maliye memurlarının hesaplarını incelemektir. Maliye müfettişleri mevcut sandık, nakit, tahvil ve senetlerin cins ve miktarını inceler, her türlü mali işlerin cereyan tarzına dair nezarete bilgi verirlerdi.<sup>104</sup>

### d. Varidat ve Masarifat İdare-i Umumiyesi

Maliye Nezareti'nin en önemli kısmı gelir ve gider idareleri idi. 1840 yılında Maliye Nezareti teşkilâtında varidat ve masarifat muhasebecilikleri ayrı idi. 1296 (1880) nizamnamesinde "*Varidat İdare-i Umumiyesi*" ile "*Masarifat İdare-i Umumiyesi*" yine ayrı ayrı yer almışlardır. Daha sonra, 1304 (1888) teşkilât değişikliğinde bu iki idare "*Muhasebe-i Umumiye-i Maliye*" ismi altında birleştirildiler.

Varidat İdare-i Umumiyesi'nin görevleri; her yıl bütçe tasarısına eklenecek gelir cetvelini dairelerle vilâyetlerden alınacak kayıtlara göre düzenlemek, bütçe onaylandıktan sonra gelirlerin her bölüm ve türü ile miktarlarını gösteren bir cetvel düzenleyip Masarifat İdare-i Umumiyesi'ne vermek, sonra doğrudan doğruya hazinece emir ve havale olunacak yerlere vukubulan irsalât (gönderme) ve teslimatın kayıt işlemlerini yapmak, devlet gelirlerinin tarh, tevzi ve tahsiline dair kanun ve tüzük tasarılarını düzenlemek, bunlara ait hükümlerin uygulanmasını sağlamak, devlet gelirlerinin yılı içinde tahakkuk eden rakamlarını vergi, aşar ve ağnam emaneti ve mahallerinden alınan resmi bilgilere göre kaydetmek ve düzeltmek, her ay tahsilat genel listelerini incelemek, tahsilatı uygulamak, her üç ayda bir kez Kanuni Esasi'nin 105. maddesi uyarınca Divan-ı Muhasebat tarafından padişaha arz olunacak maliyenin genel durumu ile ilgili olarak gelirlerin genel durumuna ilişkin cetvel ve bilgileri hazırlamak, gelirlerin bütçe kanununda yazılı rakamlara göre fazla veya noksan olması

<sup>104</sup> Öner, s. 344.

halinde sebeplerini açıklamak, hazine idaresinde bulunan çiftlikler ile diğer emlakın kiralama, ihale, müzayede ve tefvizine ilişkin işlemleri yapmak (Emlâk-i Milliye Şubesi), mirasçı bırakmadan vefat edenlerin muhalefatı (terekesi) ve hasılatının idaresi ile sonradan ortaya çıkan mirasçılara teslimini yapmak, her yıl daire ve vilâyetlerden alınacak sal (yıl) muhasebelerini kayıtlarla karşılaştırmak ve Ağustos sonuna kadar genel gelir kesin hesabını çıkarmaktı.

Masarifat İdare-i Umumiyesi'nin görevleri ise; devletin her yıl yapılacak muazene-i umumiye (bütçe) kanunu tasarısına eklenecek gider cetvelini düzenlemek, bütçe kanunlaşınca her daire ve idareye ait giderlerin ve Meclis-i Umumi'nin toplanmadığı zamanlarda zorunlu ihtiyaçtan doğan olağan ve olağandışı giderler varsa bunların, suretlerini tertip ve dairelere ita etmek, harcanması gereken miktarın Hazine-i Celile Sandığı veya Osmanlı Bankası'ndan nakden veyahut Varidat İdare-i Umumiyesi'nin vereceği cetvel üzerine vilayet mal sandıklarından havale yoluyla ifası için gerekli işlemleri yapmak, giderlere ilişkin yeni kanun ve tüzük tasarılarını düzenlemek, bunlara ilişkin mevcut hükümlerin uygulanmasını sağlamak, daireler ve vilayetlerden gelen toplu cetvelleri incelemek, bütçe ödeneği dışında harcama olmuşsa geri almak, her ay maliye hazinesince yapılmış olan gider ve ödeme ile beraber ertesi ay yapılması gereken acil giderlerin tür ve miktarlarını gösteren bir defter yapıp nezaret makamına sunmak, her üç ayda bir defa Kanun-ı Esasi'nin 105'nci maddesi uyarınca Divan-ı Muhasebat tarafından Padişaha arz olunacak giderlerin gerçekleşmesini gösteren cetvel ve bilgileri düzenlemek, içerden ve dışarıdan gelen misafirlerin giderlerini ödemek, memurların maaşlarıyla harcırah işlemlerini ve kefaletle tabi memurların kefaletlerine ait işleri yapmak, vilâyetler ve İstanbul'da yapılan giderler ile Düyun-ı Umumiye tarafından sarfı gereken miktarın ödenmesini gösteren sal muhasebesi kesin cetvellerini toplamak ve sal muhasebelerine ekli belge ve kayıtlar ile karşılaştırmak ertesi yıl Ağustos sonuna kadar devletin sal genel giderleri kesin hesabını çıkarmaktı.

### e. Düyun İdare-i Umumiyesi

Düyun İdare-i Umumiyesi'nin görevleri; her yıl bütçe kanun tasarısına eklenecek iç ve dış borçlarla hisse senedi, mukataat, zeamet, tımar, yetim malları faiz ve bedelleri ve devletçe taahhüt edilmiş bu-

lunan demiryolları teminatı miktarını gösteren bir muvazene defteri düzenleyip Masarifat İdare-i Umumiyesi'ne vermek, iç veya dış yeni bir borçlanma olduğunda borçlanılan tutarı sandık emanetine ve nezaretten emrolunan mahalle teslim ettirmek, bütçe kanununa göre ödeneğine mahsuben hazineden veya Osmanlı Bankası'ndan nakden vereceği meblağ ile vilâyet emvalinden verilecek tutarların her gün bir nüsha yevmiyesini ve Osmanlı Bankası'nın Düyun-ı Umumiye ve cari hesap işlem ve hesaplarını gününe yapmak ve incelemek, yevmiyenin bir örneğini Masarifat İdare-i Umumiyesi'ne, gelirlerle ilgili kısmını Varidat İdare-i Umumiyesi'ne vermek, düyuna ilişkin yıllık ödenekten gerek İstanbul ile vilâyetlerde ve gerek yabancı ülkelerde yapılacak harcamaların kendi kayıtları ve gelecek sal kesin hesapları gereğince yıl sonunda tahakkuk eden miktarını gösteren genel sal kesin hesabını yılın bitimiyle beraber düzenlemek ve Masarifat İdare-i Umumiyesi'ne vermektir.

#### **f. Mektubî Kalemi**

Bir mektupçunun idaresinde bulunan bu kalem; masarifat, varidat, düyun, evamir, evrak, sicil-i ahval adıyla altı şube halinde görev yapmakta idi.

#### **g. Sandık Emaneti**

Görevleri; hazine malvarlığı tahsilatı, borçlanma, Osmanlı Bankası'ndan Hazine-i Celile Sandığı'na girmesi gereken tutarları toplayıp günü gününe yevmiye defterine irad (gelir) kaydetmek, masarifat ve düyun idare-i umumiyelerinden verilecek resmi belgeler üzerine ödemeyi yapmak ve yevmiye defterine gider yazarak her gün ilgili mercilere bilgi vermek, vezne idaresi tahsilat ve ödemelerinin cins ve miktarını gösteren bir yevmiye tutup her günün tahsilât-ödeme dengesini yapıp günlük pusulayı makama sunmaktır.

#### **h. Maliye Evrakı Müdüriyeti**

Nezarete gelen ve nezaretten çıkan evrakı deftere kaydetmek ve evrakı ilgili yerlere göndermekle görevli idi.

### i. Tercüme ve Tahrirat-ı Ecnebiye Müdüriyeti

Yabancı dil üzerine yapılan yazışmaları tercüme etmek, yabancı dille nezaretten yazılması gereken mektup, borçlanma ve diğer hususlara ilişkin sözleşme ve belgeleri düzenlemek ve deftere kaydederek tescil etmekle yükümlü idi.

### j. Muhasebat-ı Atika Muhasebeciliği

Bu dairenin görevi, bütün eski işlerle muhasebat-ı atikaya bakmak, incelemek ve gereken işlemleri yapmaktı.

Buraya kadar görevleri ele alınan Maliye Nezareti merkez teşkilatı, şubelere dahil memurlar hariç, 650 kişilik bir idare idi. Ülkenin maliye işlerini sırf yazılı olarak sevk ve idare eden bu daireler için nizamnamede öngörülen sayının üzerinde personel çalıştırılmaması, çalışanların sorumlu olacağı hükme bağlanmış olsa da sonraki yıllarda bu kurala uyulmadığı görülmüştür.

### k. Daireler ve Personel Arasındaki İlişkileri Düzenleyen Kurallar

Maliye Nezareti'nin merkez ve taşra birimleri Maliye Nazırı'nın idaresi altındadır. Merkez ve taşra teşkilatının amirleri Maliye Nazırı'na bağlıdır ve sadece ona karşı sorumludurlar. Amirler dışındaki memurlar memuriyet görevlerini ifada birinci memura yani müdürlerine karşı sorumludurlar. Bu nedenle merkez ve taşra birim başkanları kendi idarelerine ait iş ve işlemleri geniş bir yetki ile idare ederler. Bu hususta mevcut kanun, nizam, talimat ve emirlere göre hareket edilir. Müdürler kendi memurlarını çalıştırlar. Doğacak tereddüt ve uyuşmazlıklar memurlardan oluşan bir komisyonda görüşülür. Komisyon konuyu halledemezse "*Memurin-i Maliye Cemiyeti*" adlı komisyona arz olunur. Diğer bir husus ise, merkez ve taşra birimlerinin başında bulunanların sadece dairelerde ve vilâyet merkezinde bulunan maliye memurları ile haberleşebilmeleridir. Bu haberleşme emir şeklinde olamaz, sadece cetvel ve defterlerdeki bilgilerle kayıtlar, hesaplar vs. hususlara ilişkin halli ve bilgi almayı gerektiren hususlarla sınırlı olarak yapılabilir.

## 2. 1880 Tarihli Nezaret Teşkilâtında Daha Sonra Yapılan Değişiklikler

### a.1888'e Yılına Kadar Yapılan Değişiklikler

1296 (1880) tarihli Maliye Teşkilât Nizamnamesi, yapılan kimi münferit değişikliklerin dışında, II. Meşrutiyet'e kadar sadece bir kez (1304-1305 / 1888-1889 yılında) önemli bir değişikliğe uğramıştır.

1888 yılına kadar yapılan münferit değişiklikler şu şekilde özetlenebilir:

- Meskûkat-ı Şahane İdaresi'nin (Darphane) iç teşkilâtı şubelere ayrılarak 1885 yılında yeniden düzenlenmiştir,

- Yine aynı yıl, maliye hazinesine ilişkin dava ve işlemlerle iştigal etmek ve nezaretten sorulan sualler üzerine mütalaa beyan etmekle görevli merkezde bir Hukuk Müşavirliği kurulması, ayrıca vilâyetlerde de vali ve defterdara bağlı ve sorumlu dava vekilleri istihdamı kararlaştırılmıştır,

- Aşarın maktuen ihalesi kararlaştırıldığından 1887 yılında kurulan Aşar ve Ağnam Emaneti lağvedilerek 1887 yılında Aşar ve Rüşumat İdare-i Umumiyesi kurulmuştur. Vergi Emaneti, Maa Tahrir Vergi Müdüriyeti haline gelmiştir. Her iki idare yeni isimleri ile Maliye Hazinesi'ne nakledildi.

Ayrıca, 1888 yılında Dersaadet (İstanbul) emlak vergisi tahsilatının bakayadan kurtarılması için;

- Şehremanetinde (İstanbul Belediyesi) bulunan maa tahrir vergi idaresi şubesi ve tahsil memurları ile muhamminlerin vilâyetlerde olduğu gibi maliye hazinesine nakli,

- Belediye dairelerinde vergi işinde müstahdem mal müdürlerinin hazinenin iş'arı üzere hareket etmek üzere yine aynı idareye bağlı olarak belediye dairelerinde bulundurulması,

- Emlak ve akar kıymetlerindeki değişikliklerin yine belediye dairelerince icra olunup emlak sahiplerince vuku bulacak itirazın Meclis-i Maliye'de incelenmesi kararlaştırılmıştır.



### b. 1888 Yılında Maliye Teşkilâtında Yapılan Değişiklikler

Yapılan değişiklikle masarifat ve varidat idareleri “*Muhasebe-i Umumiye-i Maliye*” idaresinde birleştirilmiştir. Öte yandan, nezarete bağlı müstakil idareler olan vergi emaneti “*Maa Tahrir Vergi Müdüriyeti*” ve aşar ve ağnam emaneti ise “*Aşar ve Rüsumat Müdüriyeti*” isimleri ile nezaretin merkez daireleri kapsamına alınmıştır.<sup>105</sup>

#### 1304 (1888) Tarihli Değişikliklerle Mali İdare

Muhasebe-i Umumiye-i Maliye
Aşar ve Rüsumat Müdüriyeti
Düyun-ı Umumiye Müdüriyeti
Beytül-Mâl Müdüriyeti
Maa Tahrir Vergi Müdüriyeti
Sandık Emaneti
Orman ve Maadin Müdüriyeti
Muhasebat-ı Atika Muhasebeciliği
Hukuk Müşavirliği

1304 (1888) teşkilâtı pek az değişiklikle 1324 (1908) yılına kadar devam etmiştir. Bu arada sandık emaneti ser (baş) veznedarlığa dönüştürülerek muhasebe-i umumiyeye dahil edilmiştir. Orman ve Maadin Müdüriyeti nezarete dönüştürülmüştür. 1317 (1902) yılında “*mürettebat ve takip ve tahsilat komisyonu*” ismi ile bir komisyon kurularak tahsilat işleri buraya verilmiş ise de bu durum çok devam etmemiş ve yerine “*Tahsilat İdare-i Umumiyesi*” oluşturulmuştur. Ayrıca maliye memurlarının görevleri ile ilgili çeşitli talimatlar düzenlenmiş, 1905 yılında maliye memurlarının atama ve yükselmelerini görüşüp karara bağlamak üzere, nezaret merkezinde nazırın, onun bulunmadığı hallerde ise müsteşarın başkanlığında bir komisyon kurulmuştur. Atama ve yükselme nizamnamesinde, mal memurları görev mahallerine göre sınıflara ayrılmış, atama ve yük-

<sup>105</sup> 1885 yılında hukuk müşavirliği ve dava vekilleri de Maliye Nezaretine bağlanmıştı.

selmelerde aranacak tahsil derecesi, hizmet süreleri, sicil, imtihan gibi hususlar kurala bağlanmıştır.

1905 yılında yayımlanan “Rumeli Vilâyat-ı Selâse-i Şahanesi Umur-ı Maliyesi Hakkında Nizamname” ile, Selanik, Kosova ve Manastır vilâyetleri için iki yıl süreyle bir maliye komisyonu kurulmuştur. Rumeli Vilâyat-ı Şahanesi Umumi Müfettişi’nin başkanlığında Rusya ve Avrupa ülkeleri temsilcilerinden oluşan komisyon aşar dahil vilâyet-i selâse (üç vilâyette) vergileri tahsil edecek, yapılan tahsilat her yıl anılan üç vilâyet için hazırlanan bütçeye gelir kaydedilecektir. Bu vilâyetler dahilindeki giderler de bu bütçeden yapılacaktır. Komisyon vilâyetlerde yapılacak mali ıslahat uygulamasına dikkat ve nezaret ile de görevli idi. Yine bu dönemde, maliye memurları gibi, 1906 yılında rüsumat (gümrük) memurlarının atanmasına, 1907 yılında vilâyetlerdeki ve defter-i hakani (tapu) teşkilâtı ve memurlarının görevlerine ilişkin nizamnameler de düzenlenerek yürürlüğe konulmuştur.

1908’de II. Meşrutiyet’in ilanından hemen sonra daire ve nezaretlerde üç ayrı azaltma yapılmıştır. Nazırlar dairelerini ıslah için kurala aykırı meydana getirilmiş olan kalem, meclis ve komisyonları lağvetmeye ve lüzumsuz memurları kadro haricine çıkarmaya başladılar. Ziya Paşa’nın maliye nazırlığı sırasında teşkilâta aşar, vergi ve beytül mâl müdüriyetleri ile muhasebat-ı atika muhasebeciliği lağvedildi. Lüzumsuz olan, yararlanılamayan memurlar çıkarıldı veya istifa etti. Memurların sayısı ve maaşlarının miktarı indirildi ve maliye teşkilâtı; Defter-i Kebir Muhasebesi, Varidat Muhasebesi, Masarifat Muhasebesi, Düyun-ı Umumiye Muhasebesi, Hukuk Müşavirliği ve Ser Veznedarlık biçimine geldi.

Cavit Bey maliye nazırı olunca memurlar arasında tekrar tensikat (düzenleme) yapılmıştır. 350 adet memur kadro harici bırakılarak merkezdeki memur sayısı 550’ye indirilmiştir. Cavit Bey’in döneminde yapılan önemli değişikliklerden biri de Maliye Müşaviri Fransız Mösyö Laurent (Loran) raporu üzerine görüşülerek kabul edilmiş olan teşkilattir. Laurent’a göre dairelerin görev ve sorumlulukları belirlenmeli, nezaret kuvvetleri ayrılmalı ve ahenkli bir şekilde dağıtılmalıdır. Bu görüşlere dayanarak yapılan değişiklikler sonucunda Maliye Nezareti şu şekli almıştır:<sup>106</sup>

<sup>106</sup> İhsaiyat-ı Maliye (Maliye İstatistikleri) 1885-1909, s. 7-11.

## Maliye Nazırı Cavit Bey Zamanında Maliye Teşkilatı

<b>Kalem-i Mahsus (Özel Kalem) Müdüriyeti:</b> Bu müdürlükte kalem-i mahsus, İstatistik ve Hazine-i Evrak, Maliye Müşavirliği ve Umur-ı Hukukiye kalemleri yer almaktaydı.
<b>Memurin ve Levazım Müdüriyeti:</b> Merkez ve taşra memurlarına ilişkin sicil, tayin, izin, maaş vs. işlemlerle levazım işleri görülürdü.
<b>Muhasebe-i Maliye Müdüriyeti:</b> Maliye bütçesini bu müdürlük hazırlar, merkezdeki masrafların tahakkuk işlemlerini yapardı.
<b>Muhasebe-i Umumiye Müdüriyet-i Umumiyesi:</b> Muvazene-i Umumiye'yi (bütçe) hazırlar, defter-i kebiri tutar, defterdarların idare hesaplarını incelerdi.
<b>Düyun-ı Umumiye ve Muamelat-ı Nakdiye Müdüriyeti:</b> Nakit işlemlerini idare eder, Hazine tahvili çıkarır, istikraz tasarılarını hazırlar, zat maaşlarını öderdi.
<b>Varidat-ı Umumiye Müdüriyeti:</b> Aşar ve ağnam dahil tüm vergi ve resimlerin tarh ve tahsili, gelir bütçesinin düzenlenmesi ile görevli idi.
<b>Emlâk-ı Emiriye Müdüriyeti:</b> Varidat-ı Umumiye Müdüriyeti'nden ayrılarak kurulan bu birim Mirî emlâkin esas defterini tutar, emlâkin muhafaza, idare, kira, satış ve takasıyla uğraşır- dı.
<b>Vezne-i Umumi Müdüriyeti:</b> Tahsilat ve ödemeleri yürütür, defterlere kaydeder, Osmanlı Bankası ile olan cari hesabı tutardı.
<b>Muamelat-ı Umumiye-i Maliye Müfettişliği:</b> Devletin tüm mali işlemlerini her açıdan teftiş ve gerekli gördükleri ıslahatı nezarete arzla görevli idiler.
<b>Islahat-ı Maliye Komisyonu:</b> Nezaretten gönderilecek hususlar hakkında gerekli kanun, nizamname ve talimat layihalarını inceler ve düzenlerdi.

Her müdürlük gereken sayıda kaleme ayrılmıştı. Maliye Nazırı Cavit Bey döneminde Maliye Teftiş Heyeti takviye ve kesin şekilde ihya olundu. Maliye Memurları Mekteb-i Âli'si (Maliye Mektebi) kuruldu. Rüsumat Emaneti ile Posta ve Telgraf Nezareti 1909 yılında Umum Müdürlüğe dönüştürülerek ita amirliği yönünden bağımsız olarak Maliye Nezareti'ne bağlandı. Rüsumat İdare-i Umumiyesi ile Posta ve Telgraf İdare-i Umumiyesi'nin Teşkilâtı Hakkında Nizamnameler hazırlanarak aynı yıl yürürlüğe konuldu. Defter-i Hakani (tapu) Nezareti'nin yalnız mali kısımlarının Maliye Hazinesi ile bağlantısı devam ettirildi. Daha sonra 1913 yılında Defteri Hakani (tapu) Nezareti Defteri Hakani Eminliği'ne çevrildi ve eminlik Maliye Nezareti'ne tâbi kılındı. Böylece 1912 yılında ilk çalışmalarına başlayan kadaströ teşkilâtı ile birlikte tapu

teşkilâtı Maliye Nezareti'ne bağlanmış oldu.<sup>107</sup> Aynı şekilde reji (tekel) idaresi de aynı yıl (1913) Maliye Bakanlığı'na bağlı bir idare haline geldi. Maliyenin bu teşkilâtı milli hükümetin kurulmasına kadar, pek önemli olmayan kimi değişiklikler ile devam etmiştir.

## V. Cumhuriyet Döneminde Mali İdare

### A. Maliye Bakanlığı'nın İlk Teşkilâtlanması

Maliye Bakanlığı, Büyük Millet Meclisi'nin kurulmasından sonra Maliye, Rüsumat ve Defter-i Hakani (Maliye, Gümrük ve Tapu) Vekâleti olarak Başvekâlet ve diğer bakanlıklarla birlikte Ankara Ulus'taki hükümet konağının odalarında göreve başladı. 1920 yılından Cumhuriyet'in ilân edildiği 1923 yılı sonuna kadar bütçeler zamanında hazırlanıp uygulanamadı. Geçici bütçe ve avans kanunlarının verdiği yetkiler ile harcamalar yapıldı. 1920 yılı bütçesi 30 Eylül 1920'de BMM'ne sunuldu ve mali yılın son günü olan 28 Şubat 1921'de kabul edildi. Aynı şekilde 1921 yılı bütçe kanunu da mali yılın bitimine iki gün kala 26 Şubat 1922'de kabul edildi. Daha sonra 1920 ve 1921 yılı bütçe kanunları ile bu harcamaların mahsup işlemi tamamlandı. 1922 ve 1923 yıllarında bütçe kanunu hiç hazırlanmadı. Hükümet modern anlamdaki merkez-taşra teşkilatını tamamlamak üzere 1920-1926 tarihleri arasında gerekli hukuki temelleri oluşturmaya başladı.

### B. Cumhuriyet Dönemi

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 1920 yılından Cumhuriyet'in ilan edildiği 1923 yılı sonuna kadar bütçeler zamanında hazırlanıp uygulanamadı. Geçici Bütçe ve avans kanunlarının verdiği yetkiler ile harcamalar yapıldı. Sadece bütçeyle ilgili hususları içeren ilk bütçe 1 Haziran 1926'dan itibaren yürürlüğe girmek üzere, 1926 yılında kanunlaştı. Bu kanunla, herhangi bir kadroya dayanmadıkça veya herhangi bir kanun veya bütçe ile belirtilmedikçe, hiç kimseye maaş veya ücret ödemeyeceği ifade edildi. Böylece, hangi teşkilat veya bakanlıkta hangi kadroların kaç adet bulunduğu ve bu yılki maaşları bütçe kanunlarıyla belirlenmeye başlandı. 1929 yılında çıkartılan 1452 sayılı "*Devlet*

<sup>107</sup> Rüsumat (Gümrükler) 1932, Tapu ve Kadastro teşkilâtı 1939'a kadar Maliye'ye bağlı kalmıştır.

*Memurları Maşatının Teohit ve Teadülüne Dair Kanun*"a Ek 2 Numaralı Cetvel ile devlet teşkilatının tümü ve bu arada Maliye Bakanlığı'nın merkez ve taşra teşkilatı yeniden düzenlenmiş ve isimlendirilmiştir. 1452 sayılı kanunla yapılan bu düzenleme teşkilat kanunu hükmünde kabul edilmiştir. Bu nedenle birimlerin görev ve yetkileri düzenlenmemiş olmakla beraber Cumhuriyet döneminde Maliye Bakanlığı ve diğer bakanlıkların ilk toplu teşkilat düzenlemesinin bu kanunla yapıldığı söylenebilir.

Maliye teşkilatını düzenleyen ve değişiklikleri ifade eden başka bir metin olmamakla beraber, kadro unvanlarının incelenmesinden, bakanlığın merkez teşkilatında önemli bir değişiklik olmadığı sadece tuz tekelinin idaresi için merkezde "*Tuz İnhisarı İdaresi Umum Müdürlüğü*" nün kurulduğu ve taşrada ona bağlı tuz inhisarı müdürlüklerinin oluşturulduğu görülmektedir. Taşra teşkilatında ise, defterdarların muhasebe müdürlüğü görevini merkez mal müdürlerine devrettiği, tahsil memurluklarının varidat müdürlüğü kalemlerinden ayrılarak bir tahsil müdürünün yönetiminde ayrı bir tahsil heyeti kurulduğu, varidat kalemlerinin ise sadece tarh ve tahakkuk işlemleri ile görevlendirildiği; tuz, balık ve pul teşkilatının tuzla ilgili kısmının tuz inhisar müdürlüklerine, balıkla ilgili kısmının av vergileri müdürlüğüne, pulla ilgili görevlerinin pul tetkik memurlarına verildiği anlaşılmaktadır.

1933 yılında çıkarılan 2265 sayılı kanunla, vergi gelirlerinin üçte birinin elde edildiği İstanbul maliye teşkilatı özel olarak düzenlenmiştir. 1936 yılında yeniden değiştirilen bu düzenleme ile ilk kez İstanbul'da çeşitli semtlerde ayrı ayrı varidat (gelir) tahakkuk ve tahsil daireleri açılması öngörüldü. Varidat tahakkuk dairelerinde müdür ve ona bağlı tahakkuk müfettişleri ve memurlar, tahsil dairelerinde de müdür ve ona bağlı tahsil müfettişleri ve memurlar görev yapacaktı. Ayrıca İstanbul'da vilayet muhasebeciliği, pul müdürlüğü, av vergileri ve milli emlak müdürlükleri kuruldu. Darphane ve Damga Matbaası müesseseleri "*Darphane ve Damga Matbaası Müdürlüğü*" adı altında birleştirildi. İstanbul'da kaybolmakta olan birçok devlet haklarının kurtarılması ve gerek hazinenin ve gerekse emlak cephesinde büyük miktarlara ulaşan alacaklarının takibi için İstanbul Muhakemat Müdürlüğü kadroları sözleşmeli hazine avukatları ile güçlendirildi. Böylece maliye teşkilatında ilk defa bu kanunla İstanbul'da kullanılmak amacıyla, gelir tahakkuk müdürü emrinde çalışmak üzere tahakkuk

müfettişi, tahsil müdürü emrinde vilayet ve kaza tahsil müfettişi, pul müdürü emrinde pul müfettişi, vilayet emlak müdürü emrinde emlak müfettişi unvanlı kadrolar ihdas edildi. Sözleşmeli hazine avukatı istihdamı imkanı getirildi. Bu düzenlemeler, birkaç küçük tadilat ile gümrük ve tekel idarelerinin ayrılması dışında, Maliye Bakanlığı'na ait ilk Teşkilat Kanunu'nun çıkartıldığı 1936 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.

Maliye Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatı 1950 yılında 5655 sayılı kanunla tekrar düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile Tahsilat Genel Müdürlüğü'nün merkez ve taşra teşkilatı "*Gelirler Genel Müdürlüğü*" adı altında bu genel müdürlüğün merkez ve taşra teşkilatıyla birleşmiştir. Bu birleşme neticesinde, tahakkuk ve tahsilat şube şeflikleri vergi dairesi müdürlüklerine dönüşmüş, yeni gelir, kurumlar ve esnaf vergileri ile Vergi Usul Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte vergi daireleri vergi ile ilgili bütün birimleri (tarh, tahakkuk, tahsil) bünyesinde toplamış; takdir işlemleri için takdir komisyonları kurulmuş, vergi yargısı birimleri (İtiraz ve Temyiz Komisyonları) yeniden düzenlenmiş ve güçlendirilmiş, dolayısıyla vergi sistemi ve teşkilatında büyük bir reform yapılmıştır. Böylece illerde gelir müdürlerinin yanı sıra, defterdara bağlı olarak görev yapmak üzere iller ile gerekli görülen ilçelerde bağımsız vergi dairesi müdürlükleri kurulmaya başlanmıştır. Ayrı vergi dairesine gerek olmayan ilçelerde vergi dairesi (bağımlı) görevini malmüdürlüğü yürütecektir.

Bu çerçevede günümüzdeki Maliye Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatı yapısının esas itibariyle 1936 yılında tesis edildiği, 1942, 1946 ve 1950 yıllarındaki değişikliklerle yapının tamamlandığı, merkez ve taşra teşkilatının (1983'te Hazine'nin ayrılması dışında) önemli bir değişiklik olmaksızın bu yapısını günümüze kadar muhafaza ettiği, bağlı ve ilgili kuruluşların sayısında ise devlet teşkilatındaki değişikliklere paralel olarak azalma ve artmalar görüldüğü ifade edilebilir. 1983 yılında, devlet teşkilatında bakanlıklar ile bağlı kuruluşları itibariyle köklü değişiklikler yapılmıştır. Dolayısıyla Maliye Bakanlığı'nun merkez teşkilatı da büyük değişikliğe uğramıştır. 20/08/1993 tarih ve 516 sayılı KHK ile de Maliye Bakanlığı'nun merkez teşkilatında yapılan kimi değişikliklerle birlikte taşra teşkilatı 1936 yılından sonra ilk kez yeniden düzenlenmiştir; ancak 516 sayılı KHK'nin Anayasa Mahkemesi'nce iptali üzerine, 19/06/1994 tarih ve 543 sayılı KHK ile 516 sayılı KHK'de yer alan düzenlemeler tekrar yürürlüğe konulmuş-

tur. Buna göre, 13/12/1983 karar tarihli “Maliye Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında 178 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname”de değişiklikler yapılmış ve 178 sayılı KHK’ye eklenen maddelerle; defterdar, bulunduğu ilde Maliye Bakanlığı’nun en büyük memuru ve il ve bağlı ilçeler teşkilatının amiri olup, işlemlerin kanun hükümlerine göre yürütülmesi, denetlenmesi, merkez ve taşradan sorulan soruların cevaplandırılması, kanuna aykırı hareketi görülenler hakkında takibatta bulunulması, atamaları ile ait merkez ve bağlı ilçeler maliye memurlarının sicillerinin tutturulması ile görevli ve sorumludur şeklinde ifade edilerek, defterdarlık birimlerinin, defterdarın yönetimi altında gelir, muhasebat, milli emlak ve muhakemat birimleri ile personel müdürlüğünden oluşacağı, büyükşehir belediye sınırları içinde ayrıca ilçe teşkilatı bulunan il merkezlerindeki ilçe malmüdürlükleri dışındaki birimlerin doğrudan doğruya defterdarlığa bağlı olacağı belirtilmiştir.

Son olarak, 05/05/2005 gün ve 5345 sayılı kanun ile Maliye Bakanlığı’na bağlı olmak üzere “Gelir İdaresi Başkanlığı” kurulmuştur.

### KAYNAKÇA

- Akgündüz, A., *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, C. 1, Ankara, 1990.
- Akyıldız, A., *Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform (1836-1856)*, İstanbul, 1993.
- Atsız, N., *Aşıkpaşaoğlu Tarihi*, I. Baskı, İstanbul, 1970.
- Bardakçı, M., *Unakitan’a Şükredelim, Biz Gerdekten Bile Vergi Alırdık*, Hürriyet, 19/10/2003, s. 34.
- Çadırcı, M., *Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Yapıları*, Türk Tarih Kurumu Yayını No. 124, Ankara, 1991.
- Çadırcı, M., *Türkiye’de Muhtarlık Kurumunun Kurulması Üzerine Bir İnceleme*, in Belleten, S. 133-136, Ankara, 1970.
- Güran, T., *Zirai Politika ve Ziraatte Gelişmeler*, 1839-1876, 150. Yılında Tanzimat, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 1992.
- İhsaiyat-ı Maliye (Maliye İstatistikleri) 1885-1909, Maliye Bakanlığı APK Yayını No: 2000/357, Ankara, Ekim, 2000.
- Karal, E. Z., *Osmanlı Tarihi*, C. IV, *Birinci Meşrutiyet ve İstibdat Devirleri*, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 1994.
- Karamursal, Z., *Osmanlı Mali Tarihi Hakkında Tetkikler*, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayını, VIII Dizi, S. 11, Ankara, 1989.

- Kıray, E., *Osmanlı'da Ekonomik Yapı ve Dış Borçlar*, 2. Baskı, İstanbul, 1995.
- Lord Hobart, M. H., Mr. Foster, *Türkiye'nin Mali Durumu Hakkında Rapor*, İstanbul, 07/12/1861, kaynak: Accounts & Papers, 1862, Vol. LXIV, p. 475, in *Osmanlı Maliyesi Hakkında İngiliz Raporları, 1861-1892*, Maliye Bakanlığı APK Yayın No: 2000/355, Ankara, Nisan, 2002, çev. Batrel, Ö. F.
- Mustafa Nuri Paşa, *Netaciyül-Vukuat Kurumları ve Örgütleriyle Osmanlı Tarihi*, C. III-IV, TTK, Ankara, 1992.
- Nadaroğlu, H., *Mahalli İdareler*, İstanbul, 1989.
- Ortaylı, İ., *Türkiye İdare Tarihi*, Ankara, 1979.
- Ortaylı, İ., *Tanzimattan Sonra Mahalli İdareler (1840-1878)*, TODAİE Yayın No: 142, Ankara, 1974.
- Osmanlı'dan Günümüze Maliye Teşkilatı ve Görevleri Mevzuatı, Maliye Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü, S. 1998/1, Ankara, 1998.
- Öner, E., *Mali Olaylar ve Düzenlemeler Işığında, Osmanlı İmparatorluğu ve Cumhuriyet Döneminde Mali İdare*, Ankara, Haziran, 2001.
- Pakalın, M. Z., *Maliye Teşkilatı Tarihi (1442-1930)*, Maliye Bakanlığı Tetkik Kurulu Yayın No: 1977-180/1, Ankara, 1978.
- Pakalın, M. Z., *Tanzimat Maliye Nazırları*, C. 1, İstanbul, 1939.
- Sayın, A. V., *Tarih-i Mali, Kuruluşundan Kanuni Döneminin Sonuna Kadar Osmanlı Maliye Tarihi (1299-1566)*, Maliye Bakanlığı APK Yayın No: 356, Ankara, Ekim, 2000.
- Sayın, A. V., *Tekalif Kavaidi (Osmanlı Vergi Sistemi)*, Maliye Bakanlığı APK Yayın No: 1999/352, Ankara, Haziran, 1999.
- Şener, A., *Tanzimat Dönemi Osmanlı Vergi Sistemi*, İşaret Yayınları: 39, İstanbul, 1990.
- Uzunçarşılı, İ. H., *Osmanlı Tarihi*, IV. Cilt, XVI. Yüzyıl Ortalarından XVII. Yüzyıl Sonuna Kadar, 5. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 1988.
- Üçok, Ç., Mumcu, A., Bozkurt, G., *Türk Hukuk Tarihi*, 9. Baskı, Ankara, 1999.
- Uzunçarşılı, İ. H., *Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilâtı*, 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayını VIII. Dizi-S.16b, Ankara, 1988.
- Velay, A. D., *Türkiye Maliye Tarihi*, Maliye Bakanlığı Tetkik Kurulu Neşriyatı, No: 178-1978, Ankara, 1978.
- Vilâyet ve Mahalli İdareler Mevzuatı (1864-1996), Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü, S. 1997/1, Ankara, 1997.



# YARGITAY KARARLARI

## Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 20.12.2006  
E. 2006/18-820  
K. 2006/810

\* Alacak  
\* Emeklilik ikramiyesi  
(506 sayılı SSK m. 128, geçici m. 20  
ve 134; 743 sayılı TMK m. 73 vd.;  
4721 sayılı TMK m.101)

Taraflar arasındaki “alacak” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 19. Hukuk Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 25.10.2005 gün ve 2004/357-2005/445 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi’nin 20.2.2006 gün ve 2006/45-1137 sayılı ilamı ile, (... Dava, ek emeklilik aylığının faizi ile birlikte tahsili istemim ilişkindir.

Dava konusu uyuşmazlık, vakıftan yararlanan ile vakıf arasındadır. Davalı vakıf 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası uyarınca kurulmuş bulunan bir sosyal güvenlik vakfıdır. Anılan yasanın 128., geçici 20., ve 134. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, taraflar arasındaki uyuşmazlığın iş mahkemesince çözümlenmesi gerektiği düşünülerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken genel hükümler çerçevesinde davaya bakılıp karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...) 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, davalı vakfın üyesi olan davacıya, vakıf ana statüsü uyarınca ödenmesi gereken el emeklilik ikramiyesinin ödenmediği iddiasına dayalı, alacak istemine ilişkindir.

Davacı S. E. vekili, TC Ziraat Bankası personeli tarafından Türk Medeni Kanunu'nun 101. ve müteakip maddelerine göre kurulmuş bulunan T.C. Ziraat Bankası Personeli Vakfı ile Zerbank Personeli Yardımlaşma Vakfı'nın 30.3.1983 tarihinde mahkeme kararı ile birleştirilmesi sonucunda davalı Vakfın oluştuğunu; davacının 16.1.1976 tarihinde Ziraat Bankasında çalışmaya başladığını, o tarihten itibaren de anılan vakfın üyesi olduğunu, 29.3.2002 tarihinde emekliye ayrıldığını, ancak, Vakıftar alacağı parasal haklarından önemli bir kısmını tahsil edemediğini; davalı Vakıf Ana statüsünün 31/A-e maddesi uyarınca, emekli olduğu 29.3.2002 tarihinden itibaren üç ay içinde alması gereken ek emeklilik ikramiyesinin kendisine ödenmediğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hak saklı kalmak kaydıyla şimdili 2.500.000.000 TL ek emeklilik ikramiyesinin 29.6.2002 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Ziraat Bankası Personeli Vakfı vekili, vakıf resmi senedinin 31/A-e maddesi hükmü uyarınca, ek emeklilik yardımının vakıf kaynaklarından değil, çalışan üyelerin emekli olan üyelere aktarılmak üzere her ay yaptığı bağışlardan karşılandığını, vakfın ek emeklilik yardımı konusundaki görevinin, üyelerin bu amaçla yapacakları bağışı tahsil etmek ve tahsil edilen bu parayı emekli olan üyeye ödemekten ibaret bulunduğunu, 2001 yılına kadar emekli olan kişi sayısının az, bağışta bulunan üye sayısının fazla olması nedeniyle ek emeklilik yardımlarının çok kısa bir süre içerisinde ödendiğini ancak, 2001 yılında TC Ziraat Bankası'nın yeniden yapılandırılması ile ilgili olarak çıkarılan yasaların uygulamaya konulması sonucunda, çok sayıda üyenin emekli olması veya başka kurumlara atanmasından dolayı ek emeklilik yardımı yapılacak kişi sayısının arttığını, bağış yapan kişi sayısının ise azaldığını, bu nedenle ödemelerin hemen yapılamadığını, ilgililerin emekli oluş tarihlerine göre belirlenen bir sıra dahilinde ödemelerin yapılmakta olduğunu, davacının gerekli kaynağın oluşmasını beklemeden eldeki davayı açtığını bildirmiş ve davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece verilen; davanın kabulüne, 2.500.000.000 TL. nin 29.6.2002'den itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline dair karar, Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle, bozulmuş, yerel mahkeme gerekçesini tekrarlayarak ve genişleterek önceki kararında direnmiştir.

Davacının 16.1.1976 tarihinde TC Ziraat Bankası'nda çalışmaya başladığı, davalı vakfın üyesi iken, Emekli Sandığı'na tabi müdür yardımcısı unvanıyla 29.3.2002 tarihinde emekli olduğu; SSK ile herhangi bir ilişkisinin bulunmadığı çekişmesizdir.

Davalı vakfın, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 73. ve sonra-

ki maddeleri hükümlerine tabi olarak, üyelerine ek yardımlar sağlamak amacıyla kurulduğu vakıf senedinin 1. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 29.6.2000 gün ve 24094 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan 4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin 2 Nolu Tebliği ekindeki "506 sayılı Kanun'un Geçici 20. Maddesine Tabi Özel Emekli Sandıkları" başlıklı listede de, davalı vakfın adı geçmemektedir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun "Yardımlaşma Sandıkları" başlıklı 128/1. maddesi "Sigortalı çalıştırılan her türlü işlerde ve iş yerlerinde, herhangi ad altında kurulmuş veya kurulacak olan borç verme, emekli ve yardım sandıkları ve benzerleri, faaliyetlerine ve kuruluş amaçlarına göre ilgililere menfaatler sağlamaya devam edebilir." şeklindedir.

Görüldüğü üzere bu hüküm, açıkça ve sadece; sigortalı çalıştırılan işlerde ve işyerlerinde kurulan sandık ve benzerleriyle sınırlı bir düzenlemeyi içermektedir. Somut olayda; davalı vakıf bu nitelikte olmadığı gibi, vakıf üyesi durumundaki davacı da, TC Ziraat Bankası'nda atama tasarrufuyla ve Emekli Sandığı'na tabi olarak çalışmıştır. Dolayısıyla, taraflar arasında, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında bir sosyal güvenlik ilişkisi mevcut değildir. Ortada, iş mahkemelerinin görev alanını düzenleyen 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi kapsamında bir uyuşmazlık da bulunmamaktadır.

Bu durumda, görülmekte olan davaya bakma görevi iş mahkemesine değil, uyuşmazlığın niteliği, tarafların sıfatı, müddeabih ve dava tarihi itibarıyla Asliye Hukuk Mahkemesine ait olup; Yerel Mahkemenin direnme kararı bu nedenle yerindedir.

Ne varki, işin esası Özel Dairece incelenmediğinden, bu yönden inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daire'ye gönderilmesi gerekir.

### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 05.07.2006

E. 2006/13-499

K. 2006/507

\* Tazminat

\* Müspet zarar-menfi zarar

\* Temerrüt

\* Kaçırılan fırsat

(818 sayılı BK m. 96, 106, 108)

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul Asliye 8. Ticaret Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 30.1.2004 gün ve 2001/1336-2004/120 sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk

Dairesi'nin 10.5.2005 gün ve 2005/2987-8041 sayılı ilamı ile, (...Davacı, ihale sonucunda düzenlenen sözleşmeyle 20.000 metre kumaş teslimini taahhüt eden davalının 10.000 metre kumaş teslim ettiğini, bakiye edimini verilen süre ve ek sürelerle rağmen yerine getirmediğini, sözleşme feshedilip yeniden yapılan ihale sonucunda aynı kumaşı daha yüksek bedelle başkasından satın aldığını ileri sürerek iki ihale arasındaki bedel farkı nedeniyle oluşan 17.400.000.000-TL'nin 17.8.2000 tarihinden itibaren reeskont faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, 1999 yılı Ağustos ayında meydana gelen deprem mücbir sebebi nedeniyle edimini yerine getiremediğini, iki ihale arasında 14 aylık fark bulunduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, bilirkişi raporu esas alınarak davanın kabulüne 17.400.000.000-TL'nin davc tarihinden itibaren faiziyle tahsiline karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının tüm, davalının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacı, idare, davalının sözleşme ile yüklendiği 20.000 metrelik kumaş ediminin 10.000 metrelik kısmını yerine getirmemesi nedeniyle aynı malı almak için daha yüksek bedel ödediğinden bahisle maruz kaldığı 17.400.000.000- TL zararın tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davacının bu istemi sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine dayanarak kaçırılmış elverişli fırsatlara göre değerlendirilmelidir. Başka bir anlatımla davacı, sözleşmeye konu malı davalıdan almayıp, bir başkasından alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat) başkasına yapacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle aynı miktardaki aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkı, yani menfi zararını isteyebilir. Çünkü davacı, davalıya güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme fırsatını kaçırmıştır. Toplanan delillerden ve dosya içerisindeki ihale evraklarının incelenmesinden ilk ihalenin 20.000 metre kumaş alımına ilişkin olduğu, bu ihaleye davalıdan başka katılanın olmadığı, davalının sözleşmeye konu 20.000 metre kumaşın 10.000 metresini teslim ettiğini, sözleşmenin feshinden sonra davacının teslim edilmeyen bakiye 10.000 metre kumaş yönünden yeni bir ihale açtığı, bakiye 10.000 metre kumaşı daha yüksek bedelle satın aldığı anlaşılmaktadır. İlk ihaleye davalıdan başka kimse katılmadığına göre davacının bu ihaleye konu aynı miktar ve evsftaki malı davalı ile sözleşme yapmamış olsaydı, ihale tarihinde başka bir yerden hangi bedelle satın alabileceği, daha sonrada ikinci ihalenin yapıldığı tarih itibariyle yine aynı cins ve aynı miktarda kumaşın

10.000 metre değil de 20.000 metre olarak alınması halinde ikinci ihalenin ne miktar bir fiyatla gerçekleşeceği (hayatın olağan akışına göre alınacak malın miktarının fazla olması halinde bu fazlalığın mal fiyatına düşüş yönünde etki edeceğinde) konusunda uzman bilirkişi kurulundan alınarak taraf, hakim ve Yargıtay denetimine elverişli bir raporla belirlenmeli, belirlenen miktarla sınırlı olarak davanın kabulüne karar verilmelidir. Bu hususun göz ardı edilerek yetersiz bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle yazılı şeklide hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir....) 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:

Davacı İdare, birlik ve kurumların ihtiyacı olan tankçı berelik çuha kumaşın temini için yapılan ihaleyi kazanan davalı firmanın taahhüdünü kısmen ifa etmemesi üzerine sözleşmesini feshetmiştir. Taahhüdün eda edilmeyen bölümünü, yapılan yeni ihalede oluşan daha yüksek birim fiyat üzerinden başka bir firmadan temin etmiş, iki ihale arasındaki bedel farkının Hazine zararını oluşturduğunu belirterek, davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Dava, Borçlar Kanunu'nun 108/11. maddesine dayalı menfi zararın tahsili istemine ilişkin olup, uyuşmazlık, davacı idarenin menfi zararının nasıl belirleneceği noktasında toplanmaktadır.

Özel Dairenin yukarıda yazılı bozma kararı üzerine yerel mahkemece; *"akdin feshine davalı şirket sebebiyet verdiği göre, iki ihale arasındaki bedel farkının İdare zararını oluşturacağı, davacı İdarenin kaçırdığı fırsatın sözleşmenin 14. maddedeki sabit fiyat garantisi olduğu"* belirtilerek direnme kararı verilmiştir.

Sözleşmenin dayanağını oluşturan şartnamenin *"Fiyat farkı"* başlıklı 14. maddesinde; *"Satıcı gerek esas taahhüt süresi içerisinde gerekse mücbir sebeplerden dolayı uzatılan süre içinde taahhüdün tamamen ifasına kadar vergi artışları veya yeni vergi ve resimler konulması, fiyatların yükselmesi, taşıma ve işçi ücretlerinin artması vesair sebeplere dayanarak fazla para verilmesi veya süre uzatımı isteğinde..."* bulunamayacağı ifade edilmektedir.

Alacaklının, borçludan istemeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmekle yükümlü bulunduğu bir tek edimi yani bir tek alacak

veya borcu ihtiva eden hukuki ilişkiye borç veya dar anlamda borç ilişkisi denir. Borç, bir sözleşme ilişkisinden yüklenilen edimlerle sınırlı değildir, bu edimlerin yerine getirilmemesinden veya sözleşme dışı haksız eylemden doğan tazminat alacağı da borç kavramı içindedir.

Borçlar Yasasının 96. maddesine göre alacaklının, borçludan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tazminat isteyebilmesi için alacaklının bu yüzden bir zarara uğramış olması gerekir. Sözleşmeden kaynaklanan zarar müspet zarar olacağı gibi, menfi zarar da olabilir.

Uyuşmazlığın çözümünde, öncelikle müspet zarar-menfi zarar kavramları üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır.

Müspet zarar; borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiye, bu durumla eylemli durum arasındaki fark müspet zarardır. Diğer bir anlatımla müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır: kuşkusuz kar mahrumiyetini de içine alır.

Borcun yerine getirilmesinin kusurla olanaksız hale gelmesinde, temerrüde düşen borçludan, gecikmiş ifa ile birlikte gecikme dolayısıyla tazminat istenmesinde yahut borçlunun temerrüdü halinde ifadan vazgeçilip, ifa yerine tazminat istenmesinde ve sözleşmenin olumlu biçimde ihlalinde, müspet zararın giderimi söz konusu olur. (Prof. Dr. H. Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, 1961 s. 426 vd.).

Borçlar Kanunu'nun 106. maddesi, sözleşmelerde borçlunun temerrüdü sonucu borç yerine getirilmemişse alacaklıya üç yetki tanımıştır:

**a-** Her zaman için ifa gecikme tazminatı isteğinde bulunabilir, **b-** Derhal ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyebilir, **c-** Veya ifadan vazgeçip akdi fesheder ve menfi zararını isteyebilir.

Müspet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi halinde söz konusu olur: sözleşme ortadan kalkmamaktadır, yalnız alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini müspet zararının tazminine dair talep hakkı alır. Burada sözleşmenin feshedilmemesinden değil borcun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu göz ardı edilmemelidir.

Menfi zarar ise, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla sözleşme yapılmaydı uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşme hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar (Tandoğan, *a. g. e.*, s.

427). Bu husus Borçlar Kanunu'nun 108. maddesindeki düzenlemeden kaynaklanmıştır: burada alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Çünkü sözleşme fesih edilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez; istenilecek zarar menfi zarardır.

Menfi zarar kavramına şunların gireceği kabul edilmektedir (Tandoğan, *a. g. e.*, s. 427-428): **a-** Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler: Harçlar, posta giderleri, noter ücreti gibi. **b-** Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar. **c-** Sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar: gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi.

**ç-** Sözleşmenin geçerliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar; hükümsüz sayılan sözleşmeyle satın alınan şey, örneğin o zaman başkasından 100 liraya alınabilirken şimdi 120 liraya alınabilmesi.

**d-** Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar. **e-** Dava masrafları.

Bu tür bir zarar ayrımı, sözleşme sorumluluğunda söz konusu olmaktadır. Genel olarak menfi zarar: sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından; müspet zarar ise, ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder (Prof. Dr. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, s.482).

Sözleşme davacı tarafından feshedildiğine göre yerel mahkemece hükümsüz olan sözleşmeye tekrar dönülerek, sözleşmenin 14. maddesinde yer alan sabit fiyat güvencesi kaçırılan fırsat olarak değerlendirilerek hüküm kurulması isabetli bulunmamaktadır.

İstenebilecek zarar menfi zarar olup, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine dayanarak kaçırılmış elverişli fırsatlara göre değerlendirme yapılmalıdır. Başka bir anlatımla, davacı sözleşmeye konu olan kumaşı davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasında farkı yani menfi zararını ister. Çünkü davacı idare, davalıya güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır; başkasıyla sözleşme yapsaydı sözleşme feshedilmeyecek ve belki zararı da gerçekleşmeyecekti.

Burada üzerinde tartışılması gereken bir yön de menfi zararın be-

lirlenmesinde ve özellikle kaçırılan fırsatını değerlendirilmesinde ilk ihaleye davalıdan başka katılanların olup olmamasının etkisidir. Sözleşmeye konu olan mal ülkemizde üretilmekte olan, temin edilebilecek bir maldır. İhaleyi davalıdan başka bir kimse katılmamışsa da, idarenin bunu piyasadan o günkü koşullara göre temin etme olanağı olduğu kabul edilmelidir. İhaleye başka birinin katılmamış olması halinde kaçırılan fırsatın, feshedilen sözleşmedeki fiyat güvencesi olduğunu söylemek, yeniden sözleşme hükümlerine dönmek olur ki, yukarıda açıklanan menfi zararın tanımı ile bağdaşmayacağı anlaşılmaktadır.

O halde, mahkemenin özellikle menfi ve müspet zarar kavramını ve Borçlar Kanununun 108. maddesini değerlendirmeden yazılı gerekçelerle karar vermesi bozma nedenidir.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular dikkate alınarak, Hukuk Genel Kurulu'nca de benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır.

\*  
\* \*

### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 13.12.2006

E. 2006/8-788

K. : 2006/802

\* Yargılamanın iadesi

\* Hak düşürücü süre

\* Hükümü etkileyen hile

(1086 sayılı HUMK m. 445/1,  
445/7, 445/8, 446, 457)

Taraflar arasındaki “yargılamanın iadesi” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kumluca Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 24.03.2005 gün ve 2004/279-2005/154 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 20.10.2005 gün ve 2005/6259-7083 sayılı ilamı ile; (... Davacı Beykonak Belediye Başkanlığı vekili, hazinenin koşullu satışı ile vekil edeni belediyeye geçen dava konusu 111 ada 3 parselin davalı ve temlikin yapıldığı tarihte görevli olan belediye yetkililerince anlaşarak kötü niyetle ve kısa sürede hükmen adına tescilini sağladığını açıklayarak iptal ve tescile ilişkin Kumluca Asliye Hukuk Mahkemesinin 10.12.1998 gün, 1998/400 esas ve 1998/329 karar sayılı kesinleşen hükmün HUMK'nın 445.maddesinin 7 ve 8. bendlerinde yazılı nedenlere dayanılarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılmasını istemiştir.



Davalı vekili, vekil edeninin dava konusu parseli hükmen edindiğini açıklayarak davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece ileri sürülen yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin öğrenilmesi tarihinden itibaren kanunda yazılı hak düşürücü süre içinde dava açılmadığı gerekçesiyle isteğin reddine karar verilmesi üzerine hüküm davacı Belediye vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Tapu kaydına göre 300 m<sup>2</sup> yüz ölçüme sahip 111 ada 3 parsel hükmen 24.02.1999 tarihinde davalı adına tapuya tescil edilmiştir.

Dava, HUMK'nın 445 ve devamı maddelerinde düzenlenen yargılamanın yenilenmesi isteği ilişkindir.

Davacı belediye vekili, yetkisiz belediye temsilcisi ile davalının hile ve hud'ası sonucu temlike esas olan işlemlerin ve hükmün alındığını açıklayarak tapu kaydının oluşumuna esas olan yukarıda tarih ve sayısı yazılı hükmün yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılmasını istemiştir. Mahkemece, kamu tüzel kişisi olan davacı belediyenin yönetiminde devamlılık esas olduğu, temlikin yapıldığı tarihte durumun belediyeyi temsile yetkili kişilerce bilindiği, ileri sürülen sebeplere dayanılarak davanın süresinde açılmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiştir.

Gerçektende, HUMK'nın 445.maddesinde yazılı sınırlı nedenlere dayanılarak yargılamanın yenilenmesi davasının dinlenebilmesi için aynı kanunun 447. maddesinde yazılı süreler içerisinde açılması gerekir. Mahkemece de kabul edildiği üzere anılan maddedeki süreler hak düşürücü nitelikte olup, görevden ötürü mahkemece doğrudan doğruya göz önünde tutulması gerekir. Ancak, somut olayda; davanın süresinde açılıp açılmadığının belirlenmesi bakımından dava konusu parselin hükmen davalıya geçiş şekli ve yapılan işlemlerin bilinmesinde yarar bulunmaktadır. Dosya arasındaki belgelere göre; kumluk niteliğiyle Hazine adına tapuda kayıtlı bulunan dava konusu parsel ve dava dışı toplam 134 adet taşınmazın konut alanı olarak kullanılmak üzere istek üzerine Beykonak Belediye Başkanlığı'na 2942 sayılı kanun uyarınca satışına dayanılarak 20.10.1998 tarihinde tapuya tescil edilmiştir. Bu aşamadan sonra, şimdiki davanın davalısı A. K.'nin Beykonak Belediye Başkanlığı aleyhine 111 ada 3 parselir tapu kaydının iptal ve tescili için Kumluca Asliye Hukuk Mahkemesi'ne 10.12.1998 tarihinde açtığı dava, Belediye Meclisi'nce alınan 10.12.1998 gün ve 1998/6 sayılı karar uyarınca dava konusu parselin davalıya satılmasına karar alınmış, davalı Beykonak Belediyesi'ni temsilen belediye meclisi üyesi M. D. isimli kişinin davayı kabul etmesi üzerine aynı tarihte davanın kabulüne karar

verilmiş, hükmün temyizinden feragat edildiğinin bildirilmesi üzerine 14.01.1999 tarihinde kesinleştiği açıklanmıştır. Görüldüğü üzere; dava konusu parselin satışı, satış işlemlerinin yapılması, davanın açılması ve sonuçlandırılması aynı tarihte yapılmıştır. Belediye tüzel kişiliğinin yargı mercilerinde temsil durumu Belediye Kanunu'nda düzenlenmiştir. Belediye meclisi üyesinin mahkemeler önünde belediyeyi temsil ve belediye aleyhine açılan bir davayı kabul yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıntıları dosya arasındaki belgelerde yazılı olduğu üzere, davalının temlikin yapıldığı tarihte davacı belediyeyi temsil eden yetkisiz kişilerle el ve işbirliği içerisinde hareket etmek suretiyle temlik işlemini yaptığı anlaşılmaktadır. Tüm bunlardan ayrı belediye meclisi kararındaki bilgilere göre, belediye başkanı İ. G.'ye da 111 ada 4 parselin satılmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

Yargılamanın yenilenmesi davasının HUMK'nın 447. maddesinde yazılı sürenin öğrenildiğinden söz edilebilmesi için, yapılan bu işlerden belediyenin yetkili temsilcilerinin haberdar olması gerekir. Temlikin yapıldığı tarihte belediye başkanı olan kişinin de davalı gibi başka bir parseli edindiği anlaşılmaktadır. Dosya içeriğine ve dava konusu parselin edinme şekline göre, temlikin yapıldığı tarihte görevli belediye temsilcisinden bu hususu dava yoluyla ileri sürmesini beklemek mümkün olmaz. Bu durumda, yapılan yerel seçimler sonucu seçilen yeni başkanın durumu öğrendiği tarihten itibaren sürenin hesap edilmesi gerekir. Somut olayda, belediyeyi temsile yetkili olan yeni başkanın seçildiği tarihten itibaren kanunda yazılı süre içerisinde davanın açıldığı görülmüştür. Tüm bu açıklamalar karşısında yerel mahkemenin sürenin geçmiş olmasına ilişkin nitelendirme ve kabulüne katılmak mümkün olmamıştır. Davanın süresinde açıldığının kabulü ile iddia ve savunma çerçevesinde taraf delillerinin toplanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir...) gerekçesiyle hüküm bozularak dosya yerine geri çevrilmek ve 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 bilgi ve belgeler okunduktan sonra gereği düşünüldü:

Dava, HUMK'nın 445/1. fıkrası yoluyla aynı maddenin 7 ve 8. bentleri ile aynı kanunun 446, 457 ve devamı maddeleri gereğince açılan yargılamanın yenilenmesi isteğine ilişkindir.

Davalı Beykonak Belediye Başkanlığının dava dilekçelerinde; yetkisiz belediye temsilcisi ile davalının hile ve hud'ası sonucu temlike esas olan işlemlerin ve hükmün alındığını açıklayarak tapu kaydının oluşumuna esas olan Kumluca Asliye Hukuk Mahkemesi'nden verilen 10.12.1998 gün, 1998/400 esas ve 1998/329 karar sayılı hükmün yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılmasını istemiştir.

Mahkemece, kamu tüzel kişisi olan davalı belediyenin yönetiminde devamlılık esas olduğu, temlikin yapıldığı tarihte durumun belediyeyi temsile yetkili kişilerce bilindiği, ileri sürülen sebeplere dayanılarak davanın süresinde açılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Gerçektende, HUMK'nın 445. maddesinde yazılı sınırlı nedenlere dayanılarak yargılamanın yenilenmesi davasının dinlenebilmesi için aynı kanunun 447. maddesinde yazılı süreler içerisinde açılması gerekir. Mahkemece de kabul edildiği üzere, anılan maddedeki süreler hak düşürücü nitelikte olup, görevden ötürü mahkemece doğrudan doğruya göz önünde tutulması gerekir. Ancak, somut olayda; davanın süresinde açılıp açılmadığının belirlenmesi bakımından dava konusu parselin hükmün davalıya geçiş şekli ve yapılan işlemlerin bilinmesinde yarar bulunmaktadır. Dosya arasındaki belgelere göre; kumluk niteliğiyle Hazine adına tapuda kayıtlı bulunan dava konusu parsel ve dava dışı toplam 134 adet taşınmazın konut alanı olarak kullanılmak üzere istek üzerine Beykonak Belediye Başkanlığı'na 2942 sayılı kanunun 30 ve 39. maddeleri uyarınca satış yapılmış ve 20.10.1998 tarihinde tapuya tescil edilmiştir. Bu aşamadan sonra, şimdiki davanın davalısı A. K.'nin Beykonak Belediye Başkanlığı'na karşı 111 ada 3 sayılı parselin tapu kaydının iptali ve tescili için Kumluca Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 10.12.1998 tarihinde açtığı dava, belediye meclisince alınan 10.12.1998 gün ve 1998/6 sayılı karar gereğince dava konusu parselin davalıya satılmasına karar alınmış, davalı Beykonak Belediyesi'ni temsilen belediye meclisi üyesi M. D. isimli kişinin davayı kabul etmesi üzerine aynı tarihte davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararın tebliğ edilmesi üzerine o dönemin belediye başkanı İ. G. ve davalı A. K.'nin hükmün temyizinden feragat ettiklerini bildirmesinden sonra mahkemece verilen kabul kararı 14.01.1999 tarihinde kesinleştirilmiştir.

Olayın özelliği gereği; uyuşmazlığı ilgilendiren kanun maddelerine de değinmekte yarar vardır. HUMK'nın 445/7.bendinde; *"Mahkûmunleh tarafından hükme müessir diğer bir hile ve hud'anın kullanılmış olması,"* 8. bendinde ise; *"Vekil ve mümessil olmayan kimseler huzuriyle davanın niyet ve hükmedilmiş olması,"* hallerini yargılamanın yenilenmesi sebeple-

ri olarak kabul edilmiştir. HUMK'nun 446.maddesinde de, "Alacaklılar veya mahkûmunaleyh makamına kaim olanlar, borçluları veya makamına kaim oldukları kimseler aleyhinde sadır olan hükümler hakkında mahkûmunleh ile mahkûmunaleyh beyninde bilittifak kendilerine karşı vukuu bulan hile sebebiyle iadei muhakeme talebinde bulunabilir," denilmiştir. Aynı kanununun 447/1. fıkrası ise; "...Hilenin keşfolunduğu...", 445. maddenin 8 ve 9.hallerinde; "hükümün mahkûmunaleyhe veya hakiki vekil veya mümessile tebliği tarihinden itibaren üç aydır" açıklamasına yer verilmiştir.

Hile; gerçekte var olan olayların bilerek gizlenmesi veya gerçek dışı olaylara (vakıalara) mal etmek suretiyle diğer tarafın aldatılması (iğfal edilmesi)'dir. Hükümü etkileyen hile ve hud'anın (hud'anın lüğattaki anlamı: Aldatma, oyun, hile, desise, dalavere, tertip, düzen) her olayın gelişim biçimine göre takdiri tamamen hakime aittir. Olayların gösterdiği gelişmelere göre hükme etkili olan ve yargıyı yanılığa götüren tüm olayların hile sayıldığı kabul edilmektedir. Maddedeki hilenin diğer kanunlardaki hileden ayrı olarak daha geniş bir anlamda hükme etki eden pek çok fiil ve hareketlerin hile şeklinde nitelendirilmesi ve olayların gelişimine göre ne gibi hallerin hile teşkil edebileceğinin hakim tarafından takdiri gerekmektedir. Hakim bir taraftan bu inceleme ve araştırmayı yaparken, öte yandan özellikle Borçlar Kanununda düzenlenen hilenin unsurlarına bağlı kalmaksızın ne gibi ifade ve eylemlerin yargılamanın yenilenmesini gerekli kılacağına değerlendirmesi gerekecektir.

Gerek doktrinde ve gerekse uygulamada kabul edilen görüşlere göre, HUMK'nun 445/7. bendinde öngörülen hileli davranış olumlu (aktif) bir eylem biçiminde olabileceği gibi, çekinme ve susma gibi olumsuz (pasif) bir şekilde de ortaya çıkabilir. Bütün sorun bu hilenin hükmü etkilemiş olup olmadığını tespiti, gerek olumlu ve gerekse olumsuz davranışın bilerek yapılıp yapılmadığını belirlemede toplanmaktadır. Somut olguda; belediye başkanı ve belediye meclisi üyeleriyle davaların olay içerisinde gelişen tutum ve davranışlarının hile teşkil ettiği, belediyeyi temsile yetkili bulunmayan kişilerin davaya katıldığı, davayı kabul ettikleri ve buna bağlı olarak HUMK'nun 445/7 ve 8. bentlerindeki hukuki sebepler ile HUMK'nun 446. maddesinde belirtilen hukuki sebeplerin açık bir biçimde oluştuğu konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Şu halde, HUMK'nun 447.maddesinde açıklanan hak düşürücü sürenin az yukarıda açıklanan olaylar karşısında hangi tarihte başlaması gerektiği hususu uyuşmazlık konusu teşkil etmektedir. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, 28 Mart 2004 tarihinde yapılan yerel seçimlerden sonra yeni belediye başkanının ve belediye meclisi üyelerinin 29.03.2004 tari-

hinde görevlerine başladıkları ve bu tarihten sonra yaptıkları araştırma ve inceleme sonucu 23.06.2004 tarihinde de yargılamanın yenilenmesi davasını açtıkları, sorumlular hakkında suç duyurusunda buldukları, Elmalı Ağır Ceza Mahkemesi ile Kumluca Asliye Ceza Mahkemesi'nde açılan ceza davalarının bulunduğu belirlenmiştir.

HUMK'nın 446.maddesinden de anlaşıldığı üzere; yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilmesi için, şu koşulun gerçekleşmesi gerekir. Hükmün, aleyhine olan tarafın haleflerine veya alacaklılarına zarar vermek için davanın taraflarının anlaşarak hile ile o taraf aleyhine hükmün verilmesini sağlamış olmaları halinde, hüküm, aleyhine olan tarafın halefleri (örneğin mirasçuları ya da olayımızda olduğu gibi belediye başkanı veya yetkili temsilcisi) veya alacaklıları o hükme karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilirler. Somut olayda, Beykonak Belediyesi'nin tüzel kişilik olarak zarar gördüğü bir gerçektir. HUMK'nın 446. maddesi, hile bakımından özel ve istisnai bir durum getirdiği açıktır. Hükmün taraflarının yargılamanın yenilenmesini istemeyecekleri bir halde, tarafların halefleri ve alacaklıları bakımından, ayrı bir yargılamanın yenilenmesi sebebi kabul edilmiştir. Bu sebep doktrinde; HUMK'nın 445. maddesinde sınırlı olarak belirtilen on sebep dışında, hukuki neden olarak kabul edilmekte ve tanımlanmaktadır.

Kural olarak, yargılamanın yenilenmesi için gerekli başvuru süresi en erken, ceza kovuşturması söz konusu olduğu durumlarda ceza mahkemesi, hukuk davası söz konusu olduğu hallerde ise, hukuk mahkemesi kararının kesinleştiği ve en son ise hilenin öğrenildiği (keşfolunduğu) tarihten itibaren başlayacağı kabul edilmektedir.

Saptanan bu somut ve hukuki olgular ile açıklanan kanun maddeleri karşısında; belediye tüzel kişiliğinin yargı organları önünde kimin tarafından temsil edileceği hususu Belediye Kanununda düzenlenmiştir. Dönemin Belediye Başkanı İ. G. davalı A. gibi Hazineden belediyeye intikal eden taşınmazlardan 111 ada 4 sayılı parseli almıştır. A.'ya haricen taşınmazı satan M. B. ile davada belediyeyi temsile yetkisi ve görevi olmadığı halde davaya katılan ve belediye adına davayı kabul eden M. D.'nin (D...'nin) belediye meclis üyesi oldukları, 134 adet taşınmazın toplam 667.810.000.000.-TL'ye Hazine tarafından belediyeye satıldığı halde, anılan taşınmazların satış protokolündeki amacına aykırı olarak ve usulsüz bir biçimde karşılıksız olmak üzere değişik kişilere ve belediye mensuplarına devredildiği, bu haliyle belediyenin zarara sokulduğu, davalı A. yararına kabul edilen davanın, dava tarihi, cevap dilekçesi ile belediye meclisinin kabul ve sulhe ilişkin karar ve hükür tarihlerinin aynı olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır. O

halde, dosya kapsamına ve dava konusu 134 adet taşınmazın edinme şekline, dönemin Belediye Başkanı İ. G. ile bazı belediye meclisi üyelerinin de bizzat taşınmaz aldıklarına, olayın gelişimine ve tarafların el ve işbirliği içerisinde buldukları anlaşıldığına göre temlikin yapıldığı tarihte görevli belediye başkanı ile belediye meclisi üyelerinden bu hususu dava yoluyla ileri sürmelerini beklemek mümkün değildir. Çünkü sözü edilen işlemler adı geçenlerin sorumluluklarını gerektirmektedir.

Şu halde, somut olayın özelliğine göre, yapılan yerel seçimler sonucu seçilen yeni başkanın veya başkanın yerine yetkili ve görevli olan kişilerin durumu öğrendiği tarihten itibaren HUMK'nın 447. maddesinde açıklanan hak düşürücü sürenin başladığının kabulü gerekir. Bu ilke karşısında, yeni belediye başkanı 29 Mart 2004 tarihinde görevine başladığı, dosya kapsamına göre belediyece hazineden devralınan 278 adet parselin özel şahıslara satışının yapıldığı, bu taşınmazların ihtilafli olan 124 adedinin ihale ile, zilyedi bulunan ya da ihtilafsız olan 154 adedinin ise mahkeme kararı ile satıldığı anlaşılmaktadır. Hayatın olağan akışı gereğince bu çapta ve miktarda yapılan işlemlerin hangisinde ne ölçüde usulsüzlük yapıldığının saptanmasının belirli bir süreyi alacağı açıktır. Seçimden sonra gelen yeni yönetim de bu şekilde tüm işlemler üzerinde gerekli araştırmayı yapmış, usulsüzlükleri tespit etmiş, arkasından dosya kapsamına göre, hem mahkeme hakimi aleyhine HSYK'ya başvurmuş, hem de önceki yönetimde görevli olan belediye başkanı ile belediye meclis üyeleri aleyhine İçişleri Bakanlığına şikayette bulunmuş, bu nedenle bu kişiler aleyhine 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun'un 6.maddesine göre soruşturma yapılmış, sonuçta Kumluca Kaymakamlığı İdare Kurulunun verdiği 24.12.2004 gün ve 2004/21 sayılı kararla; soruşturma konusu olan Hazine ile belediye arasında düzenlenen protokole uyulmadan satış yapıldığı ve belediye meclisinde şahıslarına menfaat kazandırmak için davalarının kabul ve sulhen tesviyesi hakkında karar aldığı yönündeki iddialar hakkında soruşturma izni verilmemesine, ancak; belediye meclisinden alınan söz konusu kararla davaların belediye aleyhine sonuçlandırılarak belediyenin zarara uğratılması iddiası nedeniyle bu kişilerin TCK m.240'ta öngörülen görevi kötüye kullanma suçunu işledikleri anlaşıldığından haklarında soruşturma izni verilmesine karar verilmiştir. Dosya içeriğinde bu kararın akıbeti belli değildir. O halde; yapılan usulsüzlüklerin ve hilenin keşfolunmasının belirli bir süreyi alacağına tabii olmasına göre, HUMK'nın 447. maddesinde öngörülen hak düşürücü süre henüz geçmeden 23.06.2004 tarihinde davanın açıldığı sonucuna varılmalıdır. Öyle ise, verilen bu süre ikinci bir süre olarak da değerlendirilemez.

Hal böyle olunca; Özel Daire bozma ilamında açıklanan gerekçelerde gözetilerek yargılamanın yenilenmesi davasının süresinde açıldığı'nın kabulüyle Kumluca Asliye Hukuk Mahkemesi'ne ait 10.12.1998 gün ve 1998/400 esas, 1998/329 sayılı kararının yargılamanın yenilenmesi yoluyla HUMK'nın 445/7 ve 8. bentleri ile aynı Kanununun 446 ve 447. maddeleri gereğince ortadan kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş olması usul ve kanuna aykırı olduğundan direnme kararı bozulmalıdır.

### KARŞI OY YAZISI

Somut olayda;

Dava tarihi, davanın kabul edildiği tarih ve karar tarihi aynıdır. Yani davanın açıldığı tarihte, duruşma yapılmış, taraf teşkili sağlanmış ve karar verilmiştir. Bu tarih 10.12.1998 tarihidir.

Duruşmaya davalı belediyeyi temsilen, M. D. katılmıştır. Bu şahsın belediyeyi temsil yetkisi yoktur.

Ancak;

Karar davalı belediyeyi temsile yetkili olan belediye başkanına bizzat tebliğ edilmiştir. Yetkil belediye başkanı da temyizden feragat etmiş ve karar 14.01.1999 tarihinde kesinleşmiştir.

Belediyenin yetkisiz kişi tarafından temsil edilmesi, davayı kabule yetkisi olmadığı halde, kabul beyanında bulunması ve olaya tarafların hile karıştırmaları gibi hususlar temyiz konusu yapılacak ve temyiz aşamasında incelenecek konulardır.

Yargılamanın yenilenmesi davası belediye tarafından 23.06.2004 tarihinde açılmıştır.

Olayda yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak HUMK'nın 445/7-8. maddelerine dayanılmıştır.

HUMK'nın 445/7. maddesinde; karşı tarafın hile kullanmış olması hususu düzenlenmiştir. Bu tarafta davacıdır. Halbuki olayda, belediyeyi temsile yetkisi olmayan şahsı mahkemeye gönderen ve davayı kabul ettiren, taşınmazı davacıya satan taraf davalı belediyedir. Davacı tarafın bir hilesinden bahsetmek mümkün değildir. O nedenle bu fıkraya olayda dayanılmaz. Bir an için davaya hile karıştıranın davalı ile birlikte, davacı tarafta olduğu kabul edilse dahi, kararın kesinleştiği tarih olan 14.01.1999 tarihinden, bu davanın açıldığı 23.06.2004 tarihine kadar 6,5

yıl gibi bir süre geçmiştir. Bu sebebe dayanılarak yargılamanın yenilenmesinin istenilebilmesi üç aylık sükutu hak süresine tabidir. Bu süre davalı yönünden kararın tebliğ edildiği ve kesinleştiği tarihten itibaren başlar. Zira tebligat yapılmakla, davalı taraf diğer tarafın hilesini öğrenmiştir. 3(üç) aylık süre geçmiştir. Zaten kendi hilesine dayanarak yargılamanın yenilenmesini isteyemez. Bu halde dahi, sükutu hak süresi geçmiştir.

HUMK'nın 445/8. maddesi, vekil veya mümessil olmayan kişiler huzuru ile davanın görülmüş olmasını da yargılamanın yenilenmesi sebebi saymıştır.

Bu halde de; yargılamanın yenilenmesini isteme süresi, hükmün, aleyhine hüküm verilen tarafa tebliği ve kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren üç aydır. Bu fıkra yönünden de hak düşürücü süre geçmiştir.

İddia edildiği gibi; olayın içinde eski belediye başkanının olması, yeni seçilen belediye başkanı yönünden yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunabilmesi için ikinci bir hak düşürücü süreden faydalanmasına olanak vermez.

Devlette devamlılık esastır. Eğer yapılan işlemlerde, eski belediye başkanına atfı kabil bir usulsüzlük, hile, kusur veya görevi kötüye kullanma durumu varsa bu onun şahsi sorumluluğunu gerektirir. Temyizde ileri sürülmesi gereken hususların, olağanüstü kamu yolu olan yargılamanın yenilenmesi talebi ile elde edilmesi düşünülemez. Hele yeni belediye başkanına ikinci bir süreden faydalanma imkanı sağlamak, kanunda olmayan bir halin varmış gibi verilmesi anlamına gelir. Mahalli mahkeme kararının onanması düşüncesinde olduğumdan sayın çoğunluğun görüşüne katılamıyorum.

Birinci Başkanvekili

Zeki AKAR

\*

\* \*



**Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**

T. 29.11.2006

E. 2006/5-748

K. 2006/756

- \* Kamulaştırma bedelinin tespiti
- \* Kamulaştırmanın usul işlemleri
- \* Pazarlığa davet koşulu  
( 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu m. 5 vd., m. 13 vd., m. 27; 2709 sayılı TC Anayasası m. 46)

Taraflar arasındaki “kamulaştırma bedelinin tespiti-tescil” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Trabzon 3. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 13.10.2005 gün ve 2005/114-668 E.K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5.Hukuk Dairesi’nin 08.06.2006 gün ve 3967-7003 sayılı ilamı ile; (...Dava, 4650 sayılı kanunla değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 10.maddesine dayanan kamulaştırma konusu irtifak hakkı ve pilon yeri bedelinin tespiti ve bu hakkın davacı idare adına tescili istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın ön şart yokluğu nedeni ile reddine karar verilmiş, hüküm davacı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Yapılan incelemede; mahkemece işin esasına girilerek, davalılara usulüne uygun olarak davetiyelerin tebliğ edildiği, ilan ve keşif yapıldığı, bilirkişi raporunun alındığı ve belirlenen bedelin bankaya bloke edildiği anlaşılmıştır.

Bu nedenle yargılamaya devam olunarak işin esası hakkında hüküm kurulması gerekirken ön şart yokluğu sebebi ile davanın reddine karar verilmesi,

Doğru 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, kamulaştırma bedelinin tespiti ve direk yerlerinin mülkiyeti ile tel altında kalan sahanın irtifak hakkının tapuya tescili istemine ilişkindir.

Davacı idare, dava konusu 1051 parsel sayılı taşınmazın 289 m2 lik

bölümünün mülkiyetinin 1285,66 m<sup>2</sup>'lik bölümünün ise irtifak hakkının kamulaştırıldığını, parsel acilen el konulması gerektiğinden Kamulaştırma Kanununun 27. maddesine göre belirlenen bedelin tapu malikleri adına bankaya yatırıldığını ileri sürerek, kamulaştırma bedelinin tespiti ile bedeli karşılığında taşınmazın 289 m<sup>2</sup>'lik kısmının tapusunun iptali ile ifrazen ve 1285,66 m<sup>2</sup>'lik kısmının ise irtifak hakkının müvekkili kurum adına tapuya tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece; duruşmaya gelen davalıları uzlaşmaya teşvik yönünde bir işlem yapılmadan işin esasına girilmiş, iki kez keşif yapılmış, birinci keşif sonrasında alınan bilirkişi raporunda kamulaştırma bedelinin 14.501 YTL olduğu, ikinci keşif sonrasında alınan bilirkişi raporunda; kamulaştırma bedelinin 16.114 YTL olduğu belirlenmiş, mahkemece 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 10.maddesinden hareketle kamulaştırma bedelinin 15.329,48 YTL olduğu, acele el koyma ile ödenen meblağ çıktıktan sonra bakiye 7.607,74 YTL'nin hak sahiplerine ödenmek üzere bankaya yatırılması için 28.06.2005 tarihli oturumda davacı idare vekiline süre verildiği, idarece bu paranın bankaya yatırılmasına rağmen mahkemece; 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 8 ve 10.maddelerinde öngörülen pazarlığa davet koşulunun idarece yerine getirilmediği ve bunun bir dava şartı olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Özel Daire'ce; mahkemece işin esasına girilerek davalılara usulüne uygun olarak davetiyelerin tebliğ edildiği ilan ve keşif yapıldığı bilirkişi raporlarının alındığı ve belirlenen bedelin bankaya bloke edildiğinin anlaşılması karşısında davanın esası hakkında hüküm kurularak sonuçlandırılması gerektiği gerekçesi ile hüküm bozulmuş, mahkeme önceki kararında direnmiştir.

Uyuşmazlık; idarece dava açılmadan önce 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4650 sayılı kanunla değişik 8. maddesine göre tapu maliklerine uzlaşma davetiyesi çıkarılmaması yada çıkarılmasına rağmen usulüne uygun olarak tebliğ edilmemiş olmasına rağmen, kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davası açılması, mahkemece taraflara davetiye çıkarılıp, usulünce taraf teşkili sağlanıp, keşif yapıp, bilirkişi raporu alınıp, kamulaştırma bedelini belirlenmesinden sonra, bu aşamada dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilebilip verilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda; 05.05.2001 tarihinde *Resmi Gazete'*de yayınlanarak yürürlüğe giren 4650 sayılı Kanunla değişiklik yapılmıştır.

Bu kanunla 04.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun yürürlük tarihinden itibaren bu güne kadar uygulanması sırasında ortaya çıkan tüm sorunların sağlıklı bir şekilde çözümü hedeflenmiştir.

Bununla birlikte kanunun genel gerekçesinde de açıklandığı üzere; *"... Anayasamızın 46. maddesinde öngörülen ve asıl kural olan, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarının nakden ve peşin olarak ödenmesi koşuluyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların objektif esaslara göre hızlı, doğru ve sağlıklı bir şekilde kamulaştırılması esasının tam olarak uygulanmasının sağlanması;*

*Bu amaçla, ancak kamu yararının gerektirdiği ve zorunlu hallerde, idarelerin yatırım programlarında yer alan yatırımları için bütçelerinde var olan kamulaştırma ödenekleri kadar kamulaştırma yapmalarının temini ve böylelikle zorunlu olmayan hallerde gereksiz yere kamulaştırma yapılması önlenerek, kamu harcamalarının kontrol altına alınması ve disipline edilmesi;*

*Keza idarelerin, bilgi ve tecrübe eksikliği sebebiyle, kamulaştırma sırasında yanlış ve eksik işlemler yaptığı, çoğunluğu idare elemanlarından oluşan kıymet takdir komisyonları tarafından kamulaştırılmaya konu taşınmaz mal, kaynak ve irtifak hakkının değerinin objektif esaslardan uzaklaşarak, idarelerin o iş için ayırdıkları ödeneye göre değer takdir edildiği ve işlemlere karşı ilgililer tarafından kamulaştırmanın iptali davaları açıldığı, açılan bu davalar sonucunda kamulaştırmaların iptal edildiği ve bununda kamu yatırımlarının aksamasına ve gecikmesine sebep olduğu ve ayrıca, komisyonlar tarafından belirlenen bedellere karşı, hemen hemen tüm kamulaştırmalarda bedel artırım davaları açıldığı ve açılan bu bedel artırım davaları sonucunda da, kamulaştırma bedelleri çok yüksek rakamlara ulaştığı, bu bedellerin ödenmesinde de zaman zaman çok sıkıntılar ve aksamalar olduğu, bu ödemelerin devlete ek bir mali külfet getirdiği gibi, geç yapılan bu ödemeler sebebiyle de, çok sayıda ilgili tarafından devletimiz aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulduğu hususu dikkate alınarak;*

*Tüm bu aksaklıkların ve sıkıntıların giderilebilmesi veya en aza indirgenebilmesi amacıyla, kamulaştırılacak taşınmaz malların değer tespitlerinin, çoğunluğu idare elemanlarından oluşan kıymet takdir komisyonları yerine, uzman bilirkişilerden oluşan kurul marifetiyle ve tarafsız mahkemeler eliyle yapılması ve mahkemelerce tespit edilecek bedelin idarece yargılama sırasında hak sahibine ödenmek üzere bankaya yatırılmasından sonra kamulaştırmanın sonuçlandırılarak, taşınmaz malın idare adına tesciline ve tespit edilen kamulaştırma bedelinin hak sahibine ödenmesi;*

*Bu şekilde, yatırım programında bulunmayan ve ödeneği olmayan yatırım-*

lar için idarelerin kamulaştırma veya ödeneğinden fazla kamulaştırma yapmalarının önlenmesi, kamulaştırma işleminin tek dava ile çözümlenmesi, çok önemli bir sorun olan bedel artırım davalarının böylelikle ortadan kaldırılması;

Ayrıca devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 8. maddesinde öngörülen pazarlıkla satın alma usulünü öncelikle uygulayarak, daha hızlı, sorunsuz ve dava konusu olamayacak bir kamulaştırma yapmalarının sağlanması amacıyla, gerekli görülen hallerde kamulaştırma yolu ile edinebilecekleri taşınmaz mal, kaynak veya irtifak haklarının bedellerini, daha seri bir şekilde ve kısa zamanda kendi bünyesi içinden kurup görevlendireceği kıymet takdir komisyonu marifetiyle tespit ettirerek, yine kendi bünyesi içinden kurup görevlendireceği uzlaşma komisyonu vasıtasıyla mal sahibi ile pazarlıkla ve anlaşma yoluyla satın alma veya idareye ait bir başka taşınmaz malla trampa ederek sorunsuz bir şekilde devralmaları ve bu surette normal kamulaştırmada yapılması gereken diğer usuli işlemlerin yapılmayarak zaman kazanılması;

Diğer hallerde ise, hızlı, doğru ve sağlıklı bir şekilde kamulaştırma yapmalarının temini, kamulaştırma sebebiyle adli ve idari yargıda açılacak davaların önlenmesi veya en aza indirgenmesi, buna rağmen açılacak davaların hızla sonuçlandırılması, kamulaştırma sebebiyle devlet ve diğer kamu tüzel kişileri ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinin haksızlığa uğramasının önlenmesi, kamulaştırma işlemlerinin hızla sonuçlandırılarak, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin işlerinin ve yatırımlarının çabuklaştırılmasının sağlanması, kamulaştırma ve kamulaştırma ödemelerinde meydana gelen gecikmeler sebebiyle, ilgililer tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulmasının ve bu mahkemede Türkiye aleyhinde insan hakları ihlali ve dolayısıyla yüksek meblağlı tazminat kararlar çıkmasının önlenmesi suretiyle, uygulamada ortaya çıkan sorunların süratle çözümlenmesi ve devlet ile vatandaşının barışık hale getirilmesi;

Keza, uygulamada çıkan sorunlar dikkate alınarak, mülkiyeti çekişmeli olan veya tapuda kayıtlı olmayan taşınmaz mallar hakkında yapılan kamulaştırmalarda, acele el koyma işlemlerinde yeni ve gerçekçi usul ve esasların getirilmesi, kamu malı olan ve kamulaştırma konusu olamayacak yerlerin kamulaştırılmasının önlenmesi, kamu kurumları ve tüzel kişileri arasında taşınmaz mal devrinin usul ve esaslarının açıklığa kavuşturulmasının amaçlandığı" belirtilmiştir. Diğer taraftan;

"Halen yürürlükte bulunan 04.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun yürürlük tarihinden itibaren bu güne kadar uygulanması sırasında, bu Kanunda kamulaştırma yetkisi tanınan Devlet veya kamu tüzel kişilerinin; kamulaştırma ihtiyacı ortaya çıktığında, daha işlemlerin başlangıcında kamu yararı kararının alınması ve onaylanmasında, kamulaştırmadan

önce yapılacak işlemlerde, kadastro görmemiş yerlerin tespiti işlemlerinde, kıymet takdirinin yapılması sırasında, kısmı kamulaştırmalarda ve en önemlisi kamulaştırmayla ilgili tebliğ işlemlerinde, bilgi ve tecrübe eksikliği sebebiyle bir takım yanlış veya eksik işlemler yaptıkları, bunun sonucunda da, ilgilileri tarafından kamulaştırma işlemlerine karşı idari yargıda açılan iptal davaları sonucunda, idari yargı mahkemeleri tarafından verilen kararlarla, kamulaştırmaların iptal edildiği ve bunun da, kamulaştırma işlemlerinin yeniden yapılmasını gerektirdiği ve böylelikle gereksiz yere zaman, emek ve masraf harcanıldığı;

Anılan kanunun 8. maddesinde öngörülen pazarlıkla satın alma usulünün kamulaştırma yapacak idarelerce, öncelikle ve sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesi halinde, kamulaştırma sebebiyle ortaya çıkan kıymet takdirlerinde yapılan hatalar ve bu takdirlerden doğan şikayetler ve en önemlisi ilgililer tarafından kamulaştırmaya ve bedeline karşı açılacak davalar, idare tarafından açılacak tescil davaları ve diğer bir çok sorunun kendiliğinden ortadan kalkacak olmasına rağmen, bu maddenin pek ve hatta hiç uygulanmadığı;

Kamulaştırma yapan idarelerce 13'ncü madde uyarınca yapılan tebligat kamulaştırma bedelinin bloke edilmesi ve benzeri işlemlerin usulüne uygun yapılmadığı ve bunun da, kamulaştırma işlemlerine karşı ilgililerince idari yargıda açılan iptal davaları sonucunda verilen kararlar ile kamulaştırma işlemlerinin iptal edildiği, bunun sonucu olarak da idarelerin işlemlerinin ve yatırımlarının aksadığı;

Anılan kanunun 14. maddesi uyarınca, adli yargıda açılan bedel artırım davalarının, mahkemece kanununun 15. maddesinde sayılan bilirkişilere yaptırılan bilirkişi incelemeleri yüzünden çok uzun süre devam ettiği ve bu davalarda bilirkişiler tarafından da objektif değerlendirme yapılamadığı, 16. maddesinde öngörülen sürelerle mahkemelerce uyulmaması sebebiyle, acele işler sebebiyle yapılan kamulaştırmalarda dahi çok zaman kaybedildiği, bununda acele işleri aksattığı;

Anılan kanununun 17. maddesi uyarınca idarelerce kamulaştırılan taşınmaz malların tescili amacıyla açılması gereken davaların zamanında veya hiç açılmadığı, açılan tescil davalarının da tebligat yapılamaması vb. sebeplerle uzun sürdüğü..." hususları vurgulandıktan sonra, uygulamada ortaya çıkan sorunların en aza indirilmesi amacıyla Kamulaştırma Kanunu'nda aşağıda ana hatları açıklanan köklü bir sistem değişikliğine gidilmiştir.

"Devlet ve kamu tüzelkişilerinin ancak zorunlu hallerde ve başka şekillerde taşınmaz mal sağlayamamaları durumunda hızlı, doğru ve sağlıklı bir şekilde kamulaştırma yapmalarının sağlanması, kamulaştırma sebebiyle adli ve idari yargıda açılacak davaların önlenmesi veya en aza indirgenmesi, buna

rağmen açılacak davaların hızla sonuçlandırılması, doğru bedel tespiti yapılarak kamulaştırma sebebiyle devlet veya diğer kamu tüzelkişileri ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinin haksızlığa uğramasının önlenmesi, kamulaştırma işlemlerinin hızla sonuçlandırılarak, devletin veya diğer kamu tüzelkişilerinin işlerinin ve yatırımlarının çabuklaştırılmasının sağlanması, uygulamada ortaya çıkan sorunların süratle çözümlenmesi amacıyla;

1) Anayasamızın 46. maddesi hükmüne uygun olarak, devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinin ancak zorunlu ve gerçekten kamu yararının gerektirdiği hallerde ortaya çıkan ihtiyaçlarını başka şekillerde (pazarlıkla satın alma, Maliye Bakanlığı'ndan veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarından tahsis suretiyle taşınmaz mal edinme gibi) karşılayamamaları halinde kamulaştırma yapmalarının temini amacıyla, kamulaştırma yetkisi tanınan devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinin kamulaştırma ihtiyacı ortaya çıktığında, Kamulaştırma Kanunu'nun 5. maddesinde sayılan mercilerce verilecek kamu yararı kararlarının 6. maddesi uyarınca onaylanmasından veya 6. maddenin son fıkrası uyarınca yapılacak kamulaştırmalarda, yetkili icra organınca verilecek karardan sonra, idarelerin kıymet takdir komisyonu ve uzlaşma komisyonu kurarak öncelikle kanunun 8. maddesinde öngörülen satın alma usulü uygulamalarının sağlanabilmesi;

2) Kamulaştırma kanunundaki mevcut kamulaştırma sistemi değiştirilerek, kıymet takdir komisyonları eliyle yaptırılan kıymet takdiri usulü ve esaslarının ve buna bağlı diğer işlemlerinin ve keza, bedel artırımı davaları açılabilceği yönündeki hükümlerin kaldırılarak, yeniden düzenlenen 10. maddeyle kamulaştırma işleminin tek davayla ve hızlı bir şekilde çözümlenmesi amacıyla, kamulaştırmayı yapacak olan devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinin doğrudan mahkemeye başvurarak, kamulaştırılacak taşınmaz malın gerçek kamulaştırma bedelinin tespiti ile, bu bedel karşılığında ve bu bedelin ödenmesi kaydıyla kamulaştırma yapılmasına ve taşınmaz malın kamulaştırma yapan idare adına tesciline karar verilmesinin sağlanması, bu davaların seri olarak ve hızla sonuçlandırılması, mahkemece taşınmaz malın gerçek değerinin tespiti amacıyla yaptırılacak bilirkişi incelemelerinin, konunun uzmanı ve ehli, beş kişilik bir kurul marifetiyle yaptırılması, bilirkişi kurulunun raporlarına karşı taraflarca itiraz üzerine de, yeni bir bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılmak yerine ve bir defaya mahsus olmak üzere aynı bilirkişi kurulundan ek rapor alınması yoluna gidilmesi ve kanunun diğer maddelerinin buna göre uyarlanması" şeklinde yeni bir yasal sistem getirilmiştir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere bu yasal sistemin amacı, uygulanabilir, gecikmeleri ortadan kaldıran ve süratli şekilde sonuca ulaşan bir sistem kurmak olarak açıklanmıştır.

O halde kanunda yapılan değişiklik sonucu, idarelerin tapuda ka-

yıtlı olan taşınmaz mallar hakkında yapacağı kamulaştırma işlemlerinde öncelikle pazarlıkta satın alma veya trampa usulünü uygulamaları esastır. Kamulaştırma kararının alınmasından sonra kamulaştırmayı yapacak idare, taşınmaz malın bedelini belirleyebilmek için yöntemine uygun bir biçimde kıymet takdir komisyonu oluşturarak taşınmazın tahmini bedelini belirler. Ayrıca bu bedel üzerinden pazarlıkla satılma ve trampa işlemlerini yürütmek ve sonuçlandırmak üzere üç kişilik bir uzlaşma komisyonu kurar,

İdare tapu kayıtlarını getirtip maliklerin adreslerini tespit eder. Adresleri belli değilse tapu kadastro müdürlüklerinden, vergi müdürlüklerinden, nüfus müdürlüğünden araştırma yapar. Buradan de tebligata yarar açık adres saptanamazsa kolluk güçleri marifeti ile açık adresin tespitine çalışır. Tüm bu araştırmalar sonucunda tebligat adresi tespit edilemezse ilanen tebligat yapılması gerekir.

İdarece tespit edilen adrese resmi taahhütlü bir yazı ile uzlaşma davetiyesi gönderilir.

Malik ya da temsilcisi 15 gün içinde uzlaşma görüşmesi yapmak üzere idareye başvurması halinde, pazarlık görüşmesi yapılır. Anlaşmaya varılması halinde bu konuda bir tutanak düzenlenir ve taşınmazın tapuda idare adına ferağ vermesi halinde burada belirlenen bedel kamulaştırma bedeli olarak hak sahiplerine ödenir.

Anlaşma olmaması veya ferağ verilmemesi halinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4650 sayılı kanunla değişik 10. maddesine göre, kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmazın idare adına tescili için idare tarafından mahkemeye dava açılır.

Burada önemle üzerinde durulması gereken konu, idare tarafından 2942 sayılı kanunun 7. ve 8.maddesinde açıklanan prosedüre uyulmadan doğrudan mahkemeye dava açılırsa durumun ne olacağı, mahkemenin nasıl bir karar vermesi gerekeceği sorunudur.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre; mahkemece ilk oturumda 2942 sayılı kanunun 7 ve 8.maddesinde aranan koşullar yerine gelmediğinin saptanması durumunda davanın reddine karar verilmesi gerekecektir.

Ancak mahkemece deliller toplanıp, keşif yapıлып, bilirkişi raporu alınıp bu şekilde işin esasına girilmesinden sonra artık bu eksiklik nedeniyle davanın reddi isabetli olmayacaktır. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 4650 sayılı kanunla 2942 sayılı kanunda yapılan değişikliğin amacının kamulaştırmanın uluslar arası normlara ve Anayasa'ya

en uygun ve en süratli bir şekilde sonuçlandırılması ve değişiklikten önceki kanunda kamulaştırma işlemlerindeki kural hataları nedeniyle meydana gelen gecikmelerin önüne geçilmesi olmasına göre, bu aşamada mahkeme önünde görülmekte olan ve esasına girilen bir davanın reddedilip, yeniden kamulaştırma işlemlerinin baştan yapılmasının istenmesi kanununun gerek özüne gerekse sözüne aykırı olacaktır. Kaldı ki, tapu malikinin görülmekte olan davaya katılıp, bedel tespiti yönündeki haklarını savunması da her zaman mümkündür.

Bu açıklamaların ışığında somut olaya bakıldığında; Davacı idare tarafından tespit edilen tapu malikleri adına uzlaşma davetiyesinin çıkarıldığı ancak davetiyelerin "bu kişiler tanınmadığından iade" meşruhatı ile iade edildiği, idarece mahkemeye dava açıldığı, mahkemece yargılamaya başlandığı, işin esasına girilip deliller toplanıp, keşif yapıp bilirkişi raporu alındığı, yargılama sırasında tapu maliklerine usulüne uygun olarak davetiye tebliğ edildiği, bazılarının duruşmalara katıldığı bazılarının ise duruşmaya katılmadığı gibi bir cevapta vermediği anlaşılmaktadır.

Açıklanan maddi ve hukuki olgulara göre; Mahkemece yargılamaya devam edilip, esas hakkında bir karar verilmesi gerektiği düşünülmeden, dava ön şartı yokluğu nedeni ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.07.2006 gün, 2006/5-498 E. ve 503 K: sayılı ilamında da bu hususlar aynen benimsenmiştir.

Bu durumda, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

\*

\* \*

### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 28.06.2006

E. 2006/21-485

K. 2006/483

\* İptal- tespit davası

\* Hizmetlerin birleştirilmesi

\* Çakışan sigortalılık

(2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkındaki Kanun m. 8; 506 sayılı SSK m.85; 1479 Sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 22.2.2006 gün ve 5458 sayılı kanunu 13. maddesi ile değişik Ek m. 19 )

Taraflar arasındaki "iptal-tespit" davasından dolayı yapılan yargıla-



ma sonunda; Trabzon İş Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 13.7.2005 gün ve 2005/330-375 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 24.1.2006 gün ve 2005/9806-2006/213 sayılı ilamı ile, (... Davacı, sadece SSK ve Emekli Sandığı'nda geçen süreler dikkate alınarak davalı kurumdan yaşlılık aylığı bağlanmasını talep etmiştir.

Mahkemece, talep doğrultusunda davanın kabulüne karar verilmiş ise de varılan sonuç usul ve yasaya uygun bulunmamıştır.

Dosya içeriğindeki bilgi ve belgelere göre; davacının tek Sosyal Güvenlik Kurumu'nda geçen hizmeti ile yaşlılık aylığına hak kazanması mümkün değildir. Bu nedenle 2829 sayılı yasa uyarınca hizmetlerinin birleştirilmesi gerekmektedir. Anılan yasa uygulamasında ise; bir kısım hizmetlerin birleştirilmede dikkate alınması, bir kısmının dikkate alınmamasından söz edilemez.

Davacı 15.02.1988-15.12.2002 tarihleri arasında zorunlu Bağ-Kur sigortalıdır. Bu nedenle davanın Bağ-Kur Genel Müdürlüğü'nün hak alanını ilgilendirdiği açıktır. O halde Bağ-Kur Genel Müdürlüğü'nün de davaya dahil edilmek suretiyle sonuca gidilmesi gerekir.

Yapılacak iş; öncelikle davayı yöntemince Bağ-Kur Genel Müdürlüğü'ne yöneltmek 2829 sayılı yasanın 8. maddesinde belirtildiği şekilde son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde davacının SSK, TC Emekli Sandığı ve Bağ-Kur'da geçen fiili hizmet süresi ayrı ayrı belirlenerek en fazla hizmetin hangi kurumda olduğu tespit edilerek sonucuna göre karar vermektir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmadan sadece SSK Başkanlığı aleyhine yargılama yapılarak yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.

O halde, davalı kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm 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:

Sosyal güvenlik sistemimizde çifte sigortalılığa yer verilmemiş olması nedeniyle "çakışan sigortalılık" olarak adlandırılan, bir sigortalının

aynı anda birden fazla sosyal güvenlik kurumuna tabi olması hali, yasalarda yer alan düzenlemelerle, aynı devrede sadece bir sigortalılığa geçerlilik tanınarak çözüme kavuşturulmaktadır.

506 sayılı kanununun 85. maddesi uyarınca malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına isteğe bağlı olarak devam edebilmek için; "Herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna zorunlu ya da isteğe bağlı sigortalı olmak..." koşulu aranmaktadır.

Sosyal güvenlik mevzuatımızda isteğe bağlı sigortalılığa olanak tanınmasının amacı, sigortalıları, çalışma hayatında sıkça rastlanan, sürekli ve düzenli iş bulma güçlüğü karşısında, uzun süreli sigorta kolları bakımından sosyal güvenlik haklarından yoksun bırakmayarak, sosyal güvenlik hakkının belirli sigorta kolları bakımından aktif olarak sürdürülebilmesini sağlamaktır.

Davaya konu somut uyuşmazlıkta; davacının, 1.6.1971-14.2.1988 yılları arasında TC Emekli Sandığı, 1970 yılında, 15.5.1988 - 25.6.1991 ve 10.5.1999- 30.6.1999 tarihleri arasında olmak üzere zorunlu, 1.9.1999 tarihinden itibaren 120 gün isteğe bağlı Sosyal Sigortalar Kurumu, 15.2.1988-15.12.2002 tarihleri arasında da Bağ-Kur zorunlu sigortalısı olduğu bilgisi yer almaktadır.

Davacının, isteğe bağlı SSK sigortalısı olduğu devrede Bağ-Kur sigortalılığının da bulunduğu, SSK ve Bağ-Kur zorunlu sigortalılığının iç içe girdiği görülmektedir.

İsteğe bağlı sigortalılık ile zorunlu sigortalılığın çakıştığı bu gibi uyuşmazlıklarda, 506 sayılı kanununun 85. maddesinde yer alan "*Sosyal güvenlik kuruluşlarına tâbi olarak çalışmaya başlayanların, çalışmaya başladıkları günden ... itibaren*" isteğe bağlı sigortalılığının sona ereceği hükmü dikkate alınarak "*çakışan sigortalılık*" sorunu çözüme kavuşturulmalıdır. Çakışan zorunlu sigortalılıklar yönünden ise sigortalı sayılmayanların belirlendiği 1479 sayılı kanununun 24/II-c ve 506 sayılı kanununun 3/I-F-K maddeleri dikkate alınarak uyuşmazlığın çözümü sağlanmalıdır.

Ne var ki, yapılacak değerlendirmede, 1479 Sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 22.2.2006 gün ve 5458 sayılı kanunu 13. maddesi ile değişik Ek 19. maddesindeki, Bağ-Kur'a kayıt ve tescili yapıldığı halde 5 yıl ve daha fazla süreye ilişkin hiç prim ödemesi bulunmayan sigortalıların, bildirim karşın prim borcunu ödememeleri durumunda, tescil tarihi itibarıyla sigortalılığının durdurulacağını, prim borcuna ait sürelerin sigortalılık süresi olarak değerlendirilmeyeceği, bu sürelerle ilişkin prim tutarlarına kurum alacakları arasında yer verilmeyeceği yönündeki hüküm dikkate alınmalıdır.

Yasanın aradığı diğer koşulların yanında, davacının Bağ-Kur'a prim ödemelerinin saptanması halinde, ödenen primlerin tam olarak karşılandığı ayın sonu itibariyle Bağ-Kur sigortalılığının duracağı gözetilerek, belirlenen tarihler arasındaki Bağ-Kur sigortalılık süreleri ile çakışan isteğe bağlı SSK sigortalılığına değer verilmeyecek, davacının yaşlılık aylığı istemi, geçerli SSK ve Bağ-Kur zorunlu sigortalılıkları ve bunlarla çakışmayan isteğe bağlı sigortalılık süreleri dikkate alınarak karara bağlanacaktır.

Yaşlılık aylığının tahsisinde gözetilebilecek sigortalılık süreleri bu yöntemle belirlendiğinde ise, davacının sosyal güvenlik kuruluşlarından birisinde geçmiş olan sigortalılık süresinin nazara alınmaması yönündeki isteğine de bu çerçevede değer verilmesi gerekmektedir.

Sigortalının, 2829 Sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkındaki Kanun'dan yararlanmaya, tüm sosyal güvenlik kurumlarına tabi hizmet sürelerini tamamen birleştirmeye zorlanmasının sosyal güvenlik sistemi ve yasanın amacı ile bağdaşmadığı gerçeği de dikkate alınmalıdır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 6.3.2002 gün ve 2002/21-132 Esas, 139 Karar sayılı Kararı).

Davacının Bağ-Kur'a prim ödemesinin bulunmaması halinde ise; tescilden itibaren Bağ-Kur sigortalılığının duracağı, yaşlılık aylığında değerlendirilmeyeceği gözetilerek, davacının tahsis istemine şimdiki gibi SSK zorunlu ve isteğe bağlı sigortalılık süreleri dikkate alınarak karar verilmesi gerekmektedir.

Her iki halde de, yapılacak inceleme ve araştırmanın dava dışı Bağ-Kur'un hak alanını ilgilendirdiği belirgin olup, Bağ-Kur'un davaya katılımının sağlanmasında yasal zorunluluk bulunmaktadır.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular dikkate alınmaksızın önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

\*

\* \*

### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 07.06.2006

E. 2006/18-371

K. 2006/361

\* İstirdat davası

\* Kefalet senedi

\* Yüklenme senedi

(2547 sayılı Yüksek Öğretim

Kanunu m. 35)

Taraflar arasındaki "istirdat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Van 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair

verilen 10.03.2005 gün ve 2004/414 E- 2005/91 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 11.10.2005 gün ve 2005/6667-8879 sayılı ilamı ile; (... Davacı vekili dava dilekçesinde; davacının davalı Üniversitenin Tıp Fakültesi'nin Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak görev yaptığı sırada uzmanlığını tamamlamak üzere YÖK tarafından düzenlenen yüklenme senedine istinaden 9 Eylül Üniversitesi'ne gönderildiğini, uzmanlık eğitimini tamamladıktan sonra yine davalı üniversiteye dönerek uzman doktor olarak 17 ay çalıştıktan sonra kadro verilmemesi üzerine Erzurum Üniversitesi'ne yardımcı doçent olarak başvurduğunu, ancak davalı üniversite tarafından 7 ay daha mecburi hizmetinin bulunduğu, bunun karşılığında 2.763.750.000 TL'nin ödenmesi halinde muvafakat verileceğinin bildirilmesi üzerine davalı üniversiteye bu parayı ödediğini, ancak, alınan bu paranın haksız yere tahsil edildiğini ileri sürerek 2.763.750.000 TL'nin ödeme tarihinden itibaren yasal faiziyle davalı dar tahsilini istemiş; mahkemece, davanın idari yargının görevine girdiğinden bahisle görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Davada davacının istemi, idarenin bir işleminin iptaline yönelik olmayıp, haksız olarak tahsil edildiği ileri sürülen bir alacağın istirdatına ilişkindir. Davanın bu niteliği gereği adli yargıda görülmesi gerekir. Bu nedenle mahkemece, davaya bakılıp toplanacak kanıtlarla oluşacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken, davaya idari yargıda bakılması gerektiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi 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 KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, istirdat istemine ilişkindir.

Davacı vekili; tıpta uzmanlık sınavını kazanan müvekkilinin davalı Yüzüncü Yıl Üniversitesi Tıp Fakültesi Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi Ana Bilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak uzmanlık eğitimine başladığını; 2000 yılında Ana Bilim Dalı Başkanı'nun üniversiteden ayrılması

sonucu öğretim üyesi kalmaması nedeniyle müvekkilinin, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca uzmanlık eğitimini tamamlamak üzere İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi'ne gönderildiğini; ancak gitmeden önce, davalı üniversitenin müvekkilinden taahhüt ve kefalet senedi aldığını; uzmanlık eğitimini tamamladıktan sonra davalı Üniversiteye dönerek 17 ay araştırma görevlisi olarak çalışan müvekkilinin, kadro verilmemesi nedeniyle Erzurum Atatürk Üniversitesi'ne Yardımcı Doçent kadrosuna naklen atanma talebinde bulunduğunu; muvafakat aşamasında 7 ay daha mecburi hizmeti bulunduğunu iddia eden davalının, bu süreye karşılık 2.763.750.000 TL ödenmesini istemesi üzerine müvekkilince bu paranın davalıya ödendiğini; ancak, uzmanlık eğitimini tamamlattırmanın üniversitenin yükümlülüğünde olup, taahhüt ve kefalet senedini zorunluluk sonucu imzalayan müvekkiline 2547 sayılı kanunun uygulanamayacağını ileri sürerek; davalı tarafça müvekkilinden haksız olarak tahsil edilen 2.763.750.000 TL'nin, ödeme tarihinden itibaren davalıdan alınarak müvekkiline verilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Yüzüncü Yıl Üniversitesi Rektörlüğü vekili; mecburi hizmet yükümlülüğünü yerine getirmeden kendi isteği ile üniversiteden ayrılmak isteyen davacının, kefalet senedi hükümlerini ihlal ettiğini; mecburi hizmet karşılığı müvekkilince hesaplanan miktarı rızasıyla ödemesinin akabinde dava açmasının da kötü niyetinin göstergesi olduğunu savunarak, davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin, *"kamu otoritesi kullanılarak düzenlenen kefalet senedi sebebi ile kalan mecburi hizmet süresi karşılığı tazminatın ödenmesi yönündeki idari işlemin iptali ve tahsil edilen paranın ödenmesi için açılan davada idari yargının görevli olduğunun anlaşıldığı"* gerekçesiyle *"davanın görev sebebiyle reddine"* dair verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki uyuşmazlık, yargı yoluna ilişkin olup; davanın adi yargıda mı yoksa idari yargıda mı görülmesi gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı'nın 12.09.2000 tarihli kararı ve davacı yükümlü ile davalı Yüzüncü Yıl Üniversitesi arasında düzenlenen 16.11.2000 tarihli Taahhütname ve Kefalet Senedine göre; davacı Ö. T'nin kadrosunun ihtisas eğitimi yapmak üzere 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 35.maddesi uyarınca geçici olarak Dokuz Eylül Üniversitesi'ne tahsis edildiği; davacının, davalı üniversiteden ilgisinin kesildiği tarih ile görevine resmen döndüğü tarih arasında geçen süre

kadar mecburi hizmet yapmayı taahhüt ettiği, bu taahhüdüne uymadığı takdirde, davalının kendisi için yaptığı bütün giderleri taahhüdün ihlali tarihinden itibaren faizi ile birlikte davalı Yüzüncü Yıl Üniversitesi Rektörlüğü'ne ödemeyi ayrıca taahhüt ettiği; buna göre 20.11.2000 tarihinde davalı Üniversite'den ilişigi kesilen davacının, Dokuz Eylül Üniversitesi'nde uzmanlık eğitimini tamamladıktan sonra kadrosunun yeniden aktarıldığı davalı üniversitede 17 ay çalışması sonunda Atatürk Üniversitesi Rektörlüğü'ne Yardımcı doçent kadrosuna naklen atanma talebinde bulunduğu ve 16.11.2000 tarihli yüklenme senedine dayanılarak eksik mecburi hizmet karşılığı tahakkuk ettirilen 2.763.750.000 TL'yi davalıya ödedikten sonra davalı Üniversitedeki görevinden ayrıldığı, dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Yüklenme senedi, 2547 sayılı kanununun 35. maddesine dayanmakta olup, anılan maddenin son fıkrasında *"Yurt içi veya yurtdışında yetiştirilen öğretim elemanları, genel hükümlere göre bağlı oldukları yükseköğretim kurumlarında mecburi hizmetlerini yerine getirmek zorundadırlar"* hükmü yer almaktadır.

Bu açık hüküm karşısında, ilgilinin mecburi hizmet yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda yurt dışı veya yurt içi öğrenim giderlerinin tahsili için her hangi bir idari usul öngörülmediği, yüklenme ve kefalet senedine dayanılarak genel hükümlere göre açılacak dava yoluyla hükmen tahsil yönteminin benimsendiği duraksamadan uzaktır.

Nitekim olayda, uzmanlık eğitimi için Dokuz Eylül Üniversitesi'ne gönderilmiş bulunan davacıdan, ayrıca kefalet senedi istenmiş olup; hesabına eğitim gördüğü davalı üniversiteye karşı mecburi hizmet yükümlülüğü ya da parasal karşılığı taahhüt edilmek suretiyle davalı ile davacı arasında, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini içeren bir sözleşme ilişkisi kurulduğu açıktır.

Öte yandan davacı, adına borç çıkarılan tazminatı yine kendi rızasıyla ödemiş, ancak haksız tahsil edildiğini ileri sürerek, istirdadını talep etmiştir.

Şu hale göre, olayda kamu görevlisinin yükümlülüğünü yerine getirmedigine ilişkin idarece kamu gücüne dayalı, re'sen ve tek yanlı olarak tesis edilmiş bir işlem bulunmaması karşısında; davacının uzmanlık eğitimi nedeniyle düzenlenen yüklenme senedi gereğince ödemiş olduğu tazminatı geri alabilmek amacıyla açılan davanın, taraflar arasındaki sözleşmeden (yüklenme senedinden) doğan alacak borç ilişkisi nedeniyle özel hukuk hükümlerine görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu kuşkusuzdur.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, aynı yönlere işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyularak işin esasına girilmesi gerekirken, yanılıgılı gerekçeyle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

### Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 27.12.2006  
E. 2006/9162  
K. 2006/12386

\* Yargıtay daire ve genel kurul  
Başkan ve üyelerinin reddi  
\* Toplu red  
\* İstirdat davası

(2797 sayılı Yargıtay  
Kanunu m. 39/3;  
2004 sayılı İİK m. 72/7)

1- Davalılar vekili, dairemize hitaben verdiği 9.10.2006 havale tarihli dilekçesiyle başkan ve iki üye hakkında reddi hakim talebinde bulunmuştur.

Ayrıntıları Yargıtay Hukuk Daireleri Balkanlar Kurulu'nun 27.10.1993 gün, 249/281 sayılı kararında da belirtildiği gibi; 8.2.1993 gününde yürürlüğe giren 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 39. maddesinin 3. fıkrasıyla "*Dairelerin veya Genel Kurulların Başkan ve Üyelerinin reddolunabileceği*" hükmü getirilmiş ve hemen arkasından ikinci cümlesinde "*red istemlerinin reddedilen balkan ve üye katılmaksızın ilgili daire veya genel kurullarca incelenerek karara bağlanacağı*" açıkça vurgulanmıştır. Son cümlede ise "*Daire ve Kurulların toplantılarını engelleyen toplu red istemleri dinlenmez*" hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümlerin, reddi inceleyecek mercii ve yapılacak işlemi belirtme yönünden özel görev hükümleri olduğunda kuşku yoktur.

Yasa koyucu, sevk ettiği özel hükümlerle Yargıtay Daire Balkan ve üyelerinin red istemleri konusunda yeni bir düzenleme getirmiş; dairelerin ve genel kurulların toplantılarını engelleyecek nitelikteki red istemlerini "toplular" olarak niteleyerek bu tür red istemlerinin dinlenemeyeceğini de açıkça belirtmiştir.

İnceleme konusu olayda; görülmekte olan davanın karar düzeltme adamasında davalılar vekilinin Daire Balkanı ve onama ilamında imzası bulunan iki üyesini reddettiği anlaşılmaktadır. Başkan ve üyelerin isimleri belirtilerek de olsa dairenin çalınmasını engelleyecek "toplular" istemlerinin dinlenme olanağı bulunmamaktadır.

Yargıtay Kanunu'nun 39. maddesinin açık hükmü karcısında, da-

valılar vekilinin istemi “toplular red” niteliğinde olduğundan incelenmesi ve karara bağlanması görevi Başkan ve üyeleri reddedilen Daireye aittir. (Bakınız, Yarg. HGK 22.6.2005 tarih, 2005/2-2, Yarg. HGK. 27.4.2005 tarih, 2005/1-1, Yarg. HGK.24.10.2001 tarih, 2001/1-1, Yarg. HGK. 8.10.1997 tarih, 1997/1-1, Yarg. 11. HD. 21.12.2004 tarih, 2004/13235-12651, Yarg. I. HD.19.2.2001 tarih, 2001/1874-1912 sayılı kararlar).

Açıklanan nedenlerle davalılar vekilinin toplular red isteminin reddine karar verilerek işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

2- İşin esasına gelince;

Dava menfi tespit istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davaya temel alınan icra takibine konu borcun 14.10.1999 tarihli protokol ile verilen dört adet bononun vadelerinde ödenmesi suretiyle sona erip ermediği ve davacıların borçlu olmadıkları bir parayı icra dosyasına mükerrer olarak ödemek zorunda kalıp kalmadıkları noktasında toplanmaktadır.

Davacılar, takip konusu borcun, anılan protokol gereğince verilen bonolar karşılığında ödendiğini iddia etmiş, davalılar ise 14.10.1999 tarihli protokole bağlanan alacağın ayrı nedenlere dayalı olduğunu savunmuştur.

Yerel mahkemenin 17.10.2002 tarih 2001/402 E,2002/576 K. sayılı kararıyla 14.10.1999 tarihli protokole konu olan bonolarla yapılan ödemelerin ayrı bir borç ilişkisi nedeniyle verildiği yönündeki savunmanın davalılarca kanıtlanamadığı, bu ödemelerin davaya konu takip dosyasındaki borç nedeniyle yapılmış olduğunun kabulü gerektiği belirtilmiş, davanın kısmen kabul kısmen reddine ilişkin bu karar davacılar vekilinin temyizi üzerine dairemizin 5.12.2003 tarih, 2003/612 E, 2003/12235 K. sayılı kararıyla bozulmuş, davalılar vekilinin karar düzeltme talebi ise reddedilmiştir.

Böylece 14.10.1999 tarihli protokole konu bonolarla yapılan ödemelerin davaya temel alınan takip dosyasındaki borca yönelik ödemeler olduğu hususu kesinleşmiştir. Bu durumda uyuşmazlığın çözümü için bonolarla yapılan ödemeler ile takip konusu borcun karşılaştırılması gerekmiştir.

Takibe konu edilen borç miktarı 42.867.021.975. TL’dir Davalılar vekilinin 7.5.2002 tarihli “beyanlarını içeren” dilekçesinde de açıkça kabul ettiği gibi protokole konu dört adet bono karşılığı ödenen miktar ise 49.248.062.000. TL’dir.



Dairemizin hükmüne uyulan 5.12.2003 tarihli son bozma kararında özetle; "Davalıların 14.10.1999 tarihli protokole konu bonolarla yapılan ödemelerin ayrı bir borç ilişkisiyle ilgili olduğunu kanıtlayamadıkları, yapılan ödemeler de gözetilerek dava tarihi itibarıyla mevcut borcun tespiti için alınan asıl ve ek bilirkişi raporlarının hüküm kurmaya yeterli olmadığı, temerrüt tarihinin saptanmasında da hataya düşüldüğü, mahkemece bu yönler gözetilmeden yetersiz bilirkişi raporunun hükme esas alınmasının bozmayı gerektirdiği" belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi anılan bozma kararı, dava tarihi itibarıyla mevcut borcun tespiti için alınan asıl ve ek raporların hüküm kurmaya yeterli olmadığı gerekçesiyle bu konuda yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması ve temerrüt tarihi olarak takip tarihinin esas alınması gerektiği yönündedir. Başka bir ifadeyle dairemiz bozma kararı, karar düzeltme dilekçesinde iddia edildiği gibi sadece temerrüt tarihinin belirlenmesi konusuyla sınırlı değildir.

Mahkemece dairemiz bozma kararma uyulmuş ve bozma kararına doğrultusunda yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu davacıların dava tarihi itibarıyla taraflar arasında düzenlenen protokol gereğince verilen senetlerle davalılara takip konusu borçtan daha fazla ödeme yaptıkları ve böylece borçlu olmadıkları saptanmıştır.

Buna rağmen davacıların yargılama sırasında anılan borcu takip sebebiyle icra dosyasına mükerrer olarak ödemek zorunda kaldıkları icra dosyası içeriği ile dosyadaki bilgi ve belgelerden anlatıldığından İİK'nın 72/7. maddesi uyarınca dava istirdada dönüşmüş olup, mahkemece dairemiz bozma kararına uyularak yapılan araştırma ve inceleme sonucunda yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabetsizlik görülmemiştir.

Bu nedenlerle ve Yargıtay ilamında belirtilen gerektirici sebeplere göre HUMK'nın 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirisine uymayan karar düzeltme isteminin reddi gerekmiştir.

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

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

## DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 16.03.2007  
E. 2007/21  
K. 2007/81

\* **Avukatın, müşteki müvekkilinin şikayet hakkının düşmesine neden olması**  
(Av. K. m. 34; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukat hakkında, Üsküdar 1. İcra Tetkik Mercii Hakimliği'nin 2003/.... Esas sayılı dosyasının 23.03.2004 günlü duruşmasına 22.03.2004 günü mazeret dilekçesi verdiği, 27.04.2004 günlü duruşmaya katılmadığı, davanın "*müşteki vekili duruşma gün ve saatini bildiği halde duruşmaya gelmemiş, geçerli bir mazeret bildirmemiş, kendisini bir başka vekille temsil ettirmemiş olduğundan İİK'nın 349. maddesi uyarınca şikayet hakkının düşürülmesine dair karar*" verilmiş olduğu ve bu sebeple hak kaybına sebebiyet verdiği iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülmeyle disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli avukat, 22.03.2004 günü hasta olmasına karşın Üsküdar 2. İcra Tetkik Mercii Mahkemesi'nin 2003/... Esas sayılı dosyası ile görülen ceza davası duruşmasına şikayetçi ile birlikte gittiklerini, hakim raporlu olduğu için kalem memurları tarafından mazeret dilekçesi istendiğini, Zonguldak Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 23.03.2004 günü duruşması olduğu ve Üsküdar 1. İcra Tetkik Mercii Mahkemesi'nin 2003/.... Esas sayılı davanın 23.03.2004 günlü duruşmasına katılmayacağından baro kaleminde her iki mahkeme için de elle yazdığı mazeret dilekçesini hazırlayarak mahkemelerine verilmek üzere şikayetçiye verdiği, yeni duruşma gününün tarafına bildirilmesi için mazeret dilekçesine pul eklemesi gerektiğini ısrarla tembih ettiğini,

duruşma gününün tarafına tebliğ edilmemesi üzerine Üsküdar 2. İcra Tetkik Mercii Mahkemesi'nin 2003/... Esas sayılı dava duruşmasının 13.05.2004 günü olması sebebiyle şikayete konu 2003/.... Esas sayılı dosyanın da duruşma gününün en az Mayıs ayı olabileceği düşüncesi ile 28.04.2004 günü Üsküdar Adliyesi'nde duruşma gününü araştırdığında 27.04.2004 günü duruşma yapıldığını ve davanın düşürüldüğünü öğrendiğini bildirmiş, pul eklememekteki ihmalin şikayetçi tarafından yapılması sebebiyle suçsuz olduğunu savunmuştur.

Baro Disiplin Kurulu, *"mazeret dilekçesinin mahkeme dosyasına verildiği halde dava düşümünün İcra Tetkik Mercii dosyalarının çok fazla olması ve yoğun iş yükü nedeniyle farkına varılmadığı, böylece davanın düşürüldüğü, yakınılan avukata bu nedenle kusur izafe edilemeyeceği"* gerekçesi ile disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikayetli avukatın özen ve doğruluk yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığına ilişkindir.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi, *"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 Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdür."*, TBB Meslek Kuralları'nın 3. maddesi, *"avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür."*, TBB Meslek Kuralları'nın 4. maddesi, *"avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır."* hükümlerini amirdir.

Şikayetli avukat mazeret dilekçesi ile birlikte pul da verilmesi gerektiğini bildirdiğini savunmuşsa da; İİK'nın on altıncı babında borçluları hapsen tazyik amacıyla konulmuş bulunan mal beyanı, taahhüdü ihlal, çocuk teslimi gibi eylemlerden dolayı İcra Tetkik Mercii'nde (Mahkemesi'nde) ikame edilen davalar, İİK'nın 349. maddesi gereği takip edilmemekle düşen ve bu sebeple hak ve zaman kaybına yol açan davalardır. Avukatın duruşmaya katılmama ihtimali karşısında davanın düşürüleceği gerçeği karşısında, yeni duruşma gününü mazeret ortadan kalkınca araştırması, işine sadakat ve özen yükümlülüğünün gereğidir.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmamış, eylem Avukatlık Yasası'nın 34, TBB Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerine aykırı olmakla disiplin suçu oluşturduğu, yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus da bulunmadığından ceza tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak; şikayetçi H.T.'nin itirazının kabulüne, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına, şikayetli Av. Ö.Ö.'nün uyarma cezası ile cezalandırılmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

\*

\* \*

**T. 17.03.2007**  
**E. 2007/34**  
**K. 2007/89**

**\* Avukatın birden fazla bürosunun olamayacağı**  
**\* Avukatın yeni adresini Baroya bildirme zorunluluğu**  
(Av. K. m. 43, 67, 135/3, 136/2)

Konya Baro Başkanlığı, Antalya Baro Başkanlığı'na gönderdiği 05.12.2005 kayıtlı tarihli yazısı ile Antalya Barosu'na kayıtlı şikayetli Av. R.K.'nin, Konya Barosu'na kaydını yaptırmadan, Konya ili, Ilgın ilçesi, Hükümet Caddesi, Kervansaray karşısı Dilek İşhanı Kat 3'te büro açtığını, bunun Av. V.G., Av. K.G. ve Av. R.Y.Ö. imzalı 18.11.2005 tarihli tutanakla tespit edildiğini bildirerek, Avukatlık Yasası'nın 67. maddesine göre gereğinin yapılmasını Konya Barosu Başkanlığı'ndan istemiştir.

Şikayetli savunmasında, Konya Ilgın'daki büronun siyasi çalışmalarda kullanılmak için açıldığını, avukatlık levhasının zuhulen asıldığını, burada mesleki faaliyet yapılmadığını, levhanın da kaldırıldığını bildirmiştir.

Şikayetlinin dosya içindeki disiplin sicil özetinde, 13.06.2000 tarihinde kesinleşmiş bir uyarma cezası ile 15.01.2001 de kesinleşmiş bir kınama cezasının bulunduğu görülmüştür.

Antalya Barosu Disiplin Kurulu, 2006/... Karar sayılı ve 09.11.2006 tarihli kararı ile avukatların siyasetle uğraşmaları ile mesleklerini siyasete alet etmelerinin iki farklı olgu olduğu, somut olayda şikayetlinin avukatlık sıfatını politik çalışmanın aracı ve göstergesi olarak kullan-

dığı, bir avukatın aynı anda avukat sıfatını da kullanarak ikinci büroyu açmasında böyle meslek dışı bir gerekçeye dayanması karşısında eylemi Avukatlık Yasası'nın 43 ve 67. maddelerine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle Avukatlık Yasası'nın 135/3 maddesine göre şikayetlinin 300,00 YTL para cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kavrarna şikayetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın, avukatın hak ve ödevleriyle ilgili altıncı kısımda yer alan 43. maddesinde, bir avukatın birden fazla bürosu olamayacağı, bürosunu değiştiren avukatın yenisinin adresini bir hafta içerisinde baroya bildirme zorunda olduğu, 67. maddesinde de, bir avukatın levhasında yazılı bulunduğu baro bölgesi dışında sürekli olarak avukatlık ederse, o yer barosu yönetim kurulu tarafından düzenlenecek tutanağın gereken işlem yapılmak üzere avukatın levhasında yazılı olduğu baroya gönderileceği bildirilmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu olayda, Antalya Barosu'na kayıtlı şikayetlinin Konya İlgin ilçesinde Hükümet Caddesi Kervansaray karşısı Dilek İşhanı'nın 3. katında ikinci bir büro açtığı ihtilafsızdır. Açılan bu büro, Av. F.K. tarafından 06.09.2005 tarihli dilekçe ile Konya Baro Başkanlığı'na bildirilmiş, Konya Baro Başkanlığı'nca görevlendirilen avukatlar da 18.11.2005 tarihli tutanak ile durumu saptamışlardır. Bu nedenle, şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası'nın 43. maddesine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Şikayetlinin disiplin sicilinde, beş yıllık dönem içinde, 15.01.2001 tarihinde kesinleşmiş bir kınama cezası mevcuttur. Bu nedenle Avukatlık Yasası'nın 136/2 maddesi hükmüne göre eylemine daha ağır bir cezanın uygulanması gerektiğinden, Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddi ile Antalya Barosu Disiplin Kurulu'nun 300,00 YTL para cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

\*  
\* \*

T. 16.03.2007

E. 2007/40

K. 2007/91

\* Hizmet nedeni ile

emniyeti suiistimal

\* 02.05.2001 tarihinden önce

işlenen yüz kızartıcı suçlarda

avukata uygulanacak ceza

(765 sayılı TCK m. 59, 510, 522,

523; Av. K. m. 5/a, 135/4, 136/1)

Şikayetli avukatın, Lapseki İcra Müdürlüğü'nün 1999/... sayılı takip dosyasında borçlu şikayetçi H.K.'den 20.12.1999 tarihinde haricen yaptığı 140.000.000 TL tahsilatı, müvekkili diğer şikayetçi E. Tarım Kredi Kooperatifi'ne ödememiş olması sebebiyle Çanakkale Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2006/... esasında kayıtlı olarak "hizmet nedeni ile emniyeti suiistimal" suçundan dolayı açılan kamu davası sonucunda mahkemenin 2006/.. karar sayılı ve 16.02.2006 tarihli kararı ile şikayetlinin hizmet nedeni ile emniyeti suiistimal suçunu işlediği kabul edilerek 765 sayılı TCK'nın 510, 522, 523 ve 59. maddeleri gereğince mahkumiyetine karar verilmiş, cezası paraya çevrilerek ertelenmiş, karar temyiz edilmeksizin 10.04.2006 tarihinde kesinleşmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın kamu davasına konu eylemi sebebi ile Avukatlık Yasası'nın 136/1 maddesi uyarınca bir üst ceza olan 135/4 maddesi gereğince üç ay süre ile işten yasaklanma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu eylem sebebiyle şikayetli avukat hakkında Çanakkale Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2006/.. esasında kayıtlı olarak "hizmet nedeni ile emniyeti suiistimal" suçundan dolayı açılan kamu davasında, Mahkemece 16.02.2006 tarihinde 2006/.. karar sayısı ile verilen kararda, şikayetli avukatın hizmet nedeni ile emniyeti suiistimal suçu sabit görülerek 765 sayılı TCK'nın 510, 522, 523, 59. maddeleri gereğince 1 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş, 647 sayılı yasanın 4. maddesi uyarınca hapis cezası paraya çevrilmiş, 6. maddesi uyarınca ertelenmiştir. Kararın temyiz edilmeksizin 10.04.2006 tarihinde kesinleştiği kararın arkasındaki şerhten anlaşılmaktadır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 136/1. maddesi, aynı yasanın 5. maddesinin (a) bendinde yazılı bir suçtan kesin olarak hüküm giyme halinde meslekten çıkarma cezası uygulanacağını hükme bağlamıştır. Aynı yasanın 5. maddesinin ikinci fıkrasınının 02.05.2001 tarih ve 4667

sayılı yasa ile değişik şekline göre “Birinci fıkranın (a) bendinde sayılan yüz kızartıcı suçlardan biri ile hüküm giymiş olanların cezası ertelenmiş, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa da avukatlığa kabul edilmezler.” Hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal suçu yüz kızartıcı suçlardan olmakla beraber, şikayetlinin eylemi mahkemenin mahkumiyet kararında da kabul edilen biçimi ile 20.12.1999 tarihi olup 1136 sayılı yasanın 5/a maddesinde yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 02.05.2001 tarihinden öncedir.

Kurulumuzun Avukatlık Yasası’nın 5/a maddesindeki değişiklikten önce verdiği aynı mahiyetteki kararlarında, verilen cezanın ertelenmesi halinde, mahkeme kararında da kabul edildiği gibi eylemi işleyen topluma kazandırılması amacıyla, cezanın meslekten çıkarma cezası olarak değil, eylem ile uygunluk gösteren daha aşağı bir cezanın kabulü prensip alınmaktadır.

Baro Disiplin Kurulu’nun bu kanuni gereklilik değil de, şikayetlinin diğer disiplin cezalarından söz ederek bir üst ceza olduğu gerekçesi ile üç ay süre ile işten yasaklanma cezasına karar vermesinde hukuki isabet bulunmamaktadır; zira şikayetli avukatın dosyada bulunan Baro Disiplin Kurulu’nun 2003/.. sayılı 06.01.2003 tarihli kararı ile 2006/... sayılı 07.07.2006 tarihli kararlarındaki hem eylem tarihleri hem de kesinleşme tarihleri, bu kovuşturmayaya esas eylem tarihinden sonradır.

Ancak, yukarıda belirtilen gerekçeler ile şikayetli avukatın eylemi sebebiyle açılan kamu davası sonucunda verilen cezanın yüz kızartıcı suçlardan olan TCK’nın 510. maddesine göre düzenlenmiş olması ve Avukatlık Yasası’nın 5. maddesinin ikinci fıkrasındaki değişiklik tarihi olan 02.05.2001 tarihinden önceye ait olması karşısında cezanın ertelenmesi sebebi ile verilecek cezanın meslekten çıkarma cezasının altında kararlaştırılması biçimindeki kurulumuzun yerleşmiş uygulaması, aleyhte itirazında olmaması sebebiyle Baro Disiplin Kurulu’nun şikayetli avukat hakkında tertip ettiği üç ay süre ile işten yasaklama kararı sonucu itibarıyla uygun bulunmuş kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddi ile Çanakkale Barosu Disiplin Kurulu tarafından verilen üç ay süre ile işten yasaklanma cezası verilmesine ilişkin kararın onanmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.



T. 16.03.2007

E. 2007/53

K. 2007/93

\* Avukatın aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet veya görev alamaması

\* Erbaş harçlığının aylık, ücret, gündelik veya kesenek kapsamına girmediği  
(Askeri Ceza Kanunu Ek m. 2/B; Av. K. m. 11, 140/2)

Şikayetli avukatın, “askerlik görevini 30.09.2004’te tamamlandığı halde, 27.09.2004 tarihinde, Samsun 5. İcra Müdürlüğü’nün 2004/... sayılı takip dosyası ile aleyhine icra takibi başlattığı, bu tarih itibariyle hukuken askerlik görevinde bulunduğu için avukatlık yapmasının mümkün olmadığı” iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonucunda, şikayetli avukatın icra takip tarihinde fiilen askerlik hizmetinin sona ermiş bulunduğu, kaydi askerliğinin de üç gün sonra sona erdiği, bu tarihte erbaş olarak yaptığı askerlik sebebiyle kendisine aylık 15,00 YTL civarında bir harçlık ödendiğinin bildirildiği, bunun Avukatlık Yasası’nın 11. maddesinde yasaklanan biçimde bir ücret anlamında olmadığı, Askeri Ceza Kanunu’nun Ek 2. maddesinde “terhis mahiyetinde izne ayrılanların kendi iş ve sanatları ile iştigal edebilecekleri” hükmü bulunduğu Baro Disiplin Kurulu tarafından kabul edilerek şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın 01.04.2004–30.09.2004 tarihleri arasında erbaş olarak askerlik görevini yaptığı, 21.09.2004 tarihinde terhis mahiyetinde izinli olarak ayrıldığı, bu süre içerisinde 27.09.2004 tarihinde Samsun 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2004/ ... Esas, 2004/ ... Karar sayılı, manevi tazminatın tahsiline ilişkin kararı Samsun 5. İcra Müdürlüğü’nün 2004/ ... Esas sayılı dosyası ile takip konusu ettiği, takibin daha sonra infazla sonuçlandığı anlaşılmaktadır.

Şikayetçi avukat, itirazında şikayetli avukat hakkında aynı eylem sebebiyle Adalet Bakanlığı’na ve askeri kurumlara yansımış soruşturmalar bulunduğunu ileri sürmüş ise de, soruşturmanın ve kovuşturmanın bütün aşamalarında, şikayetli avukat hakkında açılmış bir ceza soruşturma veya kovuşturmasına ilişkin bilgi bulunmadığı gibi, itiraz

dilekçesinde de Avukatlık Yasası'nın 140/2 maddesi anlamında bir ceza davasına dair bilgi bulunmadığı için bu yöndeki itirazın değerlendirilmesi mümkün olmamıştır.

Şikayetçi avukat, bu tarihte şikayetli avukatın görev yapmasının Avukatlık Yasası'nın 11. maddesine aykırı olduğunu, Baro Disiplin Kurulu'nun Askeri Ceza Yasası'nın Ek 2/B bendindeki "ticari ve sınai müesseselerde vazife kabul etmemek" yasağına girdiğini itirazında bildirmektedir.

Avukatlık Yasası'nın 11. maddesi avukatların "aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet veya görev" alamayacaklarını düzenlemektedir. Şikayetli avukatın erbaş olarak ayda 15,00 YTL olduğu anlaşılan harçlığının bu nitelermeye girmediği açıktır. Avukatlık hizmetinin "ticari veya sınai bir müessesede görev almak" olarak değerlendirilmesi de avukatlığın kamu görevi olması, avukatlığın ticaret yasağına tabi olması hususları dikkate alındığında ve avukatlık bürosunun ticarethane olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı hususları karşısında, yerinde değildir.

Bu sebeple Baro Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukatın eyleminin disiplin suçu oluşturmadığı biçimindeki kabulünde hukuksal isabetsizlik görülmemiş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçi avukatın itirazının reddi ile Samsun Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

\*

\* \*

T. 17.03.2007

E. 2007/62

K. 2007/95

\* Avukatın, baro genel

kuruluna katılma zorunluluğu

(Av. K. m. 64, 86)

Şikayetli avukat, Muğla Barosu'nun 08.10.2006 günü yapılan olağan genel kuruluna katılmadığı ve bu sebeple İlçe Seçim Kurulu Başkanı tarafından para cezası verildiğini, aynı gün Bodrum Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2006/... Esas sayılı dosyasına müdafî olarak katılmak

zorunda bulunduğundan dolayı haklı bir nedenle genel kurula katılmadığını, bu sebeple hakkındaki para cezasının kaldırılmasını talep etmiş, Baro Disiplin Kurulu mazereti yeterli görmeyerek talebin reddine karar vermiştir.

Avukatlık Yasası'nın 86.maddesi, "*Baro levhasında yazılı avukat; gerek olağan, gerekse olağanüstü genel kurul toplantılarına katılmak ve oy kullanmakla yükümlüdür. Bu toplantılara haklı bir neden olmaksızın gelmeyenlere veya oy kullanmayanlara ilçe seçim kurulu başkanı tarafından, o baroya kayıtlı avukatların yıllık keseneğinin üçte biri miktarında para cezası verilir. Bu para cezaları ilgili baro başkanlığınca tahsil edilir ve baro bütçesine gelir kaydedilir.*" hükmünü amirdir.

Baro genel kurullarına katılmak avukat için hem hak ve hem de yükümlülüktür. Haktır, çünkü tüzel kişilik oluşumuna katkıda bulunmak bireyin vazgeçilmez, kısıtlanamaz doğal hakkıdır. Yasa koyucunun bunu bir yükümlülük olarak nitelendirmesi, kişileri katılımcı olmaya yöneltmektedir. Baro genel kurulları en yetkili karar organlarıdır. Bu nedenle genel kurulun baroya kayıtlı tüm avukatların görüşünü yansıtması istenmektedir. Baronun gerek olağan gerek olağanüstü genel kurullarına katılmak asıl, haklı bir neden istisnadır.

Avukatlık Yasası'nın 64. maddesinin üçüncü fıkrası, İlçe Seçim Kurul Başkanı tarafından yıllık kesenek miktarının üçte biri oranında takdir edilecek para cezasına karşı, "*kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde, baro disiplin kuruluna itiraz olunabilir. Baro disiplin kurulunun kararı kesindir.*" hükmünü amirdir.

Görüldüğü üzere, baro disiplin kurullarının Avukatlık Yasası'nın 64. maddesi uyarınca tayin ve takdir olunan para cezalarına itirazla ilgili kararlar kesin olup, itirazın Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nca incelenmesi mümkün bulunmamaktadır.

Sonuç olarak; itiraz dilekçesinin reddine katılanların oybirliği ile karar verildi.

\*  
\* \*

T. 30.03.2007

E. 2007/35

K. 2007/97

\* Kamu kurumunu kullanarak dolandırıcılık suçuna iştirak

\* Ceza davasında alınan beraat kararının bağlayıcı olması

(CMUK m. 253; Av. K. m. 140/2)

Şikayetli avukat hakkında Aksaray Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2004/... esasına kayıtlı kamu davasında, "kamu kurumunu vasıta kullanılarak dolandırıcılık suçuna iştirak" iddiası ile yargılanması sebebiyle resen açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülmeyle disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Aksaray Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2004/... esasında kayıtlı dava, 05.05.2005 tarih ve 2005/... Karar sayılı kararlarla beraatla sonuçlanmış ve taraflarca temyiz edilmeksizin 23.05.2005 tarihinde kesinleşmiştir.

Şikayetçi, ceza mahkemesinde avukatın beraat etmiş olmasının mutlaka disiplin cezası verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi sonucunu doğurmayacağını, eylem sebebiyle zarar gördüğünü bildirmiş, kararın kaldırılmasını talep etmiştir.

Gerçekten de Avukatlık Yasası'nın 140/2. maddesi, " Eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatla sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin kovuşturması, o eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olmasına bağlıdır." hükmünü amirdir. Ceza mahkemesi kararında "eylemin işlenmemiş" veya "sanığı tarafından yapılmamış" olması sebebiyle beraat kararı verilmişse disiplin cezası verilemeyecek, diğer beraat hallerinde eylem disiplin suçu oluşturuyorsa, ceza yargılamasındaki delillerden de yararlanmak suretiyle disiplin cezası tayin edilecektir.

İncelenen Aksaray Ağır Ceza Mahkemesi karar gerekçesinden "sanığın müvekkili olan ve mahkememizin 2004/... esas sayılı dosyasında yargılanan sanık Yakup ve diğer sanıklar Hacer, Mahmut, Mehmet ve Cevat'ın beyanlarından da sanığın kendileri ile bir iştiraki olduğuna dair beyanlarının olmadığı, sanığın iştirakinin şartlarından olan suçun bir başkası ile işlendiğini bildiği ve istediğine dair bir delil olmadığı anlaşıldığından, sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair şüpheden uzak, savunmasının aksini kanıtlar nite-likte yeterli ve kesin bir delil elde edilemediğinden CMUK'nun 253. maddesi gereğince delil yetersizliğinden beraatine" karar verildiği görülmektedir.

Şikayetçi vekilleri Av. B.Y. ve Av. F.Y., şikayetlinin takiplerin haksız olduğunu anlayınca kendileri ile görüştiklerini ve icra mahkemesinde devam eden davalarda davaları kabul ederek takiplerin iptaline yardımcı olduğunu yeminli ifadelerinde bildirmişlerdir.

Şikayetli avukatın kamu kurumunu vasıta kullanarak dolandırıcılık suçuna iştiraki konusunda iddiadan başka bir delil olmadığı gibi, haksızlığı kendi çabası ile gidermeye çalıştığı da tartışmasızdır.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin disiplin suçu oluşturmadığına ilişkin hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçi S.G.'nin itirazının reddine, Aksaray Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

\*

\* \*

T. 30.03.2007  
E. 2007/43  
K. 2007/103

\* **Avukatın, haricen tahsil ettiği bedel karşılığında, ileri tarihli ödeme makbuzu düzenlemesi**  
(Av. K. m. 34; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetçi, şikayetli hakkındaki dilekçesinde, "*İlamlı borcu nedeniyle 17.01.2006 tarihinde şikayetliye haricen 2.000,00 YTL kısmi ödeme yaptığını, 16.02.2006 tarihinde haricen 2.000,00 YTL ödeme daha yaptığını, fakat şikayetli avukatın ödeme tarihinden daha ileri bir tarih olan 20.02.2006 tarihini attığını, kendisinin durumu fark etmesi üzerine 17.02.2006 tarihli belge düzenlediğini, icraya vermemesine rağmen, sırf vekalet ücreti alabilmek için ödemelerden sonra icraya başvurduğunu*" bildirerek şikayetçi olmuştur.

Şikayetli savunmasında, ikinci ödeme ile ilgili 20.02.2006 tarihli belgedeki tarihin, şikayetçinin bizzat kendisinin "*sonraki bir tarihi atın, ben zaten önceki kısmi ödemede vekalet ücreti ödemedim, hiç olmazsa bunda ödeyeyim*" demesi üzerine atıldığını, şikayetçinin başvurusu üzerine 17.02.2006 tarihli belge düzenlediğini, fakat şikayetçinin bunu imzalamadığını, ikinci ödemeden önce icraya başvurmuş olduğunu bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek "şikayetli avukatın şikayetçiyi zor durumda bırakıp, parasal olarak hak kaybına uğratmış olduğu avukatlık mesleğine olan güveni temelden sarstığı" düşüncesiyle, Avukatlık Yasası'nın 34. ve TBB Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddeleri uyarınca kınama cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukat tarafından Antalya 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/ ... Esas, 2005/ ... karar sayılı kararı gereğince, Antalya 2. İcra Müdürlüğü'nün 2006/ .... sayılı dosyası ile 17.02.2006 tarihinde icra takibi başlatıldığı, 17.01.2006 tarihinde haricen ödenen 2.000,00 YTL'nin dosya alacağından 20.02.2006 tarihli şikayetlinin talebi ile mahsup edildiği, 17.01.2006 tarihli 2.000,00 YTL ve 20.02.2006 tarihli 2.000,00 YTL tutarında sadece mahkeme karar numarasının yazılı olduğu, şikayetli avukat tarafından verilmiş iki belge bulunduğu anlaşılmıştır.

İcra takibi 17.02.2006 tarihinde başlatılmasına karşın, şikayetli avukat 17.02.2006 tarihinde, şikayetçi borçludan haricen tahsil ettiği 2.000,00 YTL miktarlı belgeyi tahsil tarihinden üç gün sonraki 20.02.2006 tarihini attığı, şikayetli tarafından da kabul edilmiştir.

TBB Meslek Kuralları'nın 3. maddesine göre; "Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güveni sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür.", 4. maddesine göre de, "Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır."

Şikayet edilen avukatın, haricen tahsil ettiği bedel karşılığında, icra vekalet ücreti alabilmek için şikayetçiye üç gün sonrasının tarihini taşıyan ileri tarihli ödeme makbuzu vermesi, dosyadaki bilgi ve belgelerle anlaşılmış olmakla eylem TBB Meslek Kuralları'nın 3. ve 4. maddesine aykırı olup eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle, eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu'nun takdirinde hukuki bir isabetsizlik bulunmadığından, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazlarının reddi ile, Antalya Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliğiyle karar verildi.

\*

\* \*

T. 30.03.2007  
E. 2007/45  
K. 2007/105

\* 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Yasa hükümlerinden avukatların yararlanamayacağı (TC Anayasası m. 128; 657 sayılı DMK m. 4; 5525 sayılı kanun m. 1; Av. K. m. 1, 11, 160/2)

Avukat N.K., Aydın Barosu Disiplin Kurulu Başkanlığı'na verdiği 05.09.2006 günlü dilekçe ile "Avukatlık Yasası'nın 160. maddesi uyarınca 5 yıllık süre geçtiği ve 08.09.2006 günlü dilekçe ile de 04.07.2006 gün ve 26218 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5525 sayılı Memurlar İle Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkındaki Kanun uyarınca da işlem yapılarak sicilindeki disiplin cezalarının silinmesini" talep etmiştir.

Aydın Barosu Disiplin Kurulu yapılan başvuru üzerine 04.12.2006 tarihli kararıyla;

"1- 08.09.2006 günlü dilekçede belirtilen 5525 sayılı Memurlar İle Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkındaki Yasa'nın sadece kamu görevinden doğan eylem ve cezaları kapsadığı, Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 17.03.2003 tarih ve 2002/794 E. 2003/312 Karar sayılı kararı ile Danıştay 8. Dairesi'nin 2003/2061 Esas sayılı kararının da bu yönde olduğu,

2- 05.09.2006 tarihli dilekçede bildirilen;

A- 2001/3 Esas, 2001/9 Karar sayılı disiplin cezası 16.03.2002 tarihli TBB Disiplin Kurulu kararı onanması ile kesinleşmiş ve henüz 5 yıllık süre geçmediğinden,

B- 2001/11 Esas, 2001/6 Karar sayılı disiplin cezası 22.12.2001 tarihli TBB Disiplin Kurulu onaması ile kesinleşmiş henüz 5 yıllık süre geçmediğinden,

C- 200/60 Esas, 2000/11 Karar sayılı disiplin cezası 31.03.2001 tarihinde TBB Disiplin Kurulu onaması ile kesinleşmişse de bu cezanın üzerinden 5 yıllık süre geçmiş olmasına rağmen Av. N.K. geçen 5 yıllık süre de yukarıda

*karar tarih ve numaraları belirtilen disiplin cezalarını almış bulunduğu ve Avukatlık Yasası'nın 160/3. maddesinde belirlenen şartlar oluşmadığı," gerekçesi ile talebin reddine karar vermiş bulunmaktadır.*

Avukat N.K., Baro Disiplin Kurulu'nun ret kararının kaldırılması için Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'na itirazda bulunmuş ve itirazında; Ankara İdare Mahkemesi ve Danıştay kararının Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğunu, avukatların da kamu görevlisi kapsamında sayılması gerektiğini, 5525 sayılı yasanın uygulanarak hakkında verilen disiplin cezasının kaldırılmasını talep etmiştir.

İtiraz konusu sorun, 04.03.2006 tarih ve 26218 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Yasa hükümlerinden avukatların da yararlanıp yararlanamayacağına ilişkindir.

Aydın Barosu Disiplin Kurulu gerek yasa, gerekse yargı kararları çerçevesinde öncelikle 5525 sayılı yasanın avukatlar hakkında uygulanmayacağı gerekçesi ile talebin reddine karar vermiştir.

TC Anayasası'nın 128. maddesinde, "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*" hükmüne yer verilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 4. maddesinde ise, "*Kamu hizmetleri, memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür*", denildikten sonra "*Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen aslî ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır.*" hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca, "*Yukarıda tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılır.*" açıklamasını yapmıştır.

5525 sayılı yasanın kapsam başlıklı 1. maddesinde, "*Bu kanun, Genel ve Katma Bütçeli Kurumlar, İl Özel İdareleri, Belediyeler, İl Özel İda-*



releri ve Belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya Beden Terbiyesi Bölge Müdürlüklerinde çalışan memurlar hakkında uygulanır. Sözleşmeli ve geçici personel hakkında bu Kanunda belirtilen özel hükümler uygulanır. Anayasa Mahkemesi üye ve yedek üyeleri ile raportörleri, hâkimlik ve savcılık mesleklerinde veya bu mesleklerden sayılan görevlerde bulunanlar, Danıştay ve Sayıştay meslek mensupları ve Sayıştay savcı ve yardımcısı, Üniversitelerin, İktisadî ve Ticarî İlimler Akademilerinin, Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademilerinin, Devlet Güzel Sanatlar Akademilerinin, Türkiye ve Orta-Doğu Amme İdaresi Enstitüsünün öğretim üye ve yardımcıları, Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası üyeleri, Genelkurmay Mehtaran Bölüğü Sanatkârları, Devlet Tiyatrosu ile Devlet Opera ve Balesi ve Belediye Opera ve tiyatroları ile şehir ve belediye konseratuar ve orkestralarının sanatkâr memurları, uzman memurları, uygulatıcı uzman memurları ve stajyerleri, Spor-Toto Teşkilâtında çalışan personel; subay, astsubay, uzman çavuş ve uzman jandarmalar ile Emniyet Teşkilâtı mensupları özel kanunları hükümlerine tabidir." denilmek suretiyle genel yasa veya özel yasalarla memur sayılacaklar belirlenmiştir.

Yukarıya alınan memur ve kamu görevlileriyle ilgili mevzuat hükümlerinin avukatları kapsamadığı açıkça görülmektedir.

Öte yandan, Avukatlık Yasası'nın 1. maddesinde avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre avukatların yaptıkları işlerin kamu hizmeti niteliğinde olduğu belirtilmekle birlikte, avukatlığın serbest meslek olduğu özelliği de vurgulanmıştır.

Avukatlık Yasası'nın 11. maddesinde avukatlıkla birleşmeyen işler sayılırken, aylık ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görevin avukatlıkla birleşmeyeceği belirtilmiştir.

Avukatlık bağımsızlık gerektiren bir meslektir. Memur ya da kamu görevlisi olmak belirli bir hiyerarşi içerisinde emir almayı da gerektireceğinden, bu durum avukatın bağımsızlığı ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kamu görevlilerinin yaptıkları görevleri kamu hizmeti olarak nitelendirmek mümkün ise de, her kamu hizmeti gören kişi kamu görevlisi olmak zorunda değildir.

5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, "memurlar ve diğer kamu görevlileri ile bu görevlerde bulunmuş olanlar" hakkında verilmiş disiplin cezalarının bütün sonuçları ile affedildiği hükme bağlanmıştır.

Açıklanan yasal durum karşısında ve belirtilen nitelikleriyle avukatların kamu görevlisi olarak kabulü mümkün değildir. Bu nedenle avukatların ve avukatlık hizmetinin 5525 sayılı kanun kapsamında olmadıkları duraksamaya yer bırakmayacak biçimde açıktır.

Bu nedenlerle, Aydın Barosu Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın bu yönü ile onanması gerektiği gibi, Avukatlık Yasası'nın 160/2. maddesi, "meslekten çıkarma ve işten çıkarma cezalarından başka bir disiplin cezası verilen avukatlar, uyarma, kınama ve para cezalarının uygulanmasından itibaren 5 yıl geçtikten sonra disiplin kuruluna başvurarak bu disiplin cezalarının sicillerinden silinmesini isteyebilir." amir hükmü uyarınca, sicilde mevcut disiplin cezalarının uygulanmasından itibaren itiraz eden avukat aynı sürede yeni disiplin cezası da almış bulunduğundan, kararda bu husus ile yapılan hukuksal değerlendirme de isabetli bulunmuş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, Avukat N.K.'nin itirazının reddi ile Aydın Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin sicillerinin silinmesine ilişkin talebin reddine ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

\*

\* \*

T. 30.03.2007  
E. 2007/56  
K. 2007/111

\* Disiplin cezalarına karşı  
karar düzeltme ya da  
yargılamanın yenilenmesi gibi  
itiraz yollarının bulunmaması  
(Av. K. m. 157)

Kayseri Barosu Disiplin Kurulu, yapılan şikayet üzerine şikayetli avukat hakkında 02.05.2006 tarih ve 2006/.. Esas, 2006/.. Karar sayılı kararıyla disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Şikayetli avukat tarafından yapılan itiraz üzerine Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu 06.10.2006 tarih ve 2006/... Esas, ... Karar sayılı kararıyla Baro Disiplin Kurulu kararını kaldırarak, şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Birlik Disiplin Kurulu kararının şikayetli avukata tebliği üzerine şikayetli avukat, 08.01.2007 tarihli dilekçe ile 5525 sayılı yasa gereğince verilen ceza kararının hükümsüz kalmasına ve dosyasından çıkartılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 157. maddesi uyarınca, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu, Baro Disiplin Kurulu kararlarına karşı yapılan itirazları incelemekle yetkilidir. Ayrıca Avukatlık Yasası ve Avukatlık Yasası Yönetmeliğinde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'ndaki "karar düzeltme" ve CMK'daki "yargılamanın yenilenmesi" ne benzer bir itiraz yolu bulunmamaktadır.

Bu sebeple, Birlik Disiplin Kurulumuz tarafından verilmiş karara şikayetli tarafından yapılan itirazın yasal dayanağı olmadığından, itiraz dilekçesinin reddine karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, itiraz dilekçesinin reddine katılanların oybirliği ile 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 09 Ekim 2007/26668

- 5688 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Bosna Hersek Bakanlar Kurulu Arasında Turizm Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5689 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Moldova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ekonomik İşbirliğine Dair Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

### RG 10 Ekim 2007/26669

- 5690 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Yunanistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Sağlık Alanında İşbirliğine Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun
- 5691 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Fildişi Sahili (Kotdivuar) Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ticaret Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5692 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Fildişi Sahili (Kotdivuar) Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ekonomik ve Teknik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

### RG 15 Ekim 2007/26671

- 5693 Türkiye Cumhuriyeti ile Slovakya Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5694 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Afganistan İslam Cumhuriyeti

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Hükümeti Arasında Tarım Alanında Teknik, Bilimsel ve Ekonomik İşbirliği Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5695 Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı ile Bosna-Hersek Adalet Bakanlığı Arasında İşbirliği Konusunda Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5696 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Moğolistan Hükümeti Arasında Sağlık Alanında İşbirliğine Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun

## YÖNETMELİKLER

### RG 16 Ağustos 2007/26615

- Tük Silahlı Kuvvetleri İzin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kabotajda Çalışan 400 Gros Tondan Küçük Petrol Tankerlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Tuzla Liman Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 17 Ağustos 2007/26616

- Bireysel Emeklilik Aracıları Hakkında Yönetmelik
- Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik
- Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü Satma, Kiraya Verme Yönetmeliği
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İdarî Yargı Hâkim ve Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü Ortaöğretim Alan Öğretmenliği Tezsiz Yüksek Lisans Programı Yönetmeliği
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Orta Öğretim Alan Yönetmeliği Tezsiz Yüksek Lisans Programı Öğretmenliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 18 Ağustos 2007/26617

- Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kıyı ve Liman Yapıları, Demiryolları, Hava Meydanları İnşaatlarına İlişkin Deprem Teknik Yönetmeliği
- Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Önlisans - Lisans Eğitim - Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 19 Ağustos 2007/26618

- Sosyal Güvenlik Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Niğde Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Programı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Niğde Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Okan Üniversitesi Kuruluş ve Teşkilat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 20 Ağustos 2007/26619

- Millî Eğitim Bakanlığı İlköğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi (SUYAM) Yönetmeliği
- Bozok Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 21 Ağustos 2007/26620

- Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği
- Bodrum Liman Yönetmeliği
- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Lisansüstü Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ege Üniversitesi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ordu Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Sinop Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Sinop Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

### RG 22 Ağustos 2007/26621

2007/12513 Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu ile Bağlı Kuruluşları Telif Hakkı, Yayın ve Satış Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Terör Eylemleri Nedeniyle Şehit ve Malul Olanların Yakınlarının ve Çalışabilecek Durumdaki Malullerin Kamu Kurum ve Kuruluşlarında İstihdamı Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Dair Yönetmelik
- Ahi Evran Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Erzincan Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Galatasaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İnönü Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Sabancı Üniversitesi Temel Geliştirme Yılı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 23 Ağustos 2007/26622

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gemi ve Su Araçlarının İnşası, Tadilatı, Bakım-Onarımlarında Uygulanacak Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik
- Fırat Üniversitesi Kariyer Planlama Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Yabancı Diller Bölümü Yönetmeliği
- Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Ordu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

### RG 24 Ağustos 2007/26623

- Sigorta Şirketleri ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Mesleki Eğitim Merkezleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliği
- Doğal Gaz Piyasası İletim Şebekesi İşleyiş Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik



## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- İnönü Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İnönü Üniversitesi Zorunlu ve İsteğe Bağlı Yabancı Dil (İngilizce) Hazırlık Sınıfları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 25 Ağustos 2007/26624

- Malî Hizmetler Uzmanlığı Yönetmeliği
- Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 26 Ağustos 2007/26625

- Çankırı Karatekin Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

### RG 27 Ağustos 2007/26626

- Yeditepe Üniversitesi Yeditepe Göz Hastalıkları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

### RG 28 Ağustos 2007/26627

- Okul Servis Araçları Hizmet Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Spor Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Okul Servis Araçları Hizmet Yönetmeliği
- Köy Bazlı Katılımcı Yatırım Programlarının Desteklenmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Köy Bazlı Katılımcı Yatırım Programları Kapsamında Yatırımcılar Tarafından Yapılacak Hibe Başvurularının Desteklenmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ölçü ve Ölçü Aletleri Tip Onay Belgesi Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 29 Ağustos 2007/26628

- Boğaziçi Üniversitesi Barış Eğitimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Harran Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Namık Kemal Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 31 Ağustos 2007/26629

- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Taşra Teşkilatı Görev, Yetki, Sorumluluk ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

### RG 01 Eylül 2007/26630

- Dış Ticaret Müsteşarlığı İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi Uzman Yardımcılığı Yarışma ve Uzmanlık Yeterlik Sınavı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi İhtisas Personeli Sınav ve Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Silahlı Kuvvetleri İzin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Giresun Üniversitesi Sürekli Eğitim, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

### RG 05 Eylül 2007/26634

- Yükseköğretim Kurumlarının Yurtdışındaki Kapsama Dahil Yükseköğretim Kurumlarıyla Ortak Eğitim ve Öğretim Programları Tesisi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Bilgisayar Bilimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

### RG 06 Eylül 2007/26635

- Trakya Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Hazırlık Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 07 Eylül 2007/26636

- Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Ödül ve Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Anadolu Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

### RG 08 Eylül 2007/26637

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği İnşaat Mühendisleri Odası Serbest İnşaat Mühendisliği Hizmetleri Uygulama, Tescil Denetim ve Belgelendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 09 Eylül 2007/26638

- İstanbul Bilgi Üniversitesi Avrupa Birliği Enstitüsü Yönetmeliği
- Sinop Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 10 Eylül 2007/26639

- Sinop Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 12 Eylül 2007/26641**

- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çerçeve Sözleşme İhalelerinde Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik

**RG 13 Eylül 2007/26642**

- Nükleer ve Nükleer Çift Kullanımlı Eşyaların İhracatında İzne Esas Olacak Belgenin Verilmesine İlişkin Yönetmelik
- Nükleer Tesislerin Güvenliği İçin Kalite Yönetimi Temel Gereklere İlişkin Yönetmeliği
- Nükleer Güvenlik Denetimleri ve Yaptırımları Yönetmeliği

**RG 15 Eylül 2007/26644**

- Milli Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Sayısal Oyunlar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Sanayi Mallarının Satış Sonrası Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliği

**RG 16 Eylül 2007/26645**

- 31/12/2001 Tarihinden Önce Yürürlüğe Giren Elektrik Enerjisi Fonu Anlaşmaları Uyarınca Taahhüt Edilen Yükümlülüklerin Yerine Getirilmesine İlişkin Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Hizmetlerine Katılımın Sağlanması ve Katkıda Bulunanların Onurlandırılmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Türkiye Sektör Meclislerinin Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 17 Eylül 2007/26646

- Yeminli Mali Müşavirler Odaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 18 Eylül 2007/26647

- Afyon Kocatepe Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Aksaray Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Bozok Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gaziantep Üniversitesi Sağlık Yüksekokulu Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

### RG 19 Eylül 2007/26648

- Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Yerli ve Yabancı Uzman İstihdamına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Veteriner Fakültesi Önlisans ve Lisans Öğretim Yönetmeliği

### RG 20 Eylül 2007/26649

- Bankalar ve Diğer Mali Kuruluşların Müşterilerinin Risk İşlemleri Hakkında Yönetmelik
- Boğaziçi Üniversitesi Yurtlar Yönetmeliği
- Yeditepe Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

**RG 21 Eylül 2007/26650**

- Erciyes Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 22 Eylül 2007/26651**

- Denizcilik Müsteşarlığı Denizcilik Uzman Yardımcılığı Giriş Sınavı ve Denizcilik Uzmanlığı Yeterlik Sınavı ile Denizcilik Uzmanlarının Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Bilgisayar Bilimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 23 Eylül 2007/26652**

- Kocaeli Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık, Yabancı Dil Destek ve Yabancı Dil Tamamlama Programları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Nevşehir Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Hazırlık Eğitimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 24 Eylül 2007/26653**

- Cumhuriyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

**RG 25 Eylül 2007/26654**

- Düzce Üniversitesi Düzce Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

### RG 26 Eylül 2007/26655

- Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hububat, Baklagiller ve Yağlı Tohumlar Lisanslı Depo Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamuk Lisanslı Depo Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fındık Lisanslı Depo Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kilis 7 Aralık Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliği

### RG 27 Eylül 2007/26656

- Hazine Müsteşarlığı Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Gemi Sağlık Resmi Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odaları ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Üye Aidatları ile Birlik Paylarının Tesbitine Ait Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 29 Eylül 2007/26658

- Konut Finansmanı Kapsamındaki Kredilerin Yeniden Finansmanına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Bankaların Özkaynaklarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankalara Değerleme Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Derecelendirme Kuruluşlarının Yetkilendirilmesine ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 30 Eylül 2007/26659

- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Yaşar Üniversitesi İngilizce Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

### RG 01 Ekim 2007/26660

- Tatvan Liman Yönetmeliği
- Ahi Evran Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliği

### RG 02 Ekim 2007/26661

- Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziantep Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ile Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği



## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

### RG 03 Ekim 2007/26662

- Noterlik Daireleri Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesine Ait Bazı Yönetmeliklerde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikler

### RG 04 Ekim 2007/26663

- Gemi Sağlık Resmi Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Sistemine Göre Öğretim Yapan Fakülteler Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Sistemine Göre Öğretim Yapan Fakültelerin Kredili Sisteme Dayalı Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi İngilizce Öğretmenliği Programı Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 05 Ekim 2007/26664

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Özürlülerin Tesbiti, İncelenmesi, Bakım ve Rehabilitasyonuna Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Subay Sicil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Astsubay Sicil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı İlköğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Seyahat Acentaları Yönetmeliği
- Çevre ve Orman Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Çevre ve Orman Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ulusal Meslek Standartlarının Hazırlanması Hakkında Yönetmelik

**RG 05 Ekim 2007/26664 (Mükerrer)**

- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisans Eğitim-Öğretim Süresi ile Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Öğrenci Kayıt-Kabul İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 06 Ekim 2007/26665**

- Lise ve Ortaokullar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları ve Eğitim Araçları Satış İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mesleki ve Teknik Eğitim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları ile Çalışan Personelin Radyasyon Doz Limitleri Hakkında Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Kurumu Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 07 Ekim 2007/26666**

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği
- Fırat Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 08 Ekim 2007/26667**

- Tanıtma ve Kullanma Kılavuzu Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Dokuz Eylül Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Hazırlık Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 09 Ekim 2007/26668

- Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 10 Ekim 2007/26669

- Karayolu Taşımacılık Faaliyetleri Mesleki Yeterlilik Eğitimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uydu Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliği
- Bankaların Üst Yönetimine Atanacakların Bildirimi, Yemin ve Mal Beyanında Bulunulması ve Karar Defterlerinin Tutulmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Organize Sanayi Bölgelerinin Elektrik Piyasası Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziantep Üniversitesi Toplumsal ve Ekonomik Araştırmalar Merkezi Yönetmeliği
- Kilis 7 Aralık Üniversitesi Ön Lisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

### RG 11 Ekim 2007/26670

- Türk Silahlı Kuvvetlerinde İlk Nasıp İstihkakına Dair Yönetmelik
- Gemiadamları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Nemrut Koyu, Rize, İzmit, Gelibolu, Ayvalık, Aliğa, Bandırma, Ceyhan, Çanakkale, Dikili, Güllük, Hopa, Fethiye, İskenderun ve Karadeniz Ereğli Liman Yönetmeliklerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikler
- Bitki Koruma Ürünlerinin Toptan ve Perakende Satılması ile Depolanması Hakkında Yönetmelik
- Tohumlukların Yetiştirileceği Özel Üretim Alanlarının Özellikleri ve Bu Alanlarda Uyulması Gereken Kuralların Belirlenmesi ile İlgili Yönetmelik
- Doğal Afet Sigortaları Kurumu Yönetim Kurulu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ziraat Odaları ve Türkiye Ziraat Odaları Birliği Alım, Satım, Yapım ve İhale Yönetmeliği
- Rize Üniversitesi Sürekli Eğitim, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

**RG 15 Ekim 2007/26671**

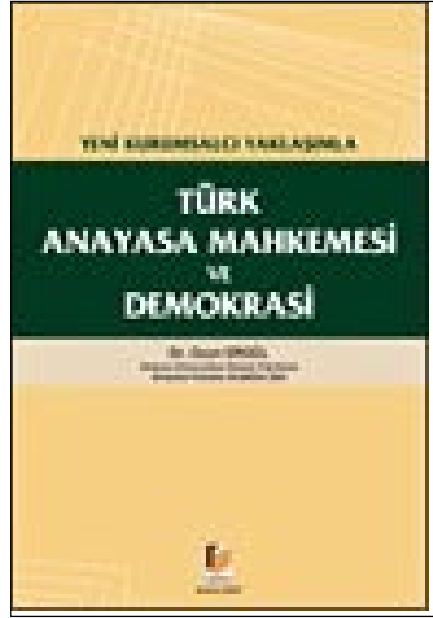
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Çevre Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**Dr. Ozan ERGÜL,**  
**“Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla**  
**TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ**  
**VE DEMOKRASİ”,**  
**Adalet Yayınevi , Ankara 2007.**

“Yargısal Analizde Yaklaşımlar”, “Anayasa Yargısının Evrensel Tasarımı”, “Türkiye’de Anayasa Yargısının Kuruluşu ve Tarihsel Koşullar” ve “Anayasa Mahkemesi ve Demok-rasi” bölüm başlıkları altında, başta akademik çalışma yapanlar, anayasa yargısı uygulayıcıları ve hukukçular olmak üzere konuya ilgi duyan herkesin görüş ve değerlendirmelerine sunulan bu kitap yazarı tarafından “bir doktora tezinin gözden geçirilmiş hali” olarak tanıtılmasına karşın, eser okundukça bu “hal’i” epeyce aştığı, Türk Hukuk Bilimi yaşamında adından epeyce söz ettirecek bir yapıt olacağı gözlemlenmektedir. Kitap, özellikle ülkemizde 2007 yılı başlarında “Cumhurbaşkanlığı Seçimi” ile başlayıp bu günlerde “Anayasa Değişiklikleri” biçiminde devam eden “Anayasa” tartışmalarında da dikkate alınması gereken bir çalışma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hem Anayasa hukuku teorisi ve hem de Anayasa yargısı ile Anayasa Mahkemeleri Kararlarının oluşum ve etkileri açısından yeni yaklaşımlar sergileyen bu bilimsel eser, aynı zamanda güncel tartışmalara da ışık tutacaktır.

Yazarın, “Anayasa Mahkemesi’nin Türkiye’de merkez siyasette yaşan-

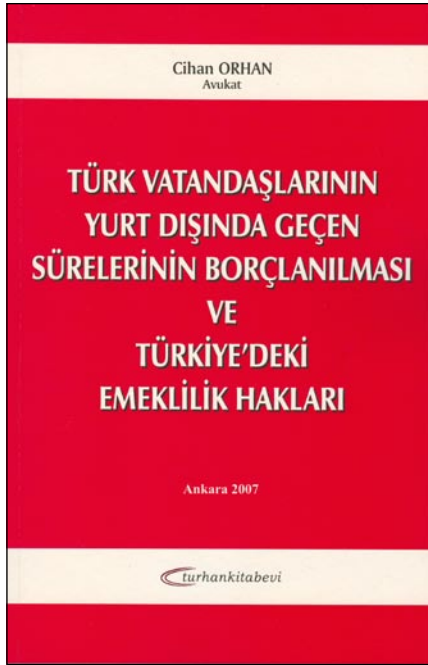


makta olan değişimleri algulamakta zorlandığı” şeklindeki tespit ve iddiası da artık ülkemizde Hukuk-Siyaset ilişkisinin gerçek boyutta anlaşılmasının zamanının geldiğini gösteren önemli bir belirlemedir.

Son yıllarda akademik çevrelerde giderek cazibesi artan “yeni kurumsalçılığın” Anayasa Mahkememizin Türk Anayasa düzenindeki yerinin anlaşılması ve Anayasa Mahkemesi’ne ilişkin incelemelerde başvurulabilecek bir yaklaşım sağladığı bu kitapta daha da anlaşılır hale gelmektedir.

Yalnız hukukçulara değil, siyasetçilere de okumalarını tavsiye edeceğimiz bir eser.

Av. Özcan ÇİNE



**Av. Cihan ORHAN,**

**Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Borçlanması ve Türkiye'deki Emeklilik Hakları**  
**Turhan Kitabevi Yay.**  
**Ankara 2007, 177 s.**

Yurt dışında çalışan Türk Vatandaşlarının Türkiye'de emekli olabilmeye haklarını inceleme konusu yapmıştır. Türkiye, çok sayıda vatandaşının yabancı ülkelerde işçi olarak çalışması özelliğine sahip bir ülke olması nedeniyle, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku'nda bu eser dikkat çekici konusu ile büyük bir boşluğu doldurma yönelimindedir.

Eser, üç ana bölümden oluşmaktadır. Eserin ilk bölümünde, yazar, "hizmet süreleri, yurt dışında çalışma ve hizmet borçlanması, gibi ..." kavramları açıklamıştır. Bunun ardından, Yurt dışı hizmet borçlanmasının koşullarını ve sigortalının sigortalılık başlangıcını tespit etmeye çalışmıştır. Bu bağlamda, Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti arasında imzalanan sosyal güvenlik sözleşmesi incelenmiştir.

Eserin ikinci bölümünde, "sigortalının değişik sosyal güvenlik kurumlarına bağlı geçen dağınık hizmet sürelerinin bir araya getirilmesini" ifade eden, borçlanılan sürelerin diğer hizmetlerle birleştirilmesini incelemiştir. Bu bölümde ayrıca, hizmetlerin birleştirilmesinin ülkemizdeki tarihsel gelişimine değinilmiştir.

Eserin üçüncü bölümünde, aylık bağlama ve yurda kesin dönüş konularına değinilmiştir. Bu bölümde ayrıca kısmi aylık kavramı, yurt dışından transfer edilen primlerin iadesi ve borçlanmadan vazgeçme ve primlerin iadesi, konularına da değinilmiştir. Yazar, sosyal güvenlik hukuku alanında yazmış olduğu bu eseri ile, büyük eksikliği gidermeye çalışmıştır. Eserin dikkat çekici konusu ile sosyal güvenlik hukukunun bu fakir alanına olan ilgiyi de artıracığı kanaatindeyiz.

Av. Sezercan Bektaş

**Tevfik ÖZLÜ,**  
**Kurumsal Metinler, Felsefi Arka**  
**Planı ve Örnek Olgularla**  
**Hasta Hakları**  
**Timaş Yayınları, 2005,**  
**2. baskı 302 s.**

“*Hakkınız Var Çünkü Hastasınız*” başlığı ile başlayan bu incelemede, yazar Tevfik Özlü, “*Hasta Hakları*” kavramını, belirli olgulardan hareket ederek açıklama yoluna gitmiştir. Eser üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, “*Hasta Hakkı*” kavramı açıklanmaya çalışılmıştır. Bunun için öncelikle hasta hakkı kavramı belirli olgulardan hareket edilerek açıklanmaya çalışılmıştır. Bölümün devam eden kısmında, hasta haklarının tarihçesi, çerçevesi, hastaların ödev ve sorumlulukları, hasta hekim ilişkisine değinilmiştir.

Eserin ikinci bölümünde, özel olarak hasta haklarına değinilmiştir. Eserin ikinci bölümünde de yazar, hasta haklarını belirli olguların vasıtasıyla açıklamaya çalışmıştır.

Eserin son bölümünde ise, hasta hakları ile ilgili uluslararası metinlere ve ulusal mevzuata yer verilmiştir.

Yazar eseri ile eserin arka kapakındaki tanıtım yazısında belirttiği, “*İster sağlık hizmeti sunan tarafta isterse bu hizmetin alıcısı konumunda olun, bu eser çeyrek yüzyılın yükselen değeri olan hasta haklarıyla ilgili*



*küresel birikimi aktarmak üzere hazırlandı.*” Amacına, kanaatimizce ulaşılmış gözükmektedir. Çünkü eserde tercih edilen yazım dilinin, hukuk dilinden uzak olması ve seçilen yazım metodunun olgulara dayanması, bu kanaatimizi desteklemektedir. Ayrıca, eserde hasta haklarının felsefi temellerinin ortaya konmasından sonra, ulusal ve uluslararası mevzuata yer verilmesi, eserin amacını tamamlamaktadır.

Hasta haklarını felsefi temellerinin irdelendiği bu eserin, sağlık hukuku alanına yeni bir bakış açısı getirecektir.

Av. Sezercan Bektaş

**Yrd. Doç. Dr.**

**Ahmet Caner YENİDÜNYA**

**İnsan Ticareti Suçu**

**Turhan Kitabevi Yayınları, 2007,  
262 s.**

Eserde, gerek 765 sayılı Eski TCK'nın 201b maddesinde, gerekse 5237 sayılı Yeni TCK'nın 80. maddesinde ihdas edilen "*İnsan Ticareti Suçu*" incelenmiştir. Üç ana bölümden oluşan eserin, ilk bölümünde insan ticareti suçu kavramı ve kriminolojik özellikleri incelenmiştir. Bunun ardından, bu suçun Türk Hukuk'undaki düzenleniş şekline değinilmiştir. İlk bölümün sonunda ise, insan ticareti suçunun, benzer suçlarla mukayesesi yapılmıştır.

Eserin ikinci bölümünde, insan ticareti olgusunun tarihi gelişimi ve insan ticaretini yasaklayan uluslararası belgeler ve mukayeseli hukukta insan ticareti suçu incelenmiştir.

Eserin son bölümünde ise, insan ticareti suçun ile korunan hukuki değer, suçun maddi konusu, fail, mağdur, suçun unsurları ve suçun özel görünüş şekilleri, kovuşturma ve yaptırımına değinilmiştir.

Yazarın eserde belirttiği üzere, "*insan ticareti günümüzde, organize suçluluğun üçüncü en büyük parasal kaynağını oluşturmaktadır.*"

Bu yaygın ve büyük suçun, ulusal ve uluslararası metinlerde düzenlenişini başarılı şekilde incelemiş olan yazar, ayrıca suçun unsurlarını ortaya koyduğu bu eseriyle, Türk Ceza Hukuku'na büyük katkıda bulunmuştur.

**Salih ÖNDER**

**Türk Parlamenter Sisteminde  
Cumhurbaşkanının Rolü**

**Turhan Kitabevi Yayınları, 2007,  
135 s.**

Parlamenter hükümet sistemin sorumsuz başı olan Cumhurbaşkanının konumu ve yetkilerini konu edinmiştir. Eser, bu konuyu üç ana başlık içerisinde incelemiştir. Eserin ilk bölümünde, "Devlet Başkanlığı ve Parlamenter Sistem" incelenmiştir. Bu bölümde, parlamenter sistemde devlet başkanın konumu ve Türk Anayasalarında devlet başkanlığının gelişimine değinilmiştir. Eserin ikinci bölümünde, "1982 Anayasa'nın Öngördüğü Parlamenter Sistem ve Cumhurbaşkanı" incelenmiştir. Eserin, son bölümünde ise, Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Siyasi, Cezaî ve Hukuki Sorumluluğu incelenmiştir.

Av. Sezercan Bektaş