

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

Bilgi için www.barobirlik.org.tr/avtr
Sorularınız için avtr@barobirlik.org.tr

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

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

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

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

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

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

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

4) Online başvurudan sonra, 2 numaralı maddede belirtilen belgelerdeki kurallara göre istenen, www.barobirlik.org.tr/avtr sayfasındaki formu doldurduktan sonra çıkartacağınız taahhünameyi, 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 kurullar **Avukatlık Kanunu, Reklam Yasağı Yönetmeliği ve Meslek Kurallarına** tabiidir. Avukatın mevzuata aykırı edimi halinde ilgili kurullar uygulanacaktır.



40. yıl

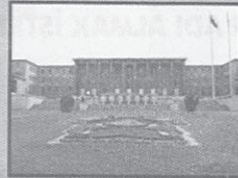
TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

YÖNETİM KURULU ÇALIŞMA RAPORU

23-24 Mayıs 2009

30. Olağan Genel Kurulu

ANKARA



**TÜRKİYE
BAROLAR BİRLİĞİ
DERGİSİ**
ISSN: 1304-2408

YIL: 22

SAYI: 82

MAYIS-HAZİRAN 2009

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
Oğuzlar Mahallesi
Barış Manço Caddesi, 1366. Sokak No: 3
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: (312) 286 55 65
web:www.barobirlik.org.tr
yayin@barobirlik.org.tr

ABONE KOŞULLARI

Yıllık Abone Bedeli: 60 YTL.
Abonelik: ABONET, Tel: (0212) 222 72 06 Faks: 222 27 10
www.abonet.net
Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

Basım Yeri
Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara
www.senmatbaa.com

Basım Tarihi
30.05.2009

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 Yağan

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 Yağan

Av. Özcan Çine

Av. Serkan Ağar

Av. Olcay Küçükpehlivan

Av. Sezercan Bektaş

Av. Alper Can Aykaç

Av. İlker Hasan Duman

Danışma Kurulu

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu (Çankaya Ü. Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Haluk Günuğur (Türkiye-AB Derneği Başkanı 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

1. 1988 yılından bu yana çıkmakta olan dergimiz, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır. Eylül 2002'den itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımına devam etmektedir.
2. Dergiye gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. Yazıların uzunluğu dergi formatında 30 sayfa (ya da 12.000 sözcüğü) geçmemelidir. "Word for Windows" formatında yazılmış olarak, CD ile birlikte A4 boyutunda bir nüsha bilgisayar çıktısı ya da e-posta ile "yayin@barobirlik.org.tr" adresine gönderilmelidir.
Hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar üst yazı ile belirtilmelidir.
Bilgisayar çıktılarında 2 satır aralığı kullanılmalıdır.
Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnot ve kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak ("") içine alınmalı, sadece eser adı *İTALİK* verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Yazar Adı, "Makale Adı", *Eser Adı*, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. XX.
Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. 1, S. 1, s. 35.
Yazılarda, Times New Roman karakteri; ana bölümlerde 12 punto; dipnot, özet, kaynakça, tablo gibi bölümlerde 10 punto harf kullanılmalıdır.
4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini göndermelidirler.
5. 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 bildirilecektir.
6. Yazarı tarafından "Hakemli Yazılar" bölümünde yayımlanması istenilmeyen yazılar, Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilecektir.
7. Gönderilen yazıların yayımlanması kabul edildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına TBB sahip olacaktır.
8. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak, durum yazara bildirilecektir. Yazarın, Yayın Kurulu'nun yayımlamama kararına ve hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
9. Yazardan düzeltme istenilmesi halinde, düzeltmenin en geç bir ay içinde yapılarak yazının Yayın Kurulu'na ulaştırılması gereklidir.
10. Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği 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.
11. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçe'dir.
12. TBB Dergisi'nde, bilimsel yazı ve makaleler yanında kitap tanıtma yazılarına, Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi kararları kritiklerine ve güncel olayları irdeleyen notlara da yer verilmektedir. Bu yazılar Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile Dergi'de yer alabilecektir.
13. 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	25	Başkandan
Ahmet Caner YENİDÜNYA Mehmet Emin ALŞAHİN	29	Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m. 79)
Ecehan Aras YEŞİLOVA Bilgehan YEŞİLOVA	78	Çek Hukukuyla İlgili İki Yeni Düzenleme 5838 Sayılı Kanun'un 18 ve 32/XIX. Maddelerinin Getirdikleri
Güneş OKUYUCU ERGÜN	139	Görevi Kötüye Kullanma Suçu
Ahu KARAKURT	170	Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi
Önder TOZMAN	201	İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme
M. Yasin ASLAN	235	"Yüce Divan" Olarak Anayasa Mahkemesi
Soner H. ÇETİN	247	Ceza Muhakemesi Kanunda Uzlaşma (CMK m. 253, 254, 255)
Hüseyin BİLGİN Barış ÇELİK	281	5728 Sayılı Kanun ile Birlikte İdari Yargının Görev Alanındaki Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme
Vehbi Kadri KAMER Duygu ALTUN	324	Denetimli Serbestlik Hizmetlerinde Sivil Toplum Desteği
Hasan DURSUN	338	Serbest Piyasa Düzeni = Kriz, Çöküntü ve Felaket (Arjantin Örneği ve Çıkartılacak Dersler)
Zeynep Burcu AKBABA	377	Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-II
Yargıtay Kararları	395	
Disiplin Kurulu Kararları	424	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları	447	Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH / Avusturya Davası Çev.: Serkan Cengiz
	467	Ramazan Yıldırım / Türkiye Davası Çev.: Özlem Yılmaz
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	473	
Kitaplar - Dergiler	493	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Ceza Muhakemesinde Bekletici Sorun Kararının Dava Zamanaşımının Durmasına Etkisi
Yrd. Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR / Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

Mektupla Oy: Demokrasi İçin Bir Umut mu Yoksa Tehdit mi?
Yrd. Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN

Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi
Doç. Dr. M. Bedri ERYILMAZ, Ayhan BOZLAK

Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi/
Gemilerin Haczi ve Paraya Çevrilmesi/
Mülkiyeti Muhafaza Sözleşmesine Konu Malların Haczi
Av. Murat DÖNMEZ

Hukuksal Perspektifleriyle Osmanlıda Kapitülasyonlar
Mahmut GÖKPINAR

Maddî Açıdan İdari İşlemler
Av. Ahmet Emrah AKYAZAN

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde
Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı
M. Serhat KAŞIKARA

Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi
Hüseyin TURAN

Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği
İzzet BAŞARA

3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. Maddesinde Düzenlenen
Açıklama ve Yayımlama Yasağı Suçu
Mehmet TAŞTAN

Bilişim Hukuku Uluslararası Uyuşmazlıklar
Av. Cankat TAŞKIN

Yoksulluk Ekseninde Engellilerin Eğitimi
Av. Arzu BESİRİ

Post-Komünist Devletlerdeki Anayasa Yapım Yöntemleri
Kamile TÜRKOĞLU

Suç Korkusu ve Etkisinin Nötrleştirilmesi
Doç Dr. Mustafa Tören Yücel

Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar
Şafak PARLAK

editör'den

Türkiye Barolar Birliği'nin 1984 Genel Kurulu'na Manisa delegesi olarak katıldım ve yönetim kurulu üyeliğine seçildim. O günden bu yana Türkiye Barolar Birliği ile ilgili bütün gelişmeleri yaşadım.

Hizmet binasının açılış günü olan Nisan ayının on yedinci gününün, Türkiye Barolar Birliği tarihi açısından bir başlangıç olduğuna inanıyorum. Bunu yandaki mektubu ile doksan yaşındaki ağabeyimiz Av. Talat Tuğ yazdığı mektupta içtenlikle vurgulamaktadır: *"Yaşımın (90) doğal sayılabilecek olumsuz etkileri nedeniyle törene katılamayacağım için üzgünüm. Türkiye Barolar Birliği'ne böyle bir çalışma binası kazandırdığımız için sizi ve yönetiminizi candan kutlarım. Sizin hukukun sütünlüğünü, yargının bağımsızlığını özümsemiş olarak, Cumhuriyeti, laikliği savunmanızı takdirle izlidikçe yaşlı yüreğim mutlulukla doluyor.*

Bu binanın, sizi örnek alan, sizi izleyen meslektaşlarımızın çalıştığı yer ve hukukun simgesi olmasını diliyorum."

Görkemli, işlevsel bir hizmet binasının avukatlarının görüntüsüne, konumuna, saygınlığına büyük katkılarda bulunacağına toplumsal, sanatsal işlevleri ile de avukatların eğitim ve sanatsal zevklerini geliştirip yaygınlaştıracığına inanıyorum.

Bu ayın 23 ve 24. günleri, Ankara'da yeni binamızın görkemli salonunda yapılacak genel kurulla, yeni bir aşamaya geçileceğine inanıyorum. Önemli olan bu yeni aşamaya geçişte patinaj yapmamak, aynı konuları yeni baştan öğrenmekle zaman kaybetmemektir.

Geçtiğimiz yıllardaki olanaksızlıklardan bugün kendi görkemli binasının salonlarında genel kurul toplayan bir konuma yükselmemiz vardığımız gelişmenin boyutlarını ifade etmeye yetiyordur, sanıyorum. Bu atılım sadece Türkiye Barolar Birliği'nde yaşanmamıştır. Bugün pek baromuz yeni binalara, eğitim merkezlerine kavuşmuştur. Önümüzdeki yıllarda bu anlamlı büyümenin devam edeceğine de inanıyorum.

Bu kıyaslama bugün artık Türkiye Barolar Birliği'nin alt yapısının bittiği anlamına gelmektedir. Bana göre bundan sonra, kamuoyunda gittikçe artan güç ve saygınlığı ile kurumsallaşmasını da tamamlayarak baskı unsuru olma özelliğini ön plana çıkarması olacaktır.

Bazı meslektaşlarımız, doksan yaşındaki üstadımızın aksine, yapılanların avukatlara yansımaları gereksiz yere tartışmaya açmaya çalışmaktadırlar.

Yapılan her şey, yayımlanan her kitap, dergi, her eylem, konferans, panel, sempozyum, eğitim programı avukatlara güç katmakta ve saygınlık kazandırmaktadır. Mekanlarımızın ve yaptıklarımızın kalitesi arttıkça ziyarete gelen yabancılar, bürokratlar, devlet ve siyaset adamları, bilim adamları için avukatlar ve avukatlık değişik bir anlam ve boyut kazanmaktadır. Bu farklılaşan bakış giderek en ücra yurt köşesinde avukatlık yapan arkadaşımızın da saygınlığına katkıda bulunacaktır. Bu kaçınılmaz bir etkileşim olup yadsınması olanaksızdır.

Saygılarımla.

Teoman Ergül



TBB hizmet binası

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ HİZMET BİNASI TÖRENLE HİZMETE AÇILDI

2007 Nisan tarihinde yapımına başlanan “Türkiye Barolar Birliği Hizmet Binası” 17 Nisan 2009 günü yapılan törenle hizmete açıldı.

Programa göre saygı duruşu ve İstiklal Marşı’ndan sonra arsanın alımından anlayış ve kolaylıklar gösteren eski Maliye Bakanı Sümer Oral ile binanın temel atma töreninde ilk harcı koyan Türkiye Barolar Birliği önceki başkanları kurdeleyi keserek binayı resmen hizmete açtılar.

Kongre Merkezi’nde Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Özdemir Özok hizmet binasının yapım öyküsünü anlattı.

Törende yüksek yargı başkan ve üyeleri ile baro başkanları, baro delegeleri ve çok sayıda hukukçu bulundu.

Mini konserden sonra tören yeni binamızın salonlarında düzenlenen kokteyl ile son buldu.

Binanın Türk hukukçularına hayırlı ve uğurlu olmasını dileriz.

615 AVUKATA HİZMET PLAKETİ VERİLDİ

Yeni hizmet binasında 18 Nisan günü düzenlenen törenle 40 ve 50 hizmet yılını doldurmuş avukatlara hizmet plaketleri verildi.

Bu yıl yeni binamızda yapılan törenden önce lokantamızda birlikte yemek yenildi ve törenden sonra akşam bir kokteylle son buldu.

Hizmet plaketi alan değerli meslek ustalarına yaşamlarında başarılar, sağlık ve mutlu günler dileriz.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI 2. ERGENEKON DAVASI İLE İLGİLİ OLARAK YARGIYI UYARDI

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Özdemir Özok, 2. Ergenekon iddianamesinin açıklanmasından sonra yargının “hüküm” kanadını göreve çağırarak bir bildiri yayımladı.

“Türkiye Barolar Birliği, Anayasa hükmü haline getirme mücadelesi vermiş olduğu ‘hukukun üstünlüğü’ ile onun değişik bir anlatımı olarak kabul ettiği ‘hukuk devleti’ ilkelerine gönülden inanmaktadır. Varlık nedeni olan bu ilkelerin doğal sonucu, ‘demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti’ Türkiye Cumhuriyeti’ne sarsılmaz bir inançla bağlıdır.

Avukatlarımız, her gün, hukukun doğal sonucu ‘adil yargılanma hakkı’nın gerçekleştirilmesi için yüzlerce duruşma salonunda, binlerce dava sırasında mücadele vermektedirler.

Her dava için ısrarla savunduğumuz aşağıdaki ilkeleri, son günlerde kamuoyunda tartışılan ve gözümüz gibi sakınmak zorunda olduğumuz yargıya zarar verebilecek boyutlara ulaşabileceğini üzülmek ve endişe içinde izlediğimiz uygulamalar karşısında, bir kere daha kamuoyu ile paylaşmak gereğini duymuş bulunmaktayım.

Mahkemeler, delillerin hukuka uygun yöntemlerle toplanmasını özenle ve istisna tanımadan denetlemelidirler. Bu bağlamda ellerindeki yetkilere dayanarak verecekleri

kararlar ile kolluk güçlerini ve savcılık makamını cesaretle yönlendirmelidirler.

İddianamelerde iddia konusu suç ve kişiler dışında olaylara ve suç konusu olay ve kişilerle ilişkisi olmayan belgelere yer verilmemesini sağlamalıdır.

İddianamelerde yasaya ve hukuka uygun olarak olaylar ve deliller, şüpheli ve sanıklarla tek tek ilişkilendirilmelidir. Toptancı ithamlar ile gereksiz ve tartışmaya açık konulardaki değerlendirmelerin, davalar ile korunduğu iddia edilen değerlere zarar verilebileceği gözden uzak tutulmalıdır.

Makul sürede yargılanma hakkına ilk celseden itibaren özen gösterilmelidir.

Tutukluluk bir önlemdir. Her şüpheli ve her sanığın talepleri ve durumları, tek tek ve iddia olunan her suç dolayısıyla ayrı ayrı, gerekçeli olarak titizlikle değerlendirilmelidir. Bu konuda verilecek kararlar kamuoyunu tatmin etmelidir.

Tutuklama kararı verilmiş sanık ve şüphelinin varlığı halinde, soruşturma evresinin, kısa sürede dava açılması ile sonlandırılmasına özen gösterilmesi sağlanmalıdır. Mahkemeler bu konuda uzayan tutukluluk süresinde önlemler alarak savcılık makamını yönlendirme güç ve yetkisine sahip bulunmaktadırlar. Bu yolla tutuklamaların yargısız infaz haline dönüşmesine engel olunmalıdır.

Kovuşturma evresinde, tutuklama kararı varsa ilk duruşma gününün tayininden itibaren aynı titizlik, bizatihi mahkemeler tarafından gösterilmelidir.

Ceza soruşturma ve kovuşturmasının, toplumda baskı ve yılgınlık vasıtası olarak kullanılmasına yargı makamı mutlaka engel

olmalıdır. Mahkemelerimiz bu tür emellere âlet olmamalıdır. Davaların yılgınlık yaratabilecek biçimde algılanmamasına özen gösterilmesini sağlamalıdır. Toplumun tümünde yargıya güvenin temel koşulu bu konuda gösterilecek tarafsızlık ve bağımsızlığa bağlı bulunmaktadır. Yargının saygınlığı ancak bu yoldaki kararlı tutum sonucunda pekiştirilebilecektir.

Gizli tanıklık gibi savunma hakkını ihlal ve bertaraf edebilecek uygulamalara zorunlu hallerde ve istisnaen başvurulmalıdır. Bu gibi durumlarda, hüküm, hiçbir şekilde savunma hakkı kısıtlanarak elde edilen delillere dayandırılmamalıdır. Kamuoyunun bu yönde düşünmesine, yılgınlığa sevk edilmesine mahkemelerimiz izin vermemelidirler.

Basın ve yayın organları ile özel ve resmi kişiler, tek kelime ile herkes, kesin hükümlerle mahkûmiyet kararı verilinceye kadar sanığın masum sayılacağı ilkesine uymalıdır.

Bütün topluma, sanıklar hakkında adil yargılama yapıldığı konusunda hiçbir tereddüde yer verilmeyecek şekilde güven verilmelidir. Haklarımız ve beden bütünlüğümüz konusunda mahkemelerden başka sığınacak bir yerimiz yoktur; mahkemeler hepimizindir, mahkemeler de hepimizin olduğu duygusunu bizlere tartışmasız olarak vermelidirler.

Evrensel hukuk kuralları olarak uzun mücadelelerden sonra kabul edilmiş 'adil yargılanma' ilkesinin sayın hâkimlerimiz ve mahkemelerimiz tarafından özenle uygulandığını öngörmekle birlikte, bu ilkeleri bir kere daha yinelemekte yarar bulunmuştur.

Kamuoyuna saygı ile duyurulur."

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YÖNETİM KURULU 5 NİSAN AVUKATLAR GÜNÜ NEDENİ İLE BİR BASIN AÇIKLAMASI YAPTI

"Tüm uyarı ve eleştirilerimize karşın bu yıl yine yargı sorunlarının çözülmediği aksine giderek daha da yoğunlaştığı bir 'Avukatlar Günü'nü yaşamaktayız.

Bu bağlamda "Yargı bağımsızlığı tartışılıyor", "Yargıya güveni sarsan söylemler giderek yaygınlaşıyor", "Yurttaşlar güvence- li bir yargı korumasını hissetmekten uzaklaşıyor", "Yargıçlar giderek kendilerini 657 sayılı memur statüsünde hissediyor". Bütün bu değerlendirmeler ve gözlemler, yargı- lama güvencesi konusunda ciddi endişelerin yaygınlaşmasına neden oluyor. Bu tablo do- layısıyla yetkililerin ısrarlı bir biçimde yinele- dikleri "hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü" söylemleri, yıllar önce Montesquieu'nun "her şeyin sonunda adil bir mahkemenin bulunabileceği inancı toplumda en büyük güven duygusunu sağlar" özdeyişindeki "güven duygusu"nun sarsılmasını engelle- yemiyor. Görkemli bir yapının ana kolonları çekildiğinde yapının tümünden çökmesi gibi, yargılamanın temelini oluşturan kuralların uygulanmaması ya da hafife alınması da yargılamayı çökertir ve yozlaştırır. Bir başka anlatımla; usul esasa girişin kapısıdır, yanlış kapılardan yanlış odalara girilir. Ülkemiz yar- gısı maalesef bu yanlışları yaşamaktadır.

Oysa kurulduğu 1969 yılından bu yana, "hukuk devleti" başta olmak üzere, "huku- kun üstünlüğü", "insan hakları" ve "yargı bağımsızlığı" yolunda ödünsüz yürüyüşünü sürdüren Türkiye Barolar Birliği ve baroları- mız, "eksiksiz demokrasi" ve "adil yargılan- ma" yanında, "tüm özgürlüklerin engelsiz bir biçimde kullanılması" nı amaçlamaktadırlar.

Bu amacın, çoğunluğun azınlığın hak- larını gözettiği, katılımçılık ve çoğulculu- ğun özümsemiği, çağdaş ve "eksiksiz bir demokrasi"de gerçekleşeceğine inanmak- tayız.

Türkiye Barolar Birliği, Anayasa hükmü haline getirme mücadelesi vermiş olduğu "hukukun üstünlüğü" ile onun değişik bir anlatımı olarak kabul ettiği "hukuk devleti" ilkelerine gönülden inanmaktadır. Varlık nedeni olan bu ilkelerin doğal sonucu, "de- mokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti" Tür- kiye Cumhuriyeti'ne sarsılmaz bir inançla bağlıdır.

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu olarak dördüncü yılını doldurmakta olan gö- rev dönemimiz içinde yargı bağımsızlığına, gerçek hukuk devletine ve eksiksiz demok- rasiye inancımız doğrultusunda çabalarımı- zı sürdürürken yargı bağımsızlığının temel koşulu olarak gördüğümüz bağımsız savun- manın kurumsallaşabilmesi için de elimizden gelen gayreti göstermekteyiz.

Ancak ülkemizin güncel sorunları dikka- te alındığında, bağımsız yargı, gerçek hukuk devleti ve eksiksiz demokrasiyi oluşturma yolundaki sorunlarımızın daha da ağırlaştı- ğını belirtmekten üzgünüz. Demokrasimizin eksiklerini gideremediğimiz, gerçek hukuk devletini oluşturamadığımız için mesleki anlamda yaşadığımız sorunları pek yadırg- amıyoruz. Demokrasimiz geliştikçe, "adil yargılanma hakkı" ve bu hakkın ayrılmazı olan "savunma hakkı" bilinci de gelişecektir.

Avukatlık Kanunu'nda yasa maddesi ile belirlenen; baroların protokoldeki yeri, avu- kat kimliğinin resmi belge niteliğinde olması gibi düzenlemelerin fiilen uygulanamama- sından Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça belirtilen avukatın vekaletname ibraz

etmeden dosyayı inceleyebilme hakkının yönetmelikle geri alınmasına kadar bir çok konuda avukatın hak ve yetkileri tanınmamakta ve ne yazık ki yargı kararları da buna destek olmaktadır.

Hala yargılamayı tamamlayan bir unsur değil de karıştıran bir yük olarak görülüyor,

İstenildiği kadar uluslararası ve ulusal düzenlemeler ceza yargılamasında "silahların eşitliği" asıl kuraldır desin, bu yoldaki isteklerimiz hala fantezi olarak niteleniyor,

Kamu avukatlarının kamu personelinin en mağdurları arasındaki yerlerinde unutulmuşlukları sürüyor,

Ceza Muhakemeleri Kanunu kapsamında müdafii ve vekil olarak görevlendirilen meslektaşlarımızın 70.000.000,00 TL yi bulan ücret alacakları iki yıldır ödenmiyor.

Bütün bunlara sayıları elliye yaklaşmakta olan hukuk fakültelerinin her yıl verdiği binlerce mezunun sadece stajını tamamlayarak mesleğimizi icraya başladığını eklersek nasıl bir niceliksel baskı altında olduğumuzu ve bunun da çok önemli nitelik kayıplarına yol açtığını görürüz.

Oysa güçlü savunma, güçlü yargı demektir.

Bağımsız savunma, bağımsız yargı demektir.

Son günlerde toplumsal ilginin yoğunlaştığı bazı soruşturma ve

yargılamalar bağımsız yargı ve bağımsız savunmanın önemini bir kez daha ortaya koymuştur. Her dava için yıllardır ısrarla savunduğumuz; "adil yargılanma", "masumiyet karinesi", "lekelenmeme hakkı" "delillerin şahsiliği", "tutuklamanın istisna olduğu" gibi ilkeleri, son günlerde kamuoyunda tartışı-

lan ve yargıya zarar verebilecek boyutlara ulaşabileceğini üzümlere ve endişe içinde izlediğimiz uygulamalar karşısında, bir kere daha hatırlatmayı zorunlu görüyoruz.

29 Mart yerel seçimleri katılım oranı ve sonuçları ile ulusumuzun cumhuriyet ve demokrasiye bağlılığını, temel tercihinin de demokrasinin geliştirilmesi olduğunu göstermiştir. Şimdi hepimize düşen bu doğrultuda kurumsal eksikleri gidermektir.

Kamuoyuna saygı ile duyurulur."

BAŞBAKAN RECEP TAYYİP ERDOĞAN AVUKATLAR GÜNÜNÜ BİR MESAJLA KUTLADI

Anadolu Ajansı'nın vermiş olduğu habere göre, Başbakan Recep Tayyip Erdoğan, hükümet olarak, yargı sistemin sorunlarını çözmeye, ihtiyaçlarını gidermeye ve avukatların da görevlerini e iyi şekilde yapabilmelerine imkan sağlayacak iyileştirme çalışmalarına devam edeceklerini bildirdi.

ADALET BAKANI MEHMET ALİ ŞAHİN'İN 5 NİSAN AVUKATLAR GÜNÜ MESAJI

Adalet Bakanı Mehmet Ali Şahin 5 Nisan Avukatlar Günü dolayısıyla aşağıdaki mesajı yayınlamıştı.

"Savunma mesleği olan avukatlık, tarih boyunca, adaletin tecellisinde yerine getirdiği işlevle her zaman önemini korumuş ve sürekli olarak gündemde kalmıştır. Tarih bir anlamda haklı ile haksız olanın mücadelesine sahne olurken, avukatlar ya da diğer bir ifadeyle savunular haklının ve mazlumun yanında olmuşlardır. Bu bakımdan tarihin altın sayfaları, adaleti ve haklıyı savunmanın örnekleriyle doludur.

Avukatlık mesleği, büyük fedakarlıklarla icra ediliyor. Geleceğin adalet sistemini hep beraber kuracağımıza inanıyorum. Savunma makamının olmadığı bir adaletin, tam olarak tecellisi imkansızdır. O halde savunma makamının hak ettiği saygınlığa kavuşması, toplum ve yargı mekanizmaları nezdindeki itibarının artırılması yönünde daha fazla çalışılması gerektiğini ifade etmek isterim. Biz Bakanlık olarak üzerimize düşen görevleri sonuna kadar yapacağız. Ancak bu sorunların çözümü konusunda avukatlardan, sivil toplum örgütlerinden ve meslek birliklerinden gelen yardım, teşvik ve desteğin daha da artması gerektiğini özellikle vurgulamak isterim. Birçok avukatın, yeni şartlar, yeni sistem ve yeni teknoloji konusunda sorunlar yaşadığı gerçeğini biliyorum. Bu gerçek, maalesef ülkemizin her alanda karşımıza çıkan gerçeğidir.

Biliyorum ki, büyük fedakarlıklarla işlerinizi yapıyorsunuz. Sosyal ve ekonomik şartlar mesleğinizi dönemsel zorlukların içine itebiliyor. Ancak savunma hakkının kutsallığını unutmamanızı, savunma hakkının insan haklarından ayrılamayacağını hatırlatmak isterim. Ülkemizin daha gelişmiş bir demokrasiye ulaşmasının yolu, toplumda hukuka ve adalete duyulan güvenin en üst derecede olmasına bağlıdır. Bunu sağlayacak olan en önemli meslek gruplarından birisi de avukatlık mesleğidir.

Bu vesile ile Türkiye'nin dört bir yanındaki avukatlarımızın, Türkiye Barolar Birliği başkan ve yönetiminin, Baro başkanlarımızın, Baro yöneticilerimizin Avukatlar Gününü kutlar; daha güzel şartlarda mesleklerini ifa edeceklerine olan inancımı bir kez daha vurgulamak isterim. Avukatlar Gününüz kutlu olsun!"

KANADOĞLU: "BİR ŞEHİRDE 25 HAKİM VE SAVCI İÇİN DİNLENME KARARI ALINDI"

İzmir Barosu tarafından düzenlenen "Yargı Bağımsızlığı" konulu panele katılan Yargıtay Onursal Başsavcısı Sabih Kanadoğlu, "Bir büyük şehirde 25 hakim ve savcının, müfettişler tarafından dinlenmesi için karar alınmıştır. Eğer 25 hakim ve savcı dinleniyorsa, teknik takibe uğruyorsa, o ülkede yargı bağımsızlığından bahsetmek hayaldir. Böyle bir ülkede yaşamak arzusunu göstermeyiz" dedi.

İzmir Bayraklı'daki Adliye Binası'nda düzenlenen "Yargı Bağımsızlığı" konulu panelde saygı duruşunun ardından söz alan Kanadoğlu, şunları söyledi: "Yargı bağımsızlığı konusundaki asıl sorunun telekulak olayı olduğuna dikkat çeken Kanadoğlu, bu olayın 70 milyon insan üzerinde bir korku yarattığını ve bu durumun giderek bir salgın hastalık halinde herkesi iktidarı eleştirmeye, konuşmama yönelttiğini ifade etti. Dinlenme korkusunun halkı sindirmeye yönelik bir yaklaşım olduğunu kaydeden Kanadoğlu, "Acaba ben de dinleniyor muyum korkusu olursa o ülkede ne temel hak ve özgürlükler ne de çağdaş demokrasi olur.

O ülkenin yürütmesi başındaki kişi de bundan şikayetçi olabiliyorsa, duruşmaları yürüten Ağır Ceza Mahkemesi Başkanları da bunu diyorsa, siz herhalde bir demokratik ülkede yaşadığınızı iddia edemezsiniz" dedi. Kanadoğlu, "Bir büyük şehirde 25 hakim ve savcının, müfettişler tarafından dinlenmesi için karar alınmıştır. Eğer 25 hakim ve savcı dinleniyorsa, teknik takibe uğruyorsa, o ülkede yargı bağımsızlığından bahsetmek hayaldir. Böyle bir ülkede yaşamak arzusunu göstermeyiz." dedi.

TBB ULUSLARARASI İLİŞKİLER BİRİMİ MART-NİSAN 2009 DÖNEMİ ÇALIŞMALARI

Haz.: Av. Filiz Conway

Hukuk Eğitimi Yoluyla Barolar Arasındaki Sivil Diyalogun Geliştirilmesi Projesi Dönem Faaliyetleri

28 Şubat 2009

Türkiye Barolar Birliği, Avrupa Barolar Konseyi (CCBE), İngiltere ve Galler Barosu, İtalya Barosu, Fransa Barosu'nun ana ortak, İspanya, Polonya ve Avusturya Baroları'nın iştirakçi ortak olarak yer aldığı "*Hukuk Eğitimi Yoluyla Barolar Arasındaki Sivil Diyalogun Geliştirilmesi Projesi*" kapsamında ilk bölgesel seminer çalışması Şanlıurfa'da 38 avukatın katılımı ile tamamlanmıştır. Söz konusu seminerde İspanya Barosu'ndan bir yabancı uzman ile iki Türk uzman konuşmacı olarak yer almış olup "*Türkiye, İspanya, Fransa ve İngiltere'de Mesleğe, Lisans Eğitimine, Mesleğe Kabul ile Meslek İçi Eğitime Genel Bir Bakış ve Değerlendirme*" yapılmıştır.

28 Mart 2009

Aynı proje kapsamında ikinci bölgesel seminer çalışması 28 Mart 2009 tarihinde Ankara'da tamamlanmıştır. Bu seminere Polonya Barosu'ndan bir yabancı uzman ile yine iki Türk uzman katılımı sağlanmıştır. Seminerde "*Türkiye, Polonya, Fransa ve İngiltere'de Mesleğe, Lisans Eğitimine, Mesleğe Kabul ile Meslek İçi Eğitime Genel Bir Bakış ve Değerlendirme*" yapılmıştır.

3 Nisan 2009

Tüm ana ve iştirakçi proje ortaklarından temsilcilerin katılmaları ile 3 Nisan 2009 tarihinde Türkiye Barolar Birliği'nin Balgat binasında Proje Yürütme Kurulu Toplantısı gerçekleştirilmiştir. Toplantıda projenin o zamana kadar tamamlanmış olan ve ilerleyen dönemde yapılması planlanan çalışmalarına yönelik bilgi alışverişinde bulunulmuştur.

Adalette Daha İyi Erişim Projesi Dönem Faaliyetleri

7-8 Mart 2009

Türkiye Barolar Birliği, Adalet Bakanlığı ve Ankara Barosunun ortak olarak yer aldığı “Adalette Daha İyi Erişim İçin Teknik Destek Projesi” nin Adli Yardım başlığı altındaki faaliyetleri içerisinde yer alan bölgesel eğitim çalışması 7-8 Mart 2009 tarihlerinde Manisa’da gerçekleştirilmiştir. Manisa ve çevre illerden avukatların katıldığı eğitimde “Bir Sosyal Politika Olarak Adli Yardım”, “Adli Yardım ve CMK Uygulamasına Yönelik Teorik Bilgiler”, “Sosyal Hizmetler Mevzuatına Yönelik Genel Bilgi ve Adli Yardım Mekanizmasındaki Yeri” ve “İletişim Teknikleri ve Farkındalık Eğitimi” gibi başlıklarda sunumlar yapılmıştır.

13-14-15 Mart 2009

“Adalette Daha İyi Erişim İçin Teknik Destek” projesinin Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları başlığı altındaki çalışmalar içerisinde 13 Mart 2009 tarihinde Birliğimizin Balgat binasında uluslararası katılımlı bir toplantı gerçekleştirilmiştir. Bu toplantıyı takip eden 14-15 Mart 2009 tarihlerinde de yine aynı başlık altında Ankara Barosu avukatlarına yönelik bir “Arabuluculuk Sertifika Eğitimi” verilmiştir.

16 Mart 2009

Aynı projenin son Proje Yönetim Kurulu Toplantısı 16 Mart 2009 tarihinde Adalet Bakanlığı Ek Binasında gerçekleştirilmiş olup projenin geçmiş aşamaları ve son dönem çalışmalarına yönelik tüm ortaklara bilgi verilmiştir.

20 Mart 2009

Projenin “Adli Yardım” başlığı altındaki yapılması öngörülen çalışmaları içerisinde yer alan TV Programı yurt çapında yayın yapmakta olan bir TV kanalında gerçekleştirilmiştir. “Adli Yardımın ve Baroların Bu Hizmetteki Yerinin” anlatıldığı söz konusu programa TBB Genel Sekreterliği düzeyinde katılım sağlanmıştır.

20-21 Mart 2009

Yine projenin Adli Yardım bileşeni kapsamında gerçekleştirilen bölgesel eğitimlerin sonuncusu 20-21 Mart 2009 tarihlerinde Ankara'da tamamlanmıştır. Toplamda 46 avukatın katıldığı eğitimde yine "Adli Yardım Kavramı, CMK ve Adli Yardıma Yönelik Teorik Bilgilendirme, Sosyal Hizmetlerin Yeri ve İletişim Teknikleri ve Farkındalık" gibi başlıklarda sunumlar yapılmıştır.

6 Nisan 2009

Yaklaşık 19 aylık bir dönem içerisinde farklı başlıklar altında çalışmaları yürütülen proje, 6 Nisan 2009 tarihi ile tamamlanmış olup Adalet, Özgürlük ve Güvenlik başlığı altında farklı Bakanlıkların projelerinin de bulunduğu değerlendirme kapsamında en olumlu değerlendirmeyi alan projeler içerisinde yer almıştır.

İngiliz-Türk Avukatlar Birliği, TBB / İngiltere Büyükelçiliği Toplantısı

İngiliz-Türk Avukatlar Birliği, İngiltere Büyükelçiliği Ticaret ve Yatırım Ataşeliği işbirliği ve TBB katkıları ile hazırlanan Alternatif Uyuşmazlık Çözümü başlıklı toplantı 18 Mart 2009 tarihinde Ankara'da gerçekleştirilmiş olup yoğun katılımlı toplantının açılışında Birliğimiz Genel Sekreterince bir konuşma yapılmıştır. Yabancı konuşmacıların da katkıları ile Türk ve yabancı hukukçular için "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları" konusunu detaylı bir şekilde tartışma fırsatı yaratılmıştır.

TAIEX - Hukukun Üstünlüğü Semineri Dönem Faaliyetleri

Birliğimiz, Avrupa Komisyonu Genişlemeden Sorumlu Genel Müdürlüğü ve Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) ortaklığında 4-5 Haziran 2009 tarihlerinde Ankara'da gerçekleştirilmesi planlanan "Hukukun Üstünlüğü: Adli Makamlar (Hakimler ve Savcılar) ile Avukatlar İçin Önem ve Anlamı" başlıklı TAIEX Semineri için hazırlıklar sürdürülmektedir.

AVRUPA BİRLİĞİ'NDEN HABERLER

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

ŞUBAT 2009

AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ DÖNEM BAŞKANLIĞI

Ocak 2009 ila Haziran 2009 tarihleri arasında AB Dönem Başkanlığını yürütecek olan Çek Cumhuriyeti Başkanlık kadrosu aşağıdaki gibidir:

Başbakan: Mirek TopolaneK
Başbakan Yardımcısı ve Savunma Bakanı: Vlasta Parkanova
Başbakan Yardımcısı ve Çevre Bakanı: Martin Bursik
Başbakan Yardımcısı ve Avrupa İşleri Bakanı
İç İşleri Bakanı: Ivan Langerm
Dış İşleri Bakanı: Karel Schwarzenberg
Adalet Bakanı: Jiri Pospisilşmalarını sürdürmektedir. 2009
Maliye Bakanı: Miroslav

• ADR

Mali hizmetler konusunda; Alternatif İhtilaf Çözümü (Alternative Dispute Resolution) yönteminin uygulanması mercek altına alınmıştır. AB Komisyonu finansal hizmetlerle ilgili olarak ihtilaf- ların ADR yolu ile giderilmesi sisteminin iyileştirilmesi ve talep sahiplerinin AB genelinde haklarını takip ve tahsil edebilmelerinin sağlanması için çalışmalar başlatılmıştır. Coğrafi ve sektörel farklılıklar nedeniyle halihazırda ne tüketiciler ne de hizmet sunucuları sınır ötesi ihtilaflarda ADR yoluna gidememektedir. Yenilenmesi ve iyileştirilmesi düşünülen diğer bir sistem ise, tüketicilerin yabancı bir mali hizmet sunucusu ile ilgili olarak mahkeme dışında şikayetlerini iletebileceği FIN-NET sistemidir.

• İSKOÇYA'DA AVUKATLIK HİZMETLERİ

İskoçya Barolar Birliği, avukatlık hizmetlerinin iyileştirilmesi ve standart sağlanması amacıyla 2008 yılında, avukatların tabi bulunduğu kurallarda değişiklikler gerçekleştirmiştir. Bu değişikliklerin 1 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmesi ile serbest meslek kuralları standart hale getirilmiştir.

Bununla beraber, İskoç Hükümeti avukatlık mesleği ile ilgili olarak bir öneriyi avukatların onayı ve incelemesine sunmuştur. Alternatif iş yapılanması olarak adlandırılacak bu sistem avukatların hem avukatlık hizmetleri hem de diğer hizmetlerin verildiği bürolarda hizmet sunmalarına olanak sağlamaya yönelik bulunmaktadır. Sistem, sağlıklı ve güvenilir bir hukuki alt yapı olması koşulu ile avukatlar tarafından destek görmektedir. Baro konuya ilişkin görüşlerini 17 Nisan 2009 tarihine kadar bildirecektir. Diğer taraftan, İskoçya Baro Başkanlığı görevine bayan Lorna Jack getirilmiştir.

• CEZA HUKUKU

2008 yılının son günlerinde, sınır ötesi adli cezanın temel enstrümanlarından birisi olan, Avrupa Delil Müzekkeresi (EEW) kabul edilmiştir. Söz konusu belge, geleneksel adli müzaheret sistemi üzerine inşa edilmiş bulunmaktadır. Bu müzekkere, verildiği ülke dışındaki yabancı ülke adli makamlarınca icra edilerek ceza muhakemesinde gereksinim duyulan delillerin elde edilmesine olanak sağlayacaktır. Sistem, mevcut sistemlerden daha hızlı işleyecek ve delillerin toplanmasına daha iyi hizmet edecektir.

• İŞ HUKUKU

Çalışma Saatlerini Düzenleyen Direktif'te yapılması planlanan değişiklikler hala netliğe kavuşmamıştır. Parlamentonun haftada 48 saat çalışma uygulamasında ısrar ettiği bilinmektedir. Direktifle ilgili değişiklik önerileri konusunda üye devletlerin Şubat sonuna kadar bir strateji belirleyerek Mart ayında Parlamento'da müzakerelere başlamaları beklenmektedir. Mayıs ayı itibariyle bir uzlaşma olmadığı takdirde öneri geri çekilecektir.

• HİZMETLERİN SINIR ÖTESİ TEMİNİ

Geçen ay İngiliz BERR (Department of Business Enterprise and Regulatory Reform)' in ev sahipliği yaptığı seminerde hizmet sağlayıcılar, avukatlar, sanayi temsilcileri ve akademisyenler İngiltere'de ve Avrupa'da ki hizmetler için hangi stratejilerle ilerlemenin en iyi olacağını tartıştılar. Avrupa Komisyonundan görevlilerin de hazır bulunmasından faydalanan delegeler Avrupa'da ve dışında ki ülkelerde hizmetlerde ki yeniliklerin nasıl destekleneceği, iş olanaklarının nasıl maksimize edileceği soruları da dâhil olmak üzere birkaç soruyu ele aldı. Bu bağlamda, BERR iç piyasada ki hizmetlerde olan sınır ve engelleri çözme amacıyla bir strateji geliştirmek üzere çalışmalarını sürdürmektedir. Diğer taraftan, elektronik ağ üzerinden bir Hizmet Politikası Forumu da kurulmuş bulunmakta olup, söz konusu inisiyatif; Hizmet Yönergesinin 2009 sonunda uygulanmaya başlayacağı göz önüne alındığında, çok iyi zamanlamalı bir girişim olmuştur.

• İNGİLTERE VE GALLER: HUKUK YÖNETMELİĞİ'NİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Avukatlık Hizmetlerine ilişkin Yönetmeliğin değerlendirilmesinin bir parçası olarak İngiltere ve Galler Barosu'nca görevlendirilmiş olan Lord Hunt konuyla ilgili olarak avukatların görüşlerine başvurmaktadır. Bu değerlendirme; avukatlık hizmetlerinin, resmi hizmet pazarında ki değişik sektörlerin çok değişik ihtiyaçlarını göz önüne alarak tüketiciler, işletmeler ve avukatlık mesleği için hukuk hizmetlerinin düzenlenmesini sağlamak üzere bir dizi tavsiyeler üretmeyi amaçlamaktadır.

• İSKOÇ HÜKÜMETİNİN ALTERNATİF İŞ YAPILARI İLE İLGİLİ GÖRÜŞ TALEBİ

İskoç Hükümeti; 6 Ocak tarihinde, İskoçya'da avukatlık hizmetlerine ilişkin düzenlemeyle ilgili olarak bir kamu oyu yoklaması başlatmıştır. Söz konusu yoklama, İskoçya'da avukatlık hizmetlerinin sağlanması için önerilen ve yeni bir uygulama getirecek olan alternatif iş yapısına ilişkin görüşleri araştırmayı hedeflemektedir. Bu yapı doğrultusunda; duruşmaya girmeyen bir avukat hukuk ve

diğer hizmetleri sunan bir şirkette görev yapabilecektir.

Toplumun birçok üyesi şimdiden bu yapılanmaya desteklerini göstermişlerdir.

• TÜKETİCİ HUKUKU

Avrupa Parlamentosu 13 Ocak'ta, yanıltıcı ve kıyaslamalı reklamcılık (MCA) ve haksız ticari uygulamalar (UCP) ile ilgili Yönetmeliklerin kabulü, uyarlaması ve uygulaması ile ilgili AB Parlamentosu raporunu kabul etti. Bu raporun yazılış nedeni, bazı AB üyesi ülkelerin konuyla ilgili Direktifleri uygulamada ki başarısızlıkları olmuştur. Parlamento, AB'yi, tüketicilerin hakları ile ilgili bilinçliliklerini arttırmak için büyük çaplı kampanyalar başlatmaya davet etmiştir. Bu bağlamda en belirgin gelişme, her koşulda yasak olması gereken tüketici hareketlerinin "*kara listenin*" oluşturulmasının teklif edilmesi olmuştur. AB Parlamentosu, 12 Haziran 2011'e kadar Avrupa Komisyonunun, haksız ticari faaliyetlere ilişkin Direktif'e ilişkin bir ilerleme raporu ibraz etmesini talep etmiştir.

MART 2009

• AB ÜLKELERİ VE KURULUŞ SERBESTİSİ

AB Komisyonu uzunca bir süredir kendi uyruklarından başka ülke vatandaşlarının noter olarak çalışmasının önlenmesi ile mücadele etmekteydi. Komisyon, tabiyet zorunluluğunun kuruluş serbestisine aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Bu bağlamda, Komisyon Belçika, Almanya, Fransa, Lüksemburg ve Avusturya aleyhine ihlal nedeniyle yasal işlem başlatmıştır. Portekiz ve Hollanda aleyhine henüz ihlal nedeniyle bir yasal işlem başlatılmamıştır. Portekiz konuya ilişkin düzenlemeyi 1997 yılında iç düzenlemesine almakla beraber, milliyet/tabiyet zorunluluğuna ilişkin hükümü tamamen bertaraf edememiştir. Diğer taraftan, Hollanda 2007 tarihinde bir tasarı hazırlamış ancak henüz kanunlaştıramamıştır. Bu nedenlerle, Komisyon 29 Ocak tarihinde Hollanda aleyhine Avrupa Adalet Divanı nezdinde yasal başvuruda bulunmuştur. Diğer taraftan, Portekiz'e de konuya ilişkin gerekçeli görüşünü 19 Şubat

tarihinde bildirmiştir.

• KARA PARANIN AKLANMASININ ÖNLENMESİ

AB üyesi ülkeler 15 Aralık 2007 tarihine kadar Üçüncü Kara Para Aklama Direktifi'ni kendi iç mevzuatlarına adapte etmekle yükümlüydüler. Söz konusu Direktif, OECD-Mali Eylem Gücü tarafından yayımlanan ve Kırk Tavsiye olarak bilinen kuralların ve AB mevzuatının bir araya getirilmesinden oluşmaktadır. AB Komisyonu, Fransa ve Polonya'nın verilen süre içinde düzenlemeyi iç mevzuatlarına almadıkları için her iki ülke aleyhine Avrupa Adalet Divanı nezdinde ihlal davası açmıştır.

• CEZA HUKUKU

Aynı suçtan iki ayrı ülkede yargılanmanın ve yargı yetkisi ihtilaflarının önlenmesi için; Çek Cumhuriyeti, İsveç, Polonya, Slovenya ve Slovakya önderliğinde hazırlanan Çerçeve Karar teklifi 20 Ocak tarihinde yayımlanmıştır. Bu düzenlemenin amacı eşanlı yargılanma ve takibatın engellenmesini amaçlamaktadır. Diğer bir anlatımla, bir ceza davasında iki veya daha fazla yargı yetkisi alanına giren olayların bulunduğu davalarda AB üyesi ülkelerin cezai yargı yetkisi konusunda ki tercihlerine daha objektif ve şeffaf bir yaklaşım getirmeyi amaçlamaktadır. Bununla beraber, sanık veya hükümlüyü bu tartışma içine almamakta diğer bir deyişle sanık veya hükümlünün konuya ilişkin bir itiraz hakkı bulunmamaktadır. Konu AB Çek Başkanlığı'nın önceliği olarak değerlendirilmekte olup Haziran ayında bir karara varılması beklenmektedir.

Ceza hukukuna ilişkin diğer bir gelişme de duruşma öncesi gözaltı süreleriyle ilgili bulunmaktadır. 9 Şubat tarihinde yapılan bir toplantıda, AB üyesi ülkelerin "*duruşma öncesi gözaltı*", "*duruşma öncesi gözaltı süresi*", "*duruşma öncesi gözaltı sebepleri*" gibi kavramlara farklı tanımlamalar getirdikleri saptanmış ve tartışılmıştır. Bu bağlamda yapılan değerlendirmeler ışığı altında, Komisyon'un bir tartışma metnini 9 Temmuz tarihine kadar kamuoyuna sunması beklenmektedir.

• ŞEFFAFLIK

Avrupa Parlamentosu, İnsan Hakları Komitesi; kişilerin Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon'un bilgi ve belgelerine ulaşımını sağlayan yönetmeliğin yeniden ele alınmasına karar vermiştir. Söz konusu Yönetmelik, AB kurumlarının 2002 yılına kadar ellerine geçen belgelerin kamuya sunulması ve sicil oluşturulmasını öngörmektedir. Ancak, bunun gerçekleştirilememesi nedeniyle yeniden değerlendirme konusunda bir öneri sunulmuştur. Rapor doğrultusunda önemli değişikliklerin yapılacağı, özellikle "belge" tanımının genişletileceği, istisnaların ise sınırlandırılacağı düşünülmektedir.

• ŞİRKETLER HUKUKU

Avrupa Komisyonu AB genelinde oluşturulacak vakıfların hukuki yapısı ile ilgili görüş talep etmiştir. 16 Şubat tarihinde yayımlanan kamuoyu yoklaması başlatmıştır. Bu yoklama ile vakıfların karşılaştıkları yasal ve mali engeller masaya yatırılarak değerlendirilecektir. Diğer taraftan, vakıfların karşılaştıkları vergi sorunu da irdelenecektir.

• VERGİLENDİRME

AB Komisyonu elektronik faturalamaya ilişkin bazı kurallar önermiştir. Bu öneri, halihazırda yürürlükte olan Katma Değer Vergisi'ne ilişkin kuralları da değiştirmeye yönelik bulunmaktadır. Bu bağlamda yapılacak değişikliklere göre; kağıt ortamında veya elektronik ortamda düzenlenen faturalar ile bunlara ilişkin yazışmalar aynı değere sahip olacaktır. Öneriler içinde elektronik muhafaza da yer almakta olup buda basitleştirilmiş fatura kullanılmasına olanak sağlayacaktır. Bunun yanında fatura düzenleyenler için yük olan pek çok kural da kaldırılacaktır. Diğer taraftan, öneriler arasında dolandırıcılığı önleyici pek çok önlem de yer almaktadır. Öneri Avrupa Parlamentosunda görüşüldükten sonra AB üyesi ülkelerce oybirliği ile kabul edilerek kanunlaşacaktır.

YENİ BİR DÖNEM BAŞLIYOR

Özdemir ÖZOK*

Bilindiği gibi 23-24 Mayıs 2009 günlerinde Türkiye Barolar Birliği 30. Olağan Genel Kurulu Ankara'da kendi tesisimizde yapılacaktır. Genel Kurul'la ilgili tüm hazırlıklarımız tamamlanmıştır. Toplantının gündemi çok önceden sayın delegelere ve baro başkanlarımıza yollanmıştır. 2007-2009 yılları arasındaki çalışmalarımıza ilişkin rapor ise yasal süresinden önce genel kurul üyelerinin eline geçecek şekilde yollanacaktır. Yukarıda da belirttiğim gibi bu genel kurul seçimli olduğu için daha ilgi çekmekte birçok değerli meslektaşımız kendisini, Birlik Başkanlığı başta olmak üzere Türkiye Barolar Birliği'nin organlarında temsil ettirmek istemektedir. Özellikle Türkiye Barolar Birliği organlarında görev alma konusundaki büyük ilgi beni çok mutlu etmektedir. Çünkü değerli meslektaşlarımız mesleğimizin çok ciddi ve çetin sorunlarının üstesinden gelmek için katkı sunmak, çalışmak istemektedirler. Bu mesleğimiz ve meslektaşlarımızın geleceği bakımından son derece sağlıklı bir gelişmedir.

2001 yılında Diyarbakır'da yaptığımız Genel Kurul'da Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'na aday olduğumda şu sloganla yola çıkmıştım;

"...Çağdaş bir Türkiye özlemidir bizi yönlendiren,

Demokratik bir cumhuriyettir temel hedefimiz,

Özgür yurttaş olmaktır seçiminiz,

*İnsan hakları, hukukun üstünlüğü ve sivil toplumdur özümsemişimiz,
Eşitlikçi, dürüst ve erdemli bir yönetimdir istediğimiz..."*

Bu ilkeler ışığında sekiz yıllık hizmet dönemimin sonuna gelmiş bulunmaktayım. Bu dönemi olabildiğince başarılı bir biçimde "yüzümlün akı" ile verdiğim, sözüne uygun bir biçimde tamamlamanın huzurunu yaşıyorum. Bu anlamda kuşkusuz bir başarı varsa bu sadece bana ait değildir.

* Av., Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

2001-2005 döneminde ve 2005-2009 döneminde benimle birlikte yönetim sorumluluğunu paylaşan değerli yönetim kurulu üyesi arkadaşlarımın başarıda büyük katkıları vardır.

Önyargısız, tarafsız ve objektif değerlendirme yapan genç yaşlı büyük bir meslektaş çoğunluğu gerçekten yaşamımızın en anlamlı ödülü olan yönetimimizle ilgili olumlu görüş ve düşüncelerini dillendirmektedirler. Bir başkan ve yönetim için kuşkusuz en anlamlı bir davranış biçimi olan bu yaklaşımlar bizim sorumluluk anlayışımızı daha da güçlendirmiştir. Özellikle 18 Nisan 2009 günü meslekte 40 ve 50 yılını dolduran yaklaşık 500 meslek ustamıza *"hizmet plaketi"* verdiğimiz törende duyduğum sözler beni çok ama çok etkilemiştir. Bu tablo karşısında yeni dönemde yapacağımız daha çok şeyler olduğuna inanmış bulunmaktayım.

Türkiye Barolar Birliği'nin bizden önceki başkan ve yönetim kurulu üyeleri o günkü kıt olanakların el verdiği ölçüde çok başarılı çalışmalar yapmış, çağdaş ilke ve özlenerle demokrasi, insan hakları hukukun üstünlüğü, hukuk devleti ve savunma örgütü adına büyük mücadeleler vermişlerdir. Kendilerini şükran ve bağlılıkla anıyorum. Bizler onların açtığı çağdaş ve aydınlık yolda yürüyüşümüzü sürdüreceğiz.

2001-2005 dönemi Avukatlık Kanunu'ndaki büyük değişiklikler nedeniyle barolarımız ve Türkiye Barolar Birliği yönünden oldukça önemli bir evreyi kapsar. Yasanın ön gördüğü sekiz adet yönetmelik bu dönemde tüm baro temsilcilerinin görüş ve düşünceleri alınarak demokratik bir yöntemle düzenlemiştir. Staj kredisi, vekalet pulu, sosyal yardımlaşma fonu hep bu dönemin getirdiği yeniliklerdir. Binlerce stajyere kredi verilmesi onların düzenli bir biçimde takibi yine aynı şekilde avukat arkadaşlarımızın sağlık ve sosyal sorunlarına çözüm bulmak için oluşturulan sosyal yardım fonu da bu dönemde yeni bir uğraş alanı olmuştur. Tüm bunların yanında avukatlık kimlik ve ruhsatnamelerinin Türkiye Barolar Birliği tarafından yerine getirilmesi de bu dönemin önemli uğraşlarından olmuştur.

2005-2009 döneminde ise bizim hayalimizde dahi olmayan bir düşün gerçekleşti Ankara'nın Balgat semtindeki Maliye Meslek Lisesi'ne ait olan arsa alacağımıza mahsuben takas yapıldı ve tapusu bize verildi. İşte ne olduysa ondan sonra oldu arsanın üzerinde bulunan gecekonduların yıkımı ve tahliyesi başta olmak üzere teknik ve fenni çalışmaları, proje çizim ve kabulü, beğenilen projenin seri çabuk ve sağlıklı bir biçimde hayata geçirilmesi kimi meraklı meslektaşlarımızın dikkatli bakışları ve duyarlılıkları arasında başarıyla sürdürülmüştür. Hayatlarında ita amiri olarak hiç bu kadar büyük paralara imza atmamış yönetim kurulu üyesi arkadaşlarımızın bu özverisi yaşamımızın hiçbir döneminden unutulmayacaktır. Ya-

ratılan artı değer tamamen bu yiğit ve dürüst arkadaşlara aittir. 17 Nisan 2009 günü kısmi açılışını yaptığımız bu eser avukatlık örgütünün yüz akı olacaktır. Açılıştaki yaptığım konuşmada da vurguladığım gibi, bu tesis amacına uygun bir biçimde sanat, kültür, demokrasi, insan hakları, hukuk ilke ve kavramlarının sürekli tartışıldığı yer olma yanında, staj ve meslek içi eğitimlerin yapıldığı bir odak bir merkez olacaktır.

Belirtildiği gibi 2001 yılında mesleğimizin kavuştuğu olanaklar nedeniyle mesleğimiz ve barolarımız dolayısıyla Türkiye Barolar Birliği bir evrim geçirdi. Bunun sonucu Ankara, İstanbul, İzmir baroları başta olmak üzere tüm barolarımız mali yönden çok güçlendiler. Kendi baronuzu ve çevre barolarınızı 2001 yılı öncesiyle kıyasladığımız zaman aradaki büyük farkı tespit etmeniz mümkün olacaktır. Bu noktada en önemli sorun elde edilen mali olanakların en iyi şekilde yönetilmesi olmaktadır. Bu hem barolarımız hem de Barolar Birliğimiz tarafından yapıldı ve bir tek kuruluşun değer yitirmemesi için özen gösterildi.

Yaşadığımız süreçte bunun en önemli kanıtı kuşkusuz ilke olarak karşı olduğumuz ve bir gün mutlaka kaldırılacağına inandığımız Adalet Bakanlığı müfettişlerinin barolar ve Türkiye Barolar Birliği'nde yaptığı teftişler ve Sayıştay kurumunun sadece sağlık sosyal fonu ile ilgili yaptığı incelemelerdir.

Böylece sekiz yıllık iki dönem görev süremizde yeniden yapılanmanın çalışmalarını sürdürdük, bu çalışmalara paralel olarak 2001'de sekiz kişi ile çıktığımız yolculuğu bugün altmışın üzerinde çalışanımızla sürdürmekteyiz.

Türkiye Barolar Birliği yaptığı özverili çalışmalarla özenilen ve takdir edilen bir konuma gelmiştir. Peki, bu yeterli midir? Daha iyisi yapılamaz mı? Kuşkusuz yeterli değildir ve daha iyisi elbette yapılabilir. Ancak bu sekiz yılda yakalanan başarı ve sonuç oldukça önemlidir. Yapılan işler ortadadır, yayın yoluyla ve internet ortamında günü gününe meslektaşlarımıza ve kamuoyuna bilgiler ulaştırılmıştır.

Şimdi yeni bir dönem başlamaktadır. Bu yeni dönemde barolarımızın ve Türkiye Barolar Birliği'nin kurumsallaşması yönünde çok önemli çalışmalar yapmak gerekecektir. Yakın çevremden ve çok saygın meslektaşlarımızdan bu dönemde de başkanlık görevini sürdürmemi, bu nedenle yeniden aday olmamı içeren öneriler aldım. Bu öneri ve destekleri uzun, uzun değerlendirdikten sonra bu kez tüm baro başkanlarıyla görüşüm ve yeniden başkan adayı olmaya karar verdim ve bu kararımı hem kamuoyuna, hem de tüm genel kurul delegelerine ilettim. Bu karar üzerine sayın delege arkadaşlar ve başkanlarımdan aldığım mesaj ve iyi niyet temennileri, başarı dilekleri, yeni dönemde de işimin çok zor olduğunu göster-

mektedir. Çünkü gösterilen güven, destek ve duyarlılık gelecek döneme ilişkin sorumluluğumuzu daha da artırmaktadır.

Yüce Genel Kurul 23-24 Mayıs günleri yapılacak toplantı sonunda bundan önce olduğu gibi bana yeniden sorumluluk verir, kredi açarsa başarılı olmamak için kişisel hiçbir mazeretim olamaz. Benimle yarışmak isteyen başkan aday arkadaşlarımı demokrasiye yürekten inanan bir kişi olarak saygı ile karşılıyor onların yapacağı ya da yapmayı düşündüğü şeylerde başarılı olmalarını diliyorum. Bu bağlamda ben kendimi bildiğim için neler yaptığımı, neler yapamadığımı, neler yapmam gerektiğini çok iyi biliyor ve başka bir anlatımla ben kendimle yarışmayı hedefliyor ve amaçlıyorum.

Staj ve meslek içi eğitimi başta olmak üzere mesleğin tüm yaşanan sorunlarını önümüze alıp sadece Türkiye Barolar Birliği'nin on yöneticisiyle değil 78 baro ve 70.000'e yaklaşan meslektaşımızla birlikte ciddi, tutarlı ve ısrarlı bir biçimde kovalayacağız.

Hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramının söylemlerde kaldığı, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin sadece anayasa metnlerinde vurgulandığı, hak ve adalet duygusunun toplum belleğinden silindiği, siyaset başta olmak üzere tüm toplumsal ilişkilerin kirlendiği, cumhuriyet değerlerinin alabildiğine yıpratıldığı, en iyimser yurttaşın dahi yaşananlar karşısında karamsarlığa kapıldığı, kutsal din duygularının acımasızca sömürüldüğü, itaat, biat kültürünün tutsağı kişilerin özgürlük ve demokrasi havarisi kesildiği, bilimin aydınlık yolunun dışlandığı, ülke bütünlüğünün bölünme eşiğine geldiği, tüm çağdaş kurum ve kavramların acımasızca karalandığı, bir karanlık dönemden geçiyoruz. Kuşkusuz bu dönemde ki bireysel ve kişisel sorumluluğumuz çok daha ağır olacaktır. Keşke bizde batılı, Avrupalı meslektaşlarımız gibi sadece hukuku ve savunmayı ilgilendiren alanlarda yoğunlaşsaydık ama üzülererek ifade etmek isterim ki kimilerinin bazı siyasi anlayışların ön ya da arka bahçesine benzetse de bizim meslek sorumluluklarımız yanında yurt ve toplumsal sorumluluklarımız da vardır ve de olacaktır.

Anılan nedenlerle 23-24 Mayıs 2009 günlerinde yapılacak olan Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu'nda yüce Genel Kurul'un sayın üyeleri bize yeniden sorumluluk verdikleri taktirde başta *"hukukun yeniden yapılandırılması"* olmak üzere yurt ve meslek sorunlarının çözümü yanında, ülkemizin temel sorunlarıyla duraksamadan mücadele edeceğiz.

Bu duygu ve düşüncelerle saygı ve sevgilerimi sunarım.

GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU (TCK m. 79)

Ahmet Caner YENİDÜNYA*
Mehmet Emin ALŞAHİN**

I. GENEL BİLGİLER

Dünya ülkeleri arasındaki hayat standartlarının farklılığı ve özellikle üçüncü dünya ülkelerinde yaşanan ekonomik sorunlar, bu ülkelerde uygulanan baskıcı rejimler, yaşanan iç savaşlar, coğrafi olumsuzluklar dolayısıyla insanlar, vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları ülkelerden ayrılarak sosyal ve ekonomik bakımdan daha ileride olan ülkelerde yaşamak istemektedirler. Bunun sonucunda insanlar genellikle bu ülkelere yasadışı yollardan girmeyi veya yasal yollardan girmesine rağmen süresi içerisinde ülkeyi terk etmemeyi tercih etmektedirler. Ülkeler de bu kontrolsüz göç akımını engellemek amacıyla mevzuatlarında “göçmen kaçakçılığı” suçuna yer vermektedir.

Göç sözlükte; “ekonomik, toplumsal, siyasi sebeplerle bireylerin veya toplulukların bir ülkeden başka bir ülkeye, bir yerleşim yerinden başka bir yerleşim yerine gitmesi” şeklinde tanımlanmaktadır.¹ Göç yasal olabileceği gibi yasadışı da olabilir. İnceleme konumuz açısından yasadışı göç kavramı üzerinde durulmalıdır. Yasadışı göç; bir kişinin, yasal veya yasadışı olarak bulunduğu ülkeyi terk edip, başka bir ülkeye yasadışı yollardan girmesi, yasal yollardan girdikten sonra süresi içinde ülkeyi terk etmemesidir.

Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Proto-

* Doç. Dr., MÜ Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

** MÜ Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı öğretim elemanı.

¹ www.tdk.gov.tr. Erişim tarihi: 13.08.2008.

kol (Göçmen Kaçakçılığına Karşı Ek Protokol)'ün² "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin (a) bendinde; "göçmen kaçakçılığı", "doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgâh sahibi olmadığı bir Taraf Devlete yasadışı girişinin temini" şeklinde tanımlanmıştır.

Avrupa ve Asya'yı birbirine bağlayan bir ülke olması nedeniyle Türkiye'de, göçmen kaçakçılığı suçunun çok sık işlendiği görülmektedir. Türkiye'ye yasadışı yollarla giriş-çıkış yapmaya çalışırken veya Türkiye'de yasadışı konumda bulunan 1995 yılında 11362, 1996 yılında 18804, 1997 yılında 28439, 1998 yılında 29426, 1999 yılında 47529, 2000 yılında 94514, 2001 yılında 92362, 2002 yılında 82825, 2003 yılında 56219 ve 2004 yılında 61.228, 2005 yılında 57.428, 2006 yılında 51983 ve 2007 yılında ilk 10 ay itibarı ile 47.958 olmak üzere toplam 680.080 kişi yakalanmıştır.³

1998 yılında 98, 1999 yılında 187, 2000 yılında 850, 2001 yılında 1.155, 2002 yılında 1.157, 2003 yılında 937, 2004 yılında 956, 2005 yılında 834, 2006 yılında 951 ve 2007 yılında ilk 10 ay itibarı ile 942 olmak üzere 8067 göçmen kaçakçısı kolluk kuvvetlerince yakalanarak adli makamlara teslim edilmiştir.⁴

Göçmen kaçakçılığına ilişkin ilk düzenleme 765 sayılı TCK'ya 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun'un⁵ 2. maddesinin (B) bendi ile getirilmiş ve Kanun'a 201. maddeden sonra gelmek üzere, göçmen kaçakçılığına ilişkin 201/a maddesi ilave edilmiştir. Yapılan bu değişiklik, Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerinden kaynaklanmıştır. Gerçekten "Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"⁶ ek olarak hazırlanan ve 30.01.2003 tarih ve 4803⁷ sayılı Kanun ile iç hukukumuzda dâhil edilen "Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol"ün 6. maddesinde, sözleşmeye taraf devletlere,

² Bu protokol 4803 tarihli Kanun ile uygun bulunarak yürürlüğe girmiştir.

³ Ay, M. Kadir / Özcan, Mehmet / İşgören, Fikret, Göç Konusunda Teknik İşbirliği Projesi, Avrupa Birliği Müktesebatına Uyumluluk Açısından Türkiye Cumhuriyeti Hukuku Boşluk Analizi, Yasadışı Göç ve İnsan Ticareti, Ankara 2007, s. 9.

⁴ Ay / Özcan / İşgören, s. 10.

⁵ 09.08.2002 tarih ve 24841 sayılı Resmi Gazete.

⁶ 30.01.2003 tarih ve 4800 sk. ile onaylanması uygun bulunmuştur. 04.02.2003 tarih ve 25014 sayılı Resmi Gazete.

⁷ 04.02.2003 tarih ve 25015 sayılı Resmi Gazete.

bu protokolde tanımı yapılan göçmen kaçakçılığı eylemini suç haline getirmek mükellefiyeti getirilmiştir.

Bunun sonucu olarak 765 sayılı TCK'nın "Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler" başlıklı 2. babının "İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler" başlıklı 6. faslına eklenen 201/a maddesinde; "Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yabancı bir devlet tâbiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye'de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamaya göçmen kaçakçılığı denilir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine veya böyle bir suça iştirak etmesizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla ülkeden çıkarılmalara, yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılanlara, bu maksatla sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlayanlara veya temin edenlere ya da bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir; suçun işlenmesinde kullanılan taşıtlar ve bu fiil nedeniyle elde edilen maddî menfaatler müsadere edilir.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı olan suçlar, kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye soktuğu veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tâbi kılınmalarına neden olduğu hâllerde faillere verilecek cezalar, yarısı oranında; ölüm meydana gelmiş ise bir kat artırılarak hükmolunur.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar örgütlü olarak işlendiğinde faillere verilecek cezalar bir kat artırılarak hükmolunur" hükmü sevk edilmiştir.

4771 sayılı Kanun ile TCK'ya eklenen 201/a maddesinin yürürlüğe girmesinden önce, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilk şeklinde "göçmen kaçakçılığına" ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktaydı. Söz konusu dönemde bu tür eylemler, örgütsel yapının varlığı göz önünde tutularak, 765 sayılı TCK'nın 313. maddesinde yer alan cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak suçu kapsamında değerlendirilmekteydi.⁸

⁸ "Sanık İ'nin hükmü temyiz etmeyen diğer sanıklarla tam bir işbirliği, organizasyon ve eylemli paylaşım anlayışı içerisinde hareket ettiği İran uyruklu sanık M.'nin son altı ay içerisinde çok sayıda göçmeni yasa dışı yollarla Irak'tan İran'a,

Eğer fiil bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmemişse, Pasaport Kanununun 36. maddesi çerçevesinde failerin sorumluluğu yoluna gidilmekteydi.⁹

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "göçmen kaçakçılığı" özel hükümlere ilişkin ikinci kitabın, "uluslararası suçlar" başlıklı birinci kısmında, "göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti" başlıklı ikinci bölüm içerisinde 79. maddede düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesi de, ülkemizin imzalamış ve onaylayarak iç hukuka dâhil etmiş olduğu uluslararası sözleşmelerin gereklerini yerine getirmek üzere ihdas edilmiştir.¹⁰

Göçmen kaçakçılığı esasen, "devletin güvenliğine karşı bir suç" niteliği arz etmekte olup, devletin sınır güvenliğine karşı suçlar içerisinde ya da Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatlerine İlişkin Kanun gibi hususi kanunlarda düzenlenmesi daha uygun olurdu.¹¹ Eylemin sınır aşan özelliği¹² veyahut uluslararası sözleşmelerle yasaklanmış ol-

oradan da Türkiye'ye geçirerek Van'a getirdiği ve bu aşamada Irak uyruklu M.'nin de devreye girerek sanıklar Z. ve S.'in ev ve müştemilatında barındırdıkları, bu göçmenlerin değişik zaman ve sayılarla yüksek ücret karşılığı yurt dışından yasa dışı yollarla yurt içine girişlerinde ve yurt içinde seyahatlerinde kolaylık sağlamak konusunda sanığın adları geçenlerle önceden anlaşıp birleştiğinin anlaşılmasına ve eyleminin mahkemece TCK'nın 313. maddesi kapsamında nitelendirilip yazılı biçimde uygulama yapılmasında bir isabetsizlik bulunmamıştır." Yarg. 8. CD'nin 29.11.2001 tarih ve 13076-16645 sayılı kararı; "Iraklı olup Türkiye'ye gelen bazı kişilerin yasadışı yollardan başka ülkelere gitme amacıyla olduklarını öğrenen sanıklar; bir örgütlenme içerisinde bir araya gelip işbölümü yaparak, bu kişileri yurtdışına çıkarabileceklerine inandırarak onları kandırıp, her birinden önemli ölçüde para alarak bu işe elverişli olmayan teknelerle Ege Denizinden Yunan adalarına doğru yola çıkarıp müdahil hariç tümünün ölmelerine ve kaybolmalarına neden olmuştur. Olayda sanıkların amaç ve eylemleri birlikte değerlendirildiğinde TCK'nın 313. maddesinde tanımlanan suç oluşur" Yarg. 8. CD'nin 7.12.2000 tarih ve 20128/20516 sayılı kararı, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁹ Turhan, Faruk, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar", www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc; Erişim tarihi: 12 Ağustos 2008. s. 8.

¹⁰ Bkz. TCK'nın 79. maddesinin gerekçesi.

¹¹ Doğan, Koray, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, Ankara 2005, s. 89; Suç tipinin düzenlendiği bölümün isabetli olduğu konusunda bkz. Erel, Kemalettin, Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 71, Temmuz-Ağustos 2007, s. 267.

¹² Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3 üncü maddesine göre, "(a) Suç birden fazla devlette işlendiğinde; (b) Suç tek bir devlette işlendiğinde ancak, hazırlanma, planlama, idare veya kontrolünün önemli bir kısmının başka bir devlette gerçekleşmesi halinde; (c) Suç tek bir devlette işlendiğinde

ması gibi esaslar, başka suçlar açısından da söz konusudur. Örneğin, uyuşturucu madde ticareti yahut terör ve terörün finansmanı suçlarında olduğu gibi.

Mukayeseli hukuka bakıldığında da göçmen kaçakçılığının genellikle hususi kanunlarda yaptırım altına alındığı görülmektedir.

Nitekim Alman Hukuku'nda göçmen kaçakçılığı, Alman Ceza Kanunu'nda değil, yabancıların Almanya'da ikametlerine ilişkin koşulların yer aldığı hususi bir kanunda düzenlenmiştir.

30 Temmuz 2004 tarihli *"Yabancıların Federal Ülkede İkametleri, Çalışmaları ve Entegrasyonlarına İlişkin Kanun"*¹³ (Aufenthaltsgesetz) *"Ceza ve Kabahatlere İlişkin Hükümler"* başlıklı 9. bölümünde, göçmen kaçakçılığı suçuna yer verilmiştir. Bu Kanun'un 95. maddesinde, yabancıların yasadışı yollardan ülkeye girmeleri durumunda alacakları cezalar belirtilmiştir. Görüldüğü gibi 95. maddede göçmen kaçakçılığı suçu değil, bu suçun konusunu oluşturan kişilerin yasadışı yollardan Almanya'ya girmeleri durumundaki cezai sorumlulukları düzenlenmiştir.

Kanun'un 96. maddesinin 1. fıkrasında; *"yabancıların yasadışı yollarla ülkeye girişi, izinsiz ikameti ve transit geçişi için, yabancıları azmettiren veya yardım eden kişiler, bu suçtan herhangi bir yarar elde eder veya bu yönde kendine vaatle bulunulmasını sağlarsa ya da aynı kişiye karşı suçu birden fazla işler veya birden fazla yabancıya karşı işlerse, beş yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır"* denilmek suretiyle göçmen kaçakçılığı yaptırımı bağlanmıştır.

96. maddenin 2. fıkrasında ise, göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurlar düzenlenmiştir. Buna göre; *"a- Failin suçu meslek edinmesi, b- Suçun bu tür amaçla kurulan bir örgütün üyesi tarafından işlenmesi, c- Kişinin suçun işlenmesi sırasında yanında ateşli silah bulundurması, d- Kişinin kullanma amacıyla yanında herhangi bir silah bulundurması, e- Göçmenlerin yaşamlarının tehlikeye sokulması, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelede bulunulması veyahut sağ-*

ancak, birden fazla devlette suç teşkil eden faaliyetlerde bulunan örgütlü bir suç grubu suça karıştığında veya (d) Suç tek bir devlette işlendiğinde, ancak başka bir devlette önemli etkileri olduğunda, suç sınıraşan niteliktedir.

¹³ Kanun metni için bkz. Sartorius, Carl, *Verfassungs-und Verwaltungsgesetze*, Texausgabe, Stand; 15 September 2007, Verlag C.H. Beck, München, (AufenthG-565), s. 92vd.

lığının ağır tehlikeye girmesine neden olunması, durumunda faile verilecek ceza artırılabilecektir. Bu nitelikli hallerin varlığı durumunda faile, 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası verilir”.

96. maddenin 3. fıkrasında, göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüsün de cezalandırılacağı belirtilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise, bu suçla ilgili olarak genişletilmiş müsadere¹⁴ kararı verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Kanun’un 97. maddesinde daha ağır cezayı gerektiren başka nitelikli haller de düzenlenmiştir. Buna göre; *“1- 96 ncı maddenin 1 inci fıkrasında belirtilen suç, yabancının ölümüne neden olursa, üç yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası verilir.*

2- 96 ncı maddenin 1 inci fıkrasında belirtilen suç, suçu meslek edinen ve bu tür amaçla kurulan bir örgütün üyesi tarafından işlenirse, 1 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası verilir.

3- 97 nci maddenin 1 inci fıkrasında belirtilen suç, ağır olmayan bir şekilde işlenirse, 1 yıldan 10 yıla kadar, 2 nci fıkrasında belirtilen suç, ağır olmayan şekillerde işlenirse, 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası verilir”. 97 nci maddenin son fıkrasında ise, maddede yer alan suçlarla ilgili olarak müsadereye ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

Kanun’un 98. maddesinde ise, kabahat teşkil eden hareketler düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi, Alman hukukunda göçmen kaçakçılığı, hususi bir kanunda detaylı şekilde düzenlenmiştir. Hukukumuzda da aynı usulün benimsenmesi kanun yapma tekniği ve korunan hukuki menfaat yönünden daha uygun olurdu. Böylece Pasaport Kanunu gibi yasalarda yer alan dağınık düzenlemeler tek bir metinde toplanmış olurdu.

II. BENZER SUÇ TİPLERİYLE MUKAYESESİ

1. İnsan Ticareti Suçu

“Göçmen Kaçakçılığı” kişilerin sınırlar ötesi sevk edilmesi suretiy-

¹⁴ Alman Ceza Kanunu’nun 73d maddesine göre, yargılama makamlarının, göçmen kaçakçılığı sonucunda elde edilen (m.73) veya “elde edildiği düşünülen” tüm gelirlerin müsaderesine karar verebileceği belirtilmiştir. Kanun metni için bkz. Strafgesetzbuch, 39. Auflage, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2004, s. 45.

le işlenen suç tiplerinden biri olarak sıklıkla insan ticareti (m. 80) ile¹⁵ karıştırılmaktadır.¹⁶ Nitekim iki suç tipi arasında; ortaya çıkış nedenleri, işleniş şekilleri ve korunan hukuki menfaat yönünden benzer özellikler bulunmaktadır.¹⁷ Şöyle ki;

- Her iki suç tipinde de failler, maddi çıkar veya fayda elde etmek için mağduru sömürmektedir. Bu sömürü; göçmen kaçakçılığında mağdurun mal varlığının fail tarafından verilen ya da verileceği vaat edilen hizmet karşılığı elinden alınması şeklinde gerçekleşirken, insan ticaretinde zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, esarete tabi kılmak, fuhşa sürüklemek, beden organlarının verilmesini sağlamak şeklinde ortaya çıkmaktadır.¹⁸

- Her iki suçun da konusunu insanlar oluşturmakta ve bu kimseler de genellikle yabancılar olmaktadır.¹⁹

- Gerek göçmen kaçakçılığında, gerekse insan ticaretinde mağdurların bir yerden diğer bir yere nakli söz konusudur. Göçmen kaçakçılığında olduğu gibi, insan ticaretinde de (zorunlu olmamakla birlikte) sınır aşan bir karakter mevcuttur.²⁰ Nitekim 80. maddede seçimlik hareketler arasında “*kişileri ülkeye sokmak, ülke dışına çıkarmak*”tan söz edilmiştir.

- Her iki suç tipi de organize suçluluğun faaliyet alanları arasındadır.²¹

¹⁵ İki suç tipinin karşılaştırılması hususunda geniş açıklamalar için bkz. Yenidünya, A. Caner, *İnsan Ticareti Suçu (TCK m. 80)*, Ankara 2007, s. 58-63.

¹⁶ The Protection Project, “Trafficking in Persons or Alien Smuggling?”, John Hopkins University School of Advanced International Studies, in: *Global Issues: Responses to Human Trafficking, An Electronic Journal of the U.S. Department of State*, Vol.8, No.:2, June 2003, s. 37.

¹⁷ Yenidünya, s. 58; Doğan, s. 24; ayrıca bkz. Arslan, Çetin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçları (TCK m. 201/a)”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 29, Sayı: 3, Temmuz 2003, s. 278 vd.; Evik, Ali Hakan, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: IX, Sayı: 3-4, Erzincan 2005, s. 125 vd.; Artuç, Mustafa, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 16, Aralık 2007, s. 54 vd.

¹⁸ Yenidünya, s. 59; Arslan, Çetin, “İnsan Ticareti Suçu (TCK m. 201/b)”, *AÜHFD.*, C. 53, S. 4, Ankara 2004, s. 26; Kocasakal, Ümit, “İnsan Ticareti Suçu (TCK 201/b)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.:2, Ocak 2003, s. 40.

¹⁹ Yenidünya, s. 59; Arslan, s. 25; Kocasakal, s. 40; Doğan, s. 25.

²⁰ Yenidünya, s. 59; Arslan, s. 25, 26; Kocasakal, s. 40,41.

²¹ Hofmann, Johannes, *Menschenhandel. Beziehungen zur Organisierten Kriminalität und Versuche der strafrechtlichen Bekämpfung*, Frankfurt/M., 2002, s. 131 vd.;

- Her iki suç tipinde de mağdurun onuru ve temel hak ve hürriyetleri ihlal edilmektedir.²² Ancak insan ticaretinde mağdurun temel hak ve özgürlüklerine, onuruna yapılan saldırının boyutu göçmen kaçakçılığına oranla daha ağırdır.²³

Bu benzerliklere rağmen iki suç tipi arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Esasen her ikisi de uluslararası suçlara ilişkin kısımda aynı bölüm içerisinde düzenlenmesine rağmen, göçmen kaçakçılığında suçun konusunu oluşturan insanların hak ve özgürlüklerinin yanı sıra devletlerin göç, istihdam ve sınır güvenliği politikaları korunmaktadır. Hâlbuki insan ticaretinde fiilin cezalandırılmasıyla korunan esas menfaat insan onuru ve özgürlüğüdür.²⁴

Göçmen kaçakçılığı suçunda rıza mevcuttur. Yasadışı olarak bir ülkeden başka bir ülkenin sınırlarına nakledilen göçmen, bu eyleme rıza göstermekte, diğer bir ifadeyle devletin sınır politikalarını ihlal eden bir suçlu gibi davranmaktadır. Zira göçmen kaçakçılığında, suçtan fayda sağlayacak kişilerden birisi de, ülke sınırlarını aşarak, hedef ülkeye yasadışı giriş yapan kişidir. Ancak insan ticareti suçunda ya rıza mevcut değildir ya da ifsat edilmiş bir rıza söz konusudur.²⁵

Bunun sonucu olarak da, insan ticaretine maruz kalan kişi mağdurdur ve bir ülkeye yasa dışı sokulmuş bulursa bile, iradi hareket etmediğinden cezai sorumluluğundan bahsedilemez (bkz. TCK m. 28,

Arslan, s. 26; Kocasakal, s. 40; Yenidünya, s. 59.

²² Yenidünya, s. 59; Doğan, s. 25.

²³ Arslan, s. 25.

²⁴ Goldhammer, Ami Lynn, Human Trafficking for Sexual Exploitation, California State University, the Degree Master of Science, California 2006, s. 11; Klueber, Sheryl Ann, Trafficking in Human Beings: Law Enforcement Response, the Degree of Master of Science of University of Louisville, Kentucky 2003, s. 4; "Human Trafficking: Recognizing the Victims", Critical Response Assisting Law Enforcement to Meet the Needs of Crime Victims, Vol.:2, Issue:3, Winter 2004, s. 4; Raymond, Janice G., "Intersections Between Migration and Trafficking", A Comparative Study of Women Trafficked in the Migration Process, Patterns, Profiles and Health Consequences of Sexual Exploitation in Five Countries (Indonesia, the Philippines, Thailand, Venezuela and the United States), s. 8; European Network Against Child Trafficking (ENACT), A Report on Child Trafficking, Bulgaria, Denmark, Italy, Romania, Spain, United Kingdom, March 2004 Italia, s. 24.

²⁵ Goldhammer, s. 11; Klueber, s. 4; "Human Trafficking: Recognizing the Victims", s. 4; Raymond, s. 8.

30).²⁶ Buna mukabil bir ülkeye yasa dışı sokulan göçmenler, göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulamaz iseler de (zira suçun maddi konusunu oluşturan göçmen, aynı zamanda mağdur olmasa da bu suçtan zarar gören niteliğindedir),²⁷ ülkeye yasa dışı girmeleri dolayısıyla başka suçlardan, örneğin, Pasaport Kanunu'nun 33 vd. maddelerine göre cezalandırılabilirler.²⁸

Göçmen kaçakçılığı suçu, yapısı gereği bir ülke sınırının geçilmesi ve dolayısıyla fiziksel hareketi gerektirir. Bu açıdan suçun oluşması için bir kaynak ülke, bir de hedef ülke olmak üzere iki ülkede eylem gerçekleştirilmelidir. Buna karşılık insan ticareti suçunda, kişilerin ülkeye sokulması veyahut ülke dışına çıkarılması seçimlik hareketlerden olmakla birlikte, suçun oluşması bakımından mağdurların ülke sınırları içerisine veya dışına nakli zorunlu değildir. Yasada yer alan diğer seçimlik hareketlerin (*tedarik etmek, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götürmek veya sevk etmek ya da barındırmak*) varlığı açısından ülke sınırlarının geçilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.²⁹

Göçmen kaçakçılığı ile insan ticareti suçlarının iç içe geçebildiği ve ülkelerinden yasa dışı olarak yabancı bir ülkeye nakledilen kişilerin, burada insan ticaretinin konusu haline getirilebildikleri hususu göz ardı edilmemelidir. Nitekim bir fikre göre; insan ticareti ile göçmen kaçakçılığı arasında gri bir alan mevcuttur. Buna göre; kendisine çalış-

²⁶ Doktrinde *Tezcan / Erdem / Önok*, insan ticareti suçunun mağduru olan kimselerin Pasaport Kanunu uyarınca sorumluluklarını değerlendirirken kullanılan araç fiillere göre bir ayırımı gitmektedir. Buna göre; "maddi ve manevi cebirle rızanın elde edilmiş olması durumunda, yurda mevzuata aykırı olarak girme konusunda bu kimsenin kastından bahsedilemeyecektir. Yine, çaresizlikten yararlanarak rıza elde etme durumunda, duruma göre zorunluluk halinin varlığı düşünülebilir. Buna karşılık, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından yararlanmak hallerinde, suç mağduru kimsenin Pasaport Kanununa aykırılıktan cezai sorumluluğu gündeme gelebilecektir". Bkz. *Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2008, s. 106, dn.253.

²⁷ Bu konuda bkz. *Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 488.

²⁸ Hakeri, Hakan, "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a ve 201/b)", *KHukA*, 1, Mart 2004, Yıl:7, s. 8; Doğan, s. 26.

²⁹ Ayrıca bkz. Goldhammer, s. 11; The Protection Project, "Trafficking in Persons or Alien Smuggling?", s. 37, 38; Omelaniuk, Irena, *Trafficking in Human Beings*, United Nations Expert Group Meeting on International Migration and Development, New York 6-8 July 2005, s. 7; Raymond, s. 8.

ma koşulları ve iş usulleri hakkında yanıltıcı ve açık olmayan bilgiler verilen göçmenlerin, hedef ülkeye vardıklarında istismarı bu gri alanda değerlendirilmelidir.³⁰

Göçmen kaçakçılığı suçu, hedef ülkede sona ermekte ve ülke sınırının geçilmesine yardımcı olunan kişilerin, hedef ülkede kaçakçılardan ayrılmasına müsaade edilmektedir. İnsan ticareti suçunda ise, eğer bir ülke sınırı geçilmişse, mağdurların ayrılmalarına imkân verilmez ve çeşitli yöntemlerle sömürü devam eder.³¹

Tehdit, baskı, şiddet ve cebir unsurlarının varlığı suçu göçmen kaçakçılığından, insan ticaretine dönüştürmektedir.³² Göçmen kaçakçılığı suçunda, hedef ülkeye varan kişi tehdit, şiddet, baskı ve cebire maruz kalmamaktadır. İnsan ticaretinde ise kişinin cinsel gücünün veya iş gücünün sömürülmesi amacıyla çoğunlukla tehdit, baskı, şiddet veya cebir gibi araçlara başvurulmaktadır.³³

Göçmen kaçakçılığı suçu, mağdurun hedef ülkeye ulaşması ile tamamlanırken, insan ticareti suçu hedef ülke veya bölgede istismar sürdüğü müddetçe devam etmektedir.³⁴

Göçmen kaçakçılığı suçunun manevi unsuru yönünden failin “doğrudan doğruya veya dolaylı yoldan menfaat elde etmek” saikiyle hareket etmesi aranmıştır (m. 79/1). Buna karşılık insan ticaretinde failin, “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadı” ile fiili işlemesi gerekmektedir (m. 80/1). Ancak belirtmeliyiz ki, failin kazanç veya maddi menfaat elde etmek düşüncesiyle hareket etmesi yasal düzenlemede

³⁰ Bkz. Graycar, Adam, Trafficking in Human Beings, International Conference on Migration, Culture & Crime, Israel, 7 July 1999, s. 1; Newman, Graeme R., The Exploitation of Trafficked Women, U.S. Department of Justice Office of Community Oriented Policing Services, Problem-Specific Guides Series No.:38, U.S.A. 2006, s. 11; Musacchio, Vincenzo, “Migration, Prostitution and Trafficking in Women: An Overview”, German Law Journal, Vol.:5, No.:9, s. 1016; Önok, R. Murat, “5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar”, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Y.:2, S.:5, Nisan 2005, s. 206, 209.

³¹ Goldhammer, s. 11.

³² Klueber, s. 4; Vaz Cabral, Trafficking in Unaccompanied Minors in the European Union, s. 17; ENACT, s. 24; Newman, The Exploitation of Trafficked Women, s. 11.

³³ Yenidünya, s. 61.

³⁴ Kocasakal, s. 41.

aranmamış olsa da, insan ticareti suçu hemen her zaman kazanç elde etme saikiyle işlenmektedir.³⁵

2. Pasaport Kanunu'nda Düzenlenen Kabahat ve Suçlar

Vatandaşların ve yabancıların ülkeye girişlerine ilişkin kurallar, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu kurallara uyulmaksızın ülkeye girilmesi ilgililerin Pasaport Kanunu'nun 33 vd. maddeleri uyarınca idari ve cezai sorumluluğunu doğurur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Pasaport Kanunu'nda düzenlenen suçlar ile TCK'nın 79. maddesindeki göçmen kaçakçılığı suçu arasında korunan hukuki değer yönünden hem bir kesişme hem de farklılık mevcuttur. Pasaport Kanunu ile ülkeye giriş ve çıkışlar kontrol altına alınmaya çalışılmakta, böylece devletin sınır güvenliği ve olası suçlarla etkin mücadele amaçlanmaktadır. Buna karşılık göçmen kaçakçılığı suçunda bu amacın yanı sıra, suçun konusunu oluşturan göçmenlerin vücut dokunulmazlıkları, hareket özgürlükleri ve malvarlıkları da korunmak istenmektedir. Bu sebeple de göçmen kaçakçılığının yaptırımını, Pasaport Kanunu'ndaki fiillere göre daha fazladır.

Aşağıda Pasaport Kanunu'nda yer alan suç ve kabahatler ile göçmen kaçakçılığı suçunun mukayesesi yapılacaktır.

A. Türkiye Cumhuriyeti Sınırlarını Pasaportsuz veya Pasaport Yerine Geçen Bir Belge Olmaksızın Terk Etmek veya Buna Teşebbüs Etmek

Pasaport Kanunu'nun 33. maddesinde; *"Türkiye Cumhuriyeti sınırlarını pasaportsuz veya pasaport yerine kaim olacak bir vesikayı hamil olmaksızın terk eden veya buna teşebbüs eden kimseler hakkında beş yüz Liraya kadar hafif para veya üç aya kadar hafif hapis cezası verilir veya her iki ceza birlikte hükmolunur.*

Türkiye'de her hangi bir suçtan sanık veya hükümlü olup da kendilerini takibattan veya cezadan kurtarmak, askerlikten kaçmak, vergi borçlarını ödememek gibi hususi maksatlarla bu fiili işleyen kimseler hakkında iki yüz elli

³⁵ Yenidünya, s. 62.

Liradan bin Liraya kadar ağır para veya bir aydan altı aya kadar hapis cezası veya her iki ceza birlikte hükmolunur” denilmektedir.

Maddenin 1. fıkrasında yer alan düzenleme 04.11.2004 tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 7. maddesi uyarınca kabahat niteliği taşımaktadır.³⁶ İkinci fıkrada yer alan hüküm ise, suç vasfını muhafaza etmektedir.

Bu fiiller ile göçmen kaçakçılığı arasında, suçun faili yönünden farklılık mevcuttur. 33 üncü maddenin 1 inci fıkrasındaki kabahat ile ikinci fıkradaki suçun faili, Türkiye Cumhuriyetini pasaport veya pasaport yerine geçen bir belge olmaksızın terk eden veya buna teşebbüs edenlerdir.³⁷ Buna karşılık göçmen kaçakçılığı suçunun faili, ülkeye yasadışı yollardan girmeye veya çıkmaya ya da ülkede barınmaya çalışan kimseye yardım eden kişidir. Buna göre, göçmen kaçakçılığı suçunun konusunu oluşturan kişiler, Pasaport Kanunu’nun 33. maddesinde düzenlenen fiillerin faili olabilirler. Bunun dışında 33. maddede teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı öngörülmüş olmasına rağmen, göçmen kaçakçılığına ilişkin TCK m. 79’da böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.

³⁶ 04.11.2004 tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 7 nci maddesinde; “(1) Kanunlarda, “hafif hapis” veya “hafif para” cezası olarak öngörülen yaptırımlar, idari para cezasına dönüştürülmüştür. İdari para cezasının hesaplanmasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 52 nci maddesi hükümleri uygulanır. İlgili kanunda “hafif hapis” cezasının üst sınırının belirtilmediği hallerde, idari para cezasının hesaplanmasında esas alınacak gün sayısının üst sınırı, yediyüzotuzdur.

(2) Kanunlarda, “hafif hapis cezası” ile “hafif para cezası”nın seçimlik olarak veya birlikte öngörüldüğü hallerde, idari para cezası yaptırımının belirlenmesinde “hafif hapis cezası” esas alınır.

(3) Kanunlarda, sadece “hafif para cezası”nın öngörüldüğü ve cezanın alt veya üst sınırının belirtilmediği hallerde, idari para cezası, yüzyirmimilyon Türk Lirasından az, onsekizmilyar Türk Lirasından fazla olamaz.

(4) Bu madde hükmüne göre idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkilidir” denilmektedir.

³⁷ “Sanığın olay tarihinde Türkiye Cumhuriyeti sınırını pasaportsuz olarak terk ederek İran’a geçip bir gün sonra tekrar pasaportu olmadan yurda giriş yapmak şeklindeki eylemleri 5682 sayılı Pasaport Kanununun 33 ve 34.maddelerindeki suçları oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi...” Yarg. 7. CD’nin 15.04.2003 tarih ve 2002/19304, 2003/1299 sayılı kararı.

B. Türkiye Cumhuriyeti Sınırlarından Pasaportsuz Olarak Girme

Pasaport Kanunu'nun 34. maddesinde; *"Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından her nasılsa pasaportsuz olarak girebilmiş olan vatandaşlar ve yabancılar iki yüz elli Liradan bin iki yüz elli Liraya kadar ağır para veya bir aydan altı aya kadar hapis cezasıyla veya her ikisiyle cezalandırılır.*

Bu gibilerden yabancı olanlar cezalarını çektikten sonra sınır dışı edilirler" denilmektedir.

Pasaport Kanunu'nun 2. maddesinde, Türk vatandaşları ve yabancıların Türkiye'ye girebilmesi ve Türkiye'den çıkabilmesi için yolcu giriş-çıkış kapılarındaki polis makamlarına usulüne uygun ve muteber pasaport veya pasaport yerine geçerli bir vesika ibraz etme mecburiyetinin bulunduğu belirtilmiştir. Pasaport Kanunu'nun 34. maddesinde ise, Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından pasaportsuz olarak giren vatandaş ve yabancıların cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Pasaport Kanunu'nun 3. maddesine göre, pasaportsuz veya vesikasız, usulüne uygun veya muteber olmayan pasaport veya vesikalarla Türkiye sınırlarına gelerek Türk vatandaşlığını iddia edenler, bu iddialarını Türkiye Cumhuriyeti nüfus hüviyet cüzdanları veya hüviyet belgelerini ibraz ederek; nüfus hüviyet belgesinden başka belge veya delil gösterenler ise, bu vesika veya delillerin kıymeti polisçe takdir edilerek Türk vatandaşı olduklarına kanaat getirilmesi halinde Türkiye'ye kabul olunurlar. Ancak bu ihtimalde, Türk vatandaşı ülkeye pasaportsuz girdiğinden 34. madde uyarınca cezalandırılması gerekir. Buna karşılık örneğin, Türk vatandaşı yurt dışında pasaportunu kaybetmiş ve kaybettiğine dair belgesi de varsa, bu belgenin ibrazı durumunda 34. maddenin tatbiki mümkün değildir. Aynı şekilde pasaportunun süresi yurt dışında biten bir kişinin yurda girişi sırasında bu durumun anlaşılması halinde, 34. maddede yer alan suçtan bahsedilemez.³⁸

Şu halde; Pasaport Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenen suç-

³⁸ "Sanığın süresi bitmiş pasaportla sınır kapısına geldiği ve pasaport incelendiğinde süresinin geçmiş olduğu anlaşılınca, hakkında pasaportsuz yurda girişten tutanak tutulduğu ve daha sonra da yurda kabul edilmiş bulunduğu anlaşıldığına göre sanığın kasten pasaportsuz girmiş olduğundan söz edilemeyeceği gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde hüküm tesisi..." Yarg. 7. CD'nin 16.04.1999 tarih ve 3925/3651 sayılı kararı.

ta yaptırma bağlanan fiil; Türkiye'ye pasaportsuz olarak girmektir. Buna karşılık göçmen kaçakçılığı suçunda yaptırma bağlanan fiil; bir yabancıyı ülkeye sokmak, ülkede kalmasına imkan sağlamak, Türk vatandaşı veya yabancıunun yurt dışına çıkmasını sağlamaktır.

Pasaport Kanunu'nda yer alan suçun faili Türkiye'ye pasaportsuz olarak giren Türk vatandaşı veya yabancıdır. Göçmen kaçakçılığının faili ise, yasal olmayan yollardan ülkeye giren veya çıkan kimse değil, ona imkân sağlayandır.

34. maddenin 2. fıkrasında, Türkiye'ye pasaportsuz olarak girenlerin yabancı olması durumunda cezalarını çektikten sonra sınır dışı edilecekleri belirtilmiştir. TCK'nın 59. maddesinde; *"işlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı, koşullu salıvermeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilir"* denilmektedir. Pasaportsuz olarak Türkiye'ye giren yabancılar, TCK'nın 5. maddesi karşısında, Pasaport Kanunu'nun 34/2. maddesine göre değil, TCK'nın 59. maddesine göre sınır dışı edileceklerdir. Buna göre bu suçtan mahkûm olan yabancı, cezasının infazının ardından derhal sınır dışı edilmeyecek, bu husus değerlendirilmek üzere İçişleri Bakanlığı'na bildirilecektir.

C. Bakanlar Kurulu'nca Tayin Olunan Mahallerden Başka Yerlerden Türkiye'ye Girme veya Türkiye'den Çıkma

Pasaport Kanunu'nun 35. maddesinde; *"Bakanlar Kurulunca tayin olunan mahallerden başka yerlerden Türkiye'ye giren veya Türkiye'den çıkanların usulüne uygun pasaport veya vesika taşıyıcılar bile yüz yirmi beş Liradan ikiyüz elli Liraya kadar hafif para veya bir aydan altı aya kadar hafif hapis cezasıyla veya her ikisiyle cezalandırılırlar"* denilmektedir. Bu düzenleme 04.11.2004 tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7. maddesi uyarınca kabahat niteliği taşımaktadır.

Kanun'un 1. maddesinde, Türk vatandaşları ve yabancıların İçişleri Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu'nca tayin olunan yolcu giriş-çıkış kapılarından Türkiye'ye girip çıkabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Bu kabahat ile göçmen kaçakçılığı arasındaki temel farklılık su-

çun maddi unsurlarından fiil ve fail bakımından karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, Pasaport Kanunu'nun 35. maddesindeki kabahatte yaptırma bağlanan fiil; Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen yerler dışında Türkiye'ye girmek veya Türkiye'den çıkmak, fail ise, bu yolla Türkiye'ye giren veya Türkiye'den çıkan kişilerdir. Buna karşılık göçmen kaçakçılığında bu kişiler suçun konusunu oluşturduğu gibi yasaklanan fiil de yasadışı yollardan Türkiye'ye girmeye veya çıkmaya imkân sağlamaktır.

Türkiye'ye Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen yerler dışından girilmesi durumunda Pasaport Kanunu'nun 35. maddesi uygulanır. Göçmen kaçakçılığında ise, ülkeye girişin Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen yerler dışından olması şartı aranmamaktadır.

D. Yolcuları, Pasaport ve Diğer Belgelerin Yoklanması İçin Hükümetçe Belirlenen Yerlerin Dışındaki Yerlere Nakletme, Kara, Deniz ve Hava Taşıtlarını Sevk ve İdare Etme veya Bu Hususta Kılavuzluk Yapma

Pasaport Kanunu'nun 36. maddesinde; *“Yolcuları, pasaport ve diğer vesikaların yoklanması için Hükümetçe tayin olunan mevkilerin gayrı olan yerlere bilerek nakleden kara, deniz ve hava taşıtlarını sevk ve idare edenler veya bu hususta kılavuzluk yapanlar bir aydan iki seneye kadar hapis olurlar”* denilmektedir. Buna göre; suçun oluşabilmesi için, fiilin işlenmesinde kara, deniz veya hava taşıtının kullanılması gerekir. Göçmen kaçakçılığı suçunda ise, böyle bir sınırlama bulunmamaktadır.

Türkiye içinde bir yerden bir yere kişilerin nakledilmesi durumunda Pasaport Kanunu'nun 36. maddesinin uygulanması mümkün değildir.³⁹ Bu suçun manevi unsuru kasttır. Buna karşılık göçmen kaçakçılığı suçunda failin bilerek ve isteyerek hareket etmesinin yanı sıra

³⁹ “5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 36. maddesi “Yolcuları Pasaport ve diğer vesikaların yoklanması için hükümetçe tayin olunan mevkilerin gayrı olan yerlere bilerek nakleden kara, deniz ve hava taşıtlarını sevk ve idare edenler veya bu hususta kılavuzluk yapanları” cezalandırmakta olup, buna göre yasa maddesinde Türkiye'den yurtdışına çıkacak veya girecek olanları gümrük kapılarından başka yerlere bilerek taşımanın cezalandırıldığı, sanıkların yasa dışı yollardan yurda girmiş kişileri yurt içinde bir yerden başka bir yere sevk etmekten ibaret eylemlerinin bu madde kapsamında değerlendirilemeyeceği” Yarg. 7. CD'nin 06.10.2004 tarih ve 21662/10723 sayılı kararı.

doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla fiili işlemesi gerekir.

Her iki suç tipinde de yaptırıma bağlanan fiil benzerlik göstermekle birlikte, TCK'nun 79. maddesinde yer alan "yasa dışı yollardan yabancıların ülkede kalmasına imkân sağlama" fiiline, Pasaport Kanunu'nun 36. maddesinde yer verilmemiştir.

III. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki değer karma nitelikte olup, suçun konusunu oluşturan göçmenlerin vücut dokunulmazlığı, malvarlığı, onur ve şerefi, hürriyeti, kamunun sosyal ve ekonomik düzeni ve uluslar arası toplum düzeni şeklinde belirtilebilir.⁴⁰

Buna göre göçmen kaçakçılığı suçunun konusunu oluşturan kişiler, suçun icrası sırasında genellikle ulaşım aracı yerine, nakliye işleminde kullanılan araçlar ile ülkeye sokulmak istedikleri için bu esnada uygun olmayan ortamda kalmakta, vücut dokunulmazlıkları ihlal edilmektedir. Bunun yanında suçun faili çeşitli vaatlerle göçmenlerden maddi bir takım menfaatler elde etmekte, suçun konusunu oluşturan kişiler ise; ya yakalanarak ya da geldiği ülkede istediğini bulamayarak amacına ulaşamadığından, malvarlığı bakımından mağdur olmaktadır.⁴¹

Göçmen kaçakçılığı suçunda her ne kadar suçun konusunu oluşturan kişiler eyleme rıza göstermiş olsa dahi, kişilerin insan haysiyeti ile bağdaşmayacak nitelikte hürriyetlerinin sınırlandırılmasına rıza göstermeleri hukuken geçerli kabul edilemez.⁴²

Suçun konusunu teşkil eden kişiler günlerce hareket özgürlüklerinden mahrum kalmakta, normal şartlarda yaşanması mümkün olmayan yerlerde ve kalabalık bir şekilde barındırılmaktadırlar. İnsanların hareket özgürlüğünün ve insan onuruna yakışır yaşam koşullarının

⁴⁰ Tezcan / Erdem / Önok, s. 89; Doğan, s. 93; Artuç, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, s. 55; Erel, s. 268.

⁴¹ Arslan, Göçmen Kaçakçılığı Suçları, s. 119; Doğan, s. 93.

⁴² Nitekim Anayasa'nın 17. maddesinin 3. fıkrasında, kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza ve muameleye tabi tutulamayacağı belirtilmiştir.

güvence altına alınabilmesi için göçmen kaçakçılığı kanunlarında yaptırımına bağlanmaktadır.

Bunun yanında eylemin icrası sırasında göçmenlere bir eşya gibi davranılmakta, insan olmaktan kaynaklanan her türlü hakları ihlal edilmekte, aşağılayıcı hareketlere muhatap olmakta ve böylece onur, şeref ve saygınlıkları rencide edilmektedir.

Kaçak yollardan ülkeye gelen kişiler yine kaçak olarak ülkede vergi ödemeksizin çalıştırıldıklarından, devletin ekonomik bakımından mağduriyeti ortaya çıkmakta, bununla birlikte işsizlik oranı artmaktadır.⁴³ Kontrolsüz göç akımı nedeniyle devletin güvenliği de tehdit altında kalmaktadır. Bu itibarla gerek devletin iktisadi menfaatlerinin, gerekse kamu düzeni ile sınır güvenliğinin sağlanması için göçmen kaçakçılığı suçuna kanunda yer verilmiştir.

Suçun konusunu oluşturan kişilerin yakalandıktan sonra ülkesine iade edilmesi, yargılama yetkisinin 5237 sayılı TCK'nın 13. maddesi çerçevesinde suç nerede işlenirse işlensin Türkiye'ye ait olması ve diplomatik sorunlar nedeniyle uluslararası düzenin de korunması amacıyla göçmen kaçakçılığı eylemi suç haline getirilmiştir.⁴⁴

IV. SUÇUN UNSURLARI

1. Maddi Unsurlar

A. Fiil

TCK'nın 79. maddesinde yaptırım altına alınan fiil; **a.** bir yabancı'nın yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması, **b.** bir yabancı'nın yasal olmayan yollardan ülkede kalmasının sağlanması veya **c.** bir Türk veya yabancı'nın yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkân sağlanmasıdır.

Göçmen kaçakçılığı, icrai hareketle işlenebileceği gibi, ihmali hareketle de işlenebilir. Örneğin, pasaportsuz olarak ülkeye girmek isteyen yabancılara, maddi menfaat sağlamak için müdahale etmeyen güm-

⁴³ Keser, Hakan, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı Işığında Türkiye'de Yabancıların Çalışma Hakkı ve Yabancı Kaçak İşçilik, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, C:7, S:2, Yıl:2002, s. 323.

⁴⁴ Doğan, s. 95.

rük görevlileri ihmal suretiyle göçmen kaçakçılığı suçunu ika etmiş olurlar.⁴⁵

Göçmen kaçakçılığı, hareketin sayısı bakımından seçimlik hareketli bir suçtur. Bu hareketlerden birisinin gerçekleştirilmesi suçun oluşması için yeterli olup, birden fazla hareketin yapılması durumunda da yine tek bir suçtan bahsedilir. Bu gibi hallerde zincirleme suç hükümleri de uygulanmaz.⁴⁶ Buna göre, yasal olmayan yollardan ülkeye soktuğu yabancıların ülkede kalmasına imkân sağlayan fail, daha sonra bu kişilerin yasadışı yollardan yurt dışına çıkmalarına da yardımcı olsa tek bir göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulur.

Aşağıda seçimlik hareketleri ayrı ayrı inceleyeceğiz.

a. Bir Yabancıyı Yasal Olmayan Yollardan Ülkeye Sokmak

TCK'nın 79. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde; *"bir yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkeye sokan"* kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Bu seçimlik hareket bakımından suçun konusunu sadece yabancılar oluşturmaktadır. Vatandaşların yasadışı yollardan ülkeye sokulması durumunda ilgililer hakkında Pasaport Kanunu hükümleri uygulanır.

Göçmen Kaçakçılığına Karşı Ek Protokol'de, *"yasadışı girişin temini"* ibaresi kullanılmış olmasına karşın, TCK'da *"ülkeye sokmak"* ifadesine yer verilmiştir.⁴⁷ Kanımızca madde metninde *"yabancıyı yasal*

⁴⁵ Hakeri, Hakan, "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a ve 201/b)", *KHUKA*, 1, Mart 2004, Yıl:7, s. 4; Doğan, s. 113.

⁴⁶ Turhan, s. 9; Doğan, s. 112.

⁴⁷ Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde, yasadışı yollardan ülkeye girişi temine yönelik bir takım hareketleri göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında değerlendirmiştir. "Meriç Nehri'nin ve yol güzergâhının durumu hakkında diğer sanıklara bilgi verdikleri, göçmenleri taşıyan araçların geçişinden önce yolu kontrol ettikleri ve göçmenleri sınırdan geçiren kılavuz tabir edilen kişileri dönüşlerinde İstanbul veya Keşan'a götürdükleri, sanık Ü.G.'nin de, göçmenlerin içine binerek gizlenip sınırı geçmeleri için maddi menfaat karşılığı TIR temin ettiği, yine İpsala'ya taşınmaları için araç bulunmasına yardım ettiği anlaşılmış bulunmasına göre; kanıtlanan eylemleri TCK'nın 201-a/2. madde ve fıkrasında tanımlanan göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturduğu halde, suç nitelendirmesinde yanılığa düşülerek yazılı biçimde TCK'nın 313. maddesinden hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir" Yarg. 8.

olmayan yollardan ülkeye girmesine imkân sağlanması” teriminin kullanılması, hem Ek Protokol’e, hem de 79. maddede yer alan diğer seçimlik hareketlere uygunluk açısından daha yerinde olurdu.⁴⁸

Yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkeye sokmak seçimlik hareketini açıklamadan önce “ülke” kavramından ne anlaşılması gerektiğini belirtmeliyiz. Ülke sözlükte; bir devletin egemenliği altında bulunan toprakların tümünü ifade etmektedir.⁴⁹ TCK’nın 8. maddesinin 2. fıkrasında; “(2) Suç; “a) Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında, b) Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla, c) Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla, d) Türkiye’nin kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformda veya bunlara karşı, işlendiğinde Türkiye’de işlenmiş sayılır” denilerek ceza kanununun yer itibarıyla uygulanması bakımından Türk ülkesine nelerin dâhil olduğu belirtilmiştir.

Bu düzenleme uyarınca Türk ülkesinin toprakları, iç suları (nehirler, göller, koylar, limanlar, kapalı denizler), karasuları ve bunların üstündeki hava tabakasından oluşan yeryüzü parçası gerçek anlamda ülkeyi oluşturmaktadır. Buna karşılık devletin savaş gemileri, açık denizde bulunan ticaret gemileri, hava vasıtaları, kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgede tesis edilmiş sabit platformlar ise, farazi anlamda ülkeyi teşkil etmektedir.⁵⁰ Kanaatimizce göçmen kaçakçılığı yönünden ülkeden anlaşılması gereken, farazi değil, gerçek anlamda ülkedir. Bu çerçevede ülke, Türkiye Cumhuriyeti’nin egemenlik yetkilerine sahip olduğu yeryüzü parçasını (coğrafi alanını) ifade etmektedir.⁵¹

“Ülkeye sokmak” suçun konusunu oluşturan kişinin sınırlardan geçerek Türk ülkesine dâhil olmasıyla gerçekleşir. Nitekim “sokmak” sözlükte; içine veya arasına girmesini sağlamak, yasak şeyi gizlice ge-

CD’nin 01.11.2004 tarih ve 7796/8304 sayılı kararı. Karar için bkz. Doğan, s. 116.

⁴⁸ Benzer görüş için bkz. Doğan, s. 116

⁴⁹ TDK Türkçe Sözlük, s. 2056.

⁵⁰ Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2007, s. 260 vd.; Demirbaş, s. 138; Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Ankara 2006, s. 63; Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 5. Bası, İstanbul 2008, s. 125-129.

⁵¹ Doğan, s. 114; Arslan, *Göçmen Kaçakçılığı Suçları*, s. 295.

tirmek veya götürmek anlamına gelmektedir.⁵²

“Sokmak” hareketi yönünden göçmen kaçakçılığı, ani suç niteliğindedir.⁵³ Ayrıca ülkeye sokulan kişinin faille birlikte veyahut onun refakatinde bulunması gerekmektedir.⁵⁴

Ülkeye giriş yasal yoldan olmamalıdır. Şayet ülkeye giriş, mevzuata uygun ise, göçmen kaçakçılığına ilişkin 79. madde tatbik edilmez. Eğer kişi, 80. maddede belirtilen maksatlarla ve araçlarla ülkeye sokulmuşsa, insan ticareti suçu gerçekleşmiş olur.⁵⁵ Buna karşılık, ülkeye yasa dışı sokulan veyahut ülkeden yasa dışı çıkarılan kimsenin, bu safhadan sonra insan ticareti için tedarik edilmesi halinde, fail, hem göçmen kaçakçılığı hem de insan ticareti suçundan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır.

Ülkeye giriş, sahte belgeler vasıtasıyla gerçekleştirilmiş ise, fail düzenlenen belgenin niteliğine göre, belgede sahtecilik suçundan da ayrıca cezalandırılır (TCK m.212).

Yabancıların ülkeye girişlerine ilişkin kurallar 5682 sayılı Pasaport Kanunu’nda düzenlenmiştir. Buna göre ülkeye girişin yasal olabilmesi için, daha önceden belirlenmiş olan giriş kapılarının kullanılması (Pasaport Kanunu m.1),⁵⁶ pasaport veya pasaport yerine geçen bir belgenin gösterilmesi (Pasaport Kanunu m. 2),⁵⁷ giriş vizesinin bulunması (Pasaport Kanunu m. 5),⁵⁸ ülkeye giriş yapanın ülkeye girişi yasakla-

⁵² TDK Türkçe Sözlük, s. 1786.

⁵³ Evik, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s. 160.

⁵⁴ Doğan, s. 116.

⁵⁵ Ayrıca bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 103 vd.; Doğan, s. 145.

⁵⁶ Pasaport Kanunu’nun 1. maddesinin 1 inci fıkrasında; “Türk vatandaşları ve yabancılar İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca tayin olunan yolcu giriş - çıkış kapılarından Türkiye’ye girip çıkabilirler” denilmektedir.

⁵⁷ Pasaport Kanunu’nun “Pasaport veya pasaport yerine geçerli vesika zorunluluğu” başlıklı 2. maddesine göre; “Türk vatandaşları ile yabancılar Türkiye’ye girebilmek ve Türkiye’den çıkabilmek için yolcu giriş - çıkış kapılarındaki polis makamlarına usulüne uygun ve muteber pasaport veya pasaport yerine geçerli bir vesika ibraz etmeye mecburdurlar”.

⁵⁸ Pasaport Kanunu’nun 5. maddesinde; “Bu kanunda derpiş edilen istisnalar dışında yabancıların Türkiye sınırlarından içeriye girebilmek için yetkili Türk makamlarından vize almaları mecburidir. Vizesiz olarak Türkiye sınırlarına gelenlerin memleketeye kabulü ilgili emniyet makamlarının müsaadesine bağlıdır” denilmektedir.

nan kişilerden olmaması (Pasaport Kanunu m. 8)⁵⁹ gerekir. Bu şartların varlığı halinde yabancının ülkeye girişi yasal olacağı için göçmen kaçakçılığı suçundan bahsedilmez.

b. Yabancının Yasal Olmayan Yollardan Ülkede Kalmasına İmkân Sağlamak

Mevzuatımızda yabancıların ülkede ikamet etmelerine ilişkin temel koşullar, 5683 sayılı Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkındaki Kanun'da düzenlenmiştir. Bunun yanında 442 sayılı Köy Kanunu⁶⁰ ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nda⁶¹ yabancıların ikametlerine ilişkin bazı özel düzenlemeler bulunmaktadır. Söz konusu kanunlarda yer alan şartlara uymaksızın bir yabancının ülkede kalması yasal değildir.

⁵⁹ Türkiye'ye girmesi yasak olan kişiler, Pasaport Kanunu'nun 8. maddesinde; "1. Serseriler ve dilenciler;

2. Delilikle veya bulaşık hastalıkla malül olanlar (Bu gibilerden umumi sıhhati ve asiye tehlikeye sokmayacak halde olup kendi vasıtalarıyla veya kanuni veli veya vasilerinin maddi himayeleri altında olarak tedavi veya hava değiştirme için gelenler bu hükümden istisna edilebilirler);

3. Türkiye Cumhuriyetinin taraf bulunduğu, mücrimlerin iadesine müteallik anlaşma veya antlaşmalarla iadeye esas olarak kabul edilen suçlardan birinden sanık veya hükümlü bulunanlar;

4. Türkiye'den sınır dışı edilmiş olup da avertedine müsaade edilmemiş bulunanlar;

5. Türkiye Cumhuriyetinin emniyetini ve umumi nizamını bozmak niyetiyle veya bozmak isteyenlere ve bozanlara iştirak veya yardım etmek maksadıyla geldikleri sezilenler;

6. Fahişeler ve kadınları fuhsa sevk ederek geçinmeyi meslek edinilenlerle beyaz kadın ticareti yapanlar ve her nevi kaçakçılar;

7. Türkiye'de kalacaklarını beyan ettikleri müddetçe yaşamalarına ve tekrar gitmelerine yetiyecek paraları bulunmayıp Türkiye'de kendilerini himaye edecek kimseleri bulunduğunu veya Türkiye'de yabancılara kanunla menedilmemiş işlerden birini tutacaklarını ispat edemeyenler" şeklinde sayılmıştır.

⁶⁰ 18.03.1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanunu'nun 88. maddesinde; "Ecnebi tebaası köylerde ikamet etmek için Dâhiliye Vekâletinden resmi tezkere alacaklardır. Bu tezkerelerin verilip verilmemesi ve ikamet müddetlerinin azaltılıp çoğaltılması Dâhiliye Vekâletine aittir" denilmektedir.

⁶¹ 18.12.1981 tarih ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nun 9. maddesinde; "(...) b) Yabancı gerçek ve tüzelkişiler bu bölgede taşınmaz mal edinemezler. Yabancılara ait bölgedeki taşınmaz malların tasfiyesine karar vermeye, tasfiye şekil ve şartlarını tespitte Bakanlar Kurulu yetkilidir.

c) (1) Yabancılar izin almadan geçici dahi olsa bölgeye giremezler, oturamazlar, çalışamazlar ve taşınmaz mal kiralayamazlar.

(2) Görevli yabancı uyruklu sivil kişilere izinler garnizon komutanlığının görüşü alınarak valiliklerce verilir" denilmektedir.

5237 sayılı TCK'nın 79/1-(a) maddesinde; yasal olmayan yollardan bir yabancı'nın ülkede kalmasına imkân sağlamak cezalandırılan hareketler arasında sayılmıştır. Bu seçimlik hareketin konusunu sadece yabancılar oluşturur. Vatandaşların Türkiye'de ikamet etmeleri herhangi bir izne tabi değildir. Anayasa'nın 23. maddesinin son fıkrasında da; vatandaşın sınır dışı edilemeyeceği açıkça belirtilmiştir.

765 sayılı TCK'da bu seçimlik hareket dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi için, ülkede kalmasına imkân sağlanan kişilerin ülkeye yasadışı yollardan girmiş olmaları gerekmektedir. Buna karşılık, 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde böyle bir şart aranmamıştır. Buna göre, ülkeye yasal yollardan girdikten sonra, sürekli oturma hakkı bulunmaması sebebiyle ülkeyi terk etmesi gerekmesine rağmen, ülkeyi terk etmeyen yabancı'nın, ülkede kalmasına imkân sağlayan kişi göçmen kaçakçılığı suçunu işlemiş olur. Bu husus madde gerekçesinde; *“yasal olarak yurda girmiş olmakla beraber, Türkiye'de sürekli olarak oturmalarına yetkili mercilerce karar verilmemiş yabancıların ülkede kalmalarına imkân sağlamak da, bu suçu oluşturacaktır”* şeklinde ifade edilmiştir.

İmkân sağlamak, *“bir işin olmasına elverişli ortamı hazırlamak”* şeklinde tanımlanabilir. Buna göre, seçimlik hareket yönünden; yabancı'nın ülkede kalabilmesi için maddi bir takım olanaklar sunulmuş olmalıdır. Örneğin, barınacak yer temin etmek, mütemadiyen yiyecek ve içecek getirmek, hatta para yardımıyla bulunmak gibi. Buna karşılık, yabancıların yasadışı olarak ülkede kalmasının teşvik edilmesi, nasihat edilmesi gibi manevi yardımlar seçimlik hareket kapsamında değerlendirilmemelidir.⁶²

Göçmen kaçakçılığı, yasal olmayan yollardan bir yabancı'nın ülkede kalmasına imkân sağlamak yönünden mütemadi suç niteliği taşımaktadır. Gerçekten hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve icrası devam etmeyen suçlara *“ani suç”*, bununla beraber tipiklikteki hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve icrası devam eden suçlara ise, *“mütemadi suç”* denir.⁶³ Mütemadi suçun tamamlanma ve bitme zamanları birbirinden farklıdır. Suçun bitme anı tamamlanma zamanından sonra gelir. *“Bitme anı... temadinin bittiği andır”*.⁶⁴

⁶² Doğan, s. 123.

⁶³ Bkz. Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 408; Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, 3. Bası, Ankara 2006, s. 202.

⁶⁴ Kunter, Nurullah, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket-Netice-Sebebiyet*

Göçmen kaçakçılığı da, yabancının ülkede kalmasına imkân sağlanmasıyla tamamlanmışsa da bitmemiştir. Yabancı ülkede kalmaya devam ettiği sürece fiil temadi eder. Suçun bitme zamanı, yabancının ülkede kalmaya devam etmelerinin sona erdiği andır.⁶⁵

Yabancının ülkede yasal olmayan yollardan kalmasına imkân sağlanması hareketinin en azından temadi teşkil edebilecek bir süre devam etmesi gerekir.⁶⁶ Bu itibarla, kaçak olarak ülkede bulunan yabancılara bir defaya mahsus olmak üzere, maddi menfaat karşılığında yemek verilmesi bu suçu oluşturmaz.⁶⁷ Aynı şekilde yabancının sokakta kaldığını görüp acıyarak evine alan ve bu kişinin bu surette ülkede kalmasına imkân sağlayan kişinin eylemi de göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında değerlendirilmemelidir. Ancak bu son ihtimalde yabancıya yardım eden kişinin derhal durumu yetkili makamlara bildirmesi gerekmektedir.

c. Türk Vatandaşı veya Yabancının Yasal Olmayan Yollardan Yurt Dışına Çıkmasına İmkân Sağlamak

TCK'nın 79. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; Türk vatandaşı veya yabancının yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkân sağlamak yaptırım altına alınmıştır.

Alâkası), İstanbul 1955, s. 94.

⁶⁵ Doğan, s. 130.

⁶⁶ "Sanığın İstanbul'da çalışmak amacıyla yasadışı yollardan Türkiye'ye girmiş bulunan yabancı uyruklu 34 göçmeni Hatay ili Ovakent beldesinde bulunan evinde birkaç gün barındırması şeklindeki eyleminin, göçmenlerin nihai amacı ve sanığın evinde kalış süreleri de dikkate alındığında, ülkede kalmaya imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı" (Yarg. 8. CD'nin 02.04.2007 tarih ve 5743/2640 sayılı kararı); "Sanıkların yasal olmayan yollardan ülkeye girmiş bulunan bir kısım yabancıyı maddi menfaat elde etmek maksadıyla yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamak amacıyla bir araca bindirip hareket ettikten bir süre sonra kolluk güçleri tarafından yakalanmış oldukları ve bu suretle işlemeyi kastettikleri suç u elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladıkları, ellerinde olmayan nedenlerle tamamlayamadıkları anlaşılmalı bulunması karşısında, sanıkların fiilinin TCK'nın 79/ 1-b madde, fıkra ve bendinde tanımlanan yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek, olayda ülkede kalmaya imkan sağlama amacının ve bu eyleminde var olması gereken temadi unsurunun bulunmadığı gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kuruması oyçokluğuyla bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 8. CD 11.04.2006, 1631/3028).

⁶⁷ Doğan, s. 129.

Bu seçimlik hareket açısından suçun konusu yabancı olabileceği gibi Türk vatandaşı da olabilir.

765 sayılı TCK'nın 201/a maddesinde; daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenlerin suçun konusu olabilecekleri belirtilmişti. Bu itibarla, ülkeye yasal yollardan girmiş olan yabancıların veya vatandaşların yasal olmayan yollardan yurtdışına çıkarılmaları göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında değerlendirilmemektedir.⁶⁸

TCK'da ise böyle bir ayrıma yer verilmemiş, gerek yasal gerek yasadışı yollardan girmiş olan kişilerin yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkarılmasına imkân sağlanması göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında değerlendirilmiştir.

"Ülke dışına çıkmak", suçun konusunu oluşturan kişinin Türk ülkesi sınırlarından başka bir ülkenin egemenliği altındaki coğrafi alana girmesi ile tamamlanır. Ülkeden çıkışa ilişkin koşullar Pasaport Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre, öncelikle ülkeden çıkışın belirlenen çıkış kapılarından yapılması (m. 1/1) ve pasaport bulundurulması (m. 2/1) gerekir. Ülkeye girişten farklı olarak çıkışta vize şartı aranmamaktadır (m. 7/1). Bu şartlar yerine getirilmeksizin kişilerin ülke dışına çıkmasına imkân sağlanması durumunda, göçmen kaçakçılığı suçu oluşacaktır.

Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinde, yurt dışına çıkmaları, mahkemelerce yasaklananlara, memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlere, pasaport veya seyahat vesikası verilmeyeceği ve bu surette bu kişilerin yurt dışına çıkışlarının engelleneceği belirtilmiştir.

Bunun yanında 5271 sayılı CMK'nın 109. maddesinde, şüpheli veya sanık hakkında mahkeme tarafından yurt dışına çıkış yasağı getirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, gerek Pasaport Kanunu'nun 22. gerek CMK'nın 109. maddesine göre, yurt dışına çıkmaları yasaklanmış kişilerin yasal olmayan yollardan yurtdışına çıkmalarına imkân sağlayan kişiler de göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulmalıdır.⁶⁹

Bunun dışında yukarıda da belirttiğimiz gibi, yurt dışına çık-

⁶⁸ Hakeri, s. 6; Arslan, s. 293; Doğan, s. 121.

⁶⁹ Doğan, s. 121, 122.

maya imkân sağlama fiili sadece maddi olanaklar açısından değerlendirilmeli,⁷⁰ kişilerin yasal olmayan yollardan yurtdışına çıkmalarını teşvik eden, nasihat eden kişiler ise, göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulmamalıdır. Ancak şunu da belirtmeliyiz ki, kişilerin yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkması konusunda teşvikte bulunan ya da bu kararı kuvvetlendiren kişilerin Pasaport Kanunu çerçevesinde yardım eden olarak sorumlulukları devam etmektedir.

Alman hukukunda yukarıda da belirttiğimiz gibi, yasadışı yollardan bir kişinin ülkeye girmesine azmettiren kişiler de göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulmaktadır.

B. Fail

TCK'nın 79. maddesinde faili belirtmek üzere "kişi" terimi kullanıldığından, göçmen kaçakçılığı suçu herkes tarafından işlenebilen bir suçtur. Suçun failinin Türk veya yabancı olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Suçun gerçekleşmesi için birden fazla kişinin birlikte hareket etmesi aranmadığından, çok failli suç niteliği taşımaktadır. Buna karşılık, suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, 79. maddenin 2. fıkrası uyarınca daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Failin kamu görevlisi olması ve kendisine görevi dolayısıyla verilmiş araç ve gereçleri suçun işlenmesi sırasında kullanması halinde, TCK'nın 266. maddesi uyarınca ceza artırılabacaktır.

Suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde tüzel kişinin organ veya temsilcileri tarafından işlenmesi halinde tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır (m. 79/3). Örneğin, denizcilik şirketine ait bir gemi ile kaçak yollardan insanlar ülkeye so-

⁷⁰ "Sanıklar M. ve B.'nin illegal yollardan Türkiye'ye giriş yapan ve Yunanistan ülkesi Midilli adasına gitmek isteyen Afganistan uyruklu 10 göçmeni alıp, 13.08.2004 tarihinde ... sahile getirerek bıraktıkları ve botla Midilli adasına gidebileceklerini belirttikleri, yine 12.09.2004 tarihinde sanık B'ün illegal yollardan Türkiye'ye giriş yapan ve İstanbul'dan Balıkesir ili Edremit ilçesine gitmelerini sağladığı 4 Afganistan uyruklu göçmeni Çanakkale ilinin ... mevkiindeki sahile getirip "karşısı Yunanistan, şişme bot ile geçersiniz" diyerek olay yerinden ayrıldığı, ancak sınırı kendi imkanları ile geçemeyen göçmenlerin sahilde kolluk görevlilerince yakalandığının anlaşılması karşısında, sanıkların eylemlerinin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlama niteliğinde olup, suçun tamamlandığı..." (Yarg. 8. CD 27.02.2007, 5435/1576).

kulmuşsa, suçun faili olan kişiler 79. maddede belirtilen ceza ile cezalandırılacak, tüzel kişi olan şirkete ait geminin ise müsadere karar verilecektir.⁷¹ Ancak bu aşamada müsadereye ilişkin şartların gerçekleşmiş olması özellikle de müsadere konusu geminin iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmaması ve orantılılık ilkesinin gözetilmesi gerekir.

C. Mağdur

Göçmen kaçakçılığı suçunun mağduru, toplumu oluşturan herkeştir.⁷² Nitekim bu suç ile asıl korunmak istenen yarar, kamu düzeni, devletin güvenliği olup, suçun konusunu oluşturan yabancı veya vatandaş değil, toplumu oluşturan bireyler mağdurdur. Yargıtay 8. Ceza Dairesi de, 25.04.2006 tarih ve 2028/3617 sayılı kararında; göçmen kaçakçılığı suçunun “*yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu*”nu belirtmiştir.

D. Konu

Göçmen kaçakçılığında yasal olmayan yollardan ülkeye sokulan yabancı veya yurt dışına çıkarılan Türk veya yabancı, suçun konusunu oluşturmaktadır (TCK m. 79). Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 25.04.2006 tarih ve 2028/3617 sayılı ilamında da; “*sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda bulunan göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp, suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu, göçmenlerin sayıca çok olmasının TCK'nın 61 inci maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektireceği gözetilmeden, zincirleme suç kabulü ile 5237 sayılı TCK'nın 43/2. madde ve fıkrasının uygulanması suretiyle ceza tayini (...) bozmayı gerektirmiştir*” denilmek suretiyle göçmen kaçakçılığındaki bu özellik ortaya konulmuştur.

Göçmen kaçakçılığında, göçmenler, insan onuruyla bağdaşmayan tutum ve davranışlara muhatap olmaları, içinde buldukları çaresizlikten istifade edilerek maddi yönden sömürülmeleri dolayısıyla suç-

⁷¹ Doğan, s. 106.

⁷² Tezcan / Erdem / Önok'a göre, göçmenler suçun hem konusu hem de mağdurdur. Tezcan / Erdem / Önok, s. 89, 90; Aynı yönde bkz. Artuç, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s. 56.

tan zarar gören konumundadırlar ve suçun konusunu oluştururlar. Bu çerçevede yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması veya ülkede kalmasına imkân sağlanması bakımından yabancılar; yurtdışına çıkmasına imkân sağlanması açısından hem Türk vatandaşları hem de yabancılar suçun konusu olarak karşımıza çıkar.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 79. maddenin 1. fıkrası açısından, Türklerin suçun konusu olması mümkün değildir. Zira Anayasa'nın 23. maddesinin son fıkrasında; vatandaşın sınır dışı edilemeyeceği ve yurda girme hakkından yoksun bırakılmayacağı belirtilmiştir. Her ne kadar Türk vatandaşı yasal olmayan yollardan Türkiye'ye girdiğinde göçmen kaçakçılığı suçunun faili ya da konusu olmazsa da, Pasaport Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri kapsamında cezai sorumluluğu gündeme gelebilir.

Göçmen kaçakçılığının konusunu oluşturan göçmenlerin, TCK'nın 79. maddesinden dolayı cezalandırılması mümkün değildir. Nitekim Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 5. maddesinde, göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olmaları dolayısıyla cezai kovuşturmaya tabi tutulmayacakları belirtilmiştir. Ancak bu kişilerin Pasaport Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca cezai sorumlulukları devam etmektedir.⁷³

Her ne kadar 79. maddenin başlığı "göçmen kaçakçılığı" ise de, suçun konusunu göçmenlerin yanı sıra mülteciler, sığınmacılar ve vatansızlar da oluşturmaktadır.

"Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere

⁷³ "1- Olay tarihinde Koyunbaba mevkiinde yurtdışına çıkış yapacağı belirlenen yabancı uyruklu 40 kişinin yakalandığı ve bu şahıslar hakkında 5682 sayılı Pasaport Kanununa Muhalefet suçundan işlem yapıldığının anlaşılması karşısında, yabancı uyruklu şahıslar hakkında açılan dava dosyasının getirilerek delillerin birlikte değerlendirilmesiyle sanığın hukuki durumunun buna göre tayin edilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması;

2- Kabule göre de;

765 sayılı TCK'nın 201/a maddesiyle 5237 sayılı TCK'nın 79/1-b maddesinin karşılaştırılıp 201/a maddesinin sanık lehine olduğunun belirlenmesine ve buna göre önceki yasa sonraki yasa değerlendirilmesinde kül halinde uygulama yapılması gerekirken, hükme 5237 sayılı yasanın 79/1-b maddesiyle başlanması ve ardından da 765 sayılı Kanun'un 201/a maddesiyle hükme devam edilmesi ve bundan sonra da 5237 sayılı yasanın 53. maddesine dönmek suretiyle cezalandırma karma uygulama yapılması" (Yarg. 8.CD 22.12.2005, 2513/12505).

Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in⁷⁴ (İskan Yönetmeliği) 3. maddesinde; mülteci, sığınmacı ve mülteci olmak üzere ikili ayrıma tabi tutularak tanımlanmıştır.

Buna göre, mülteci; *“Avrupa’da meydana gelen olaylar sebebiyle ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancı”* anlamına gelmektedir.

Sığınmacı ise; *“ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancı”* ifade etmektedir.

Yasadışı yollardan Türkiye’ye gelen mültecilerle ilgili olarak İskan Yönetmeliği’nin 4. maddesinde bir istisna hüküm bulunmaktadır.⁷⁵ Buna göre, yasal olmayan yollardan Türkiye’ye gelenler, giriş yaptıkları yer valiliklerine en geç 10 gün içerisinde müracaat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilmektedirler. Ancak bu imkândan sadece Türkiye’ye yasadışı yollardan gelen mülteciler faydalanabilirler. Yasal olmayan yollardan gelen mülteci, yönetmelikte belirlenen on günlük süre içerisinde giriş yaptığı yer valiliğine bildirimde bulunmazsa, hakkında 5682 sayılı Pasaport Kanunu ile 5683 sayılı Yabancıların

⁷⁴ 30.11.1994 tarih ve 22127 sayılı *Resmi Gazete*.

⁷⁵ Bu konu ile ilgili olarak, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme’nin 31 inci maddesinin birinci fıkrasında; *“Taraflar Devletler, hayatlarının veya özgürlüklerinin, 1. maddede gösterilen şekilde tehdit altında bulunduğu bir ülkeden doğrudan gelerek izinsizce kendi topraklarına giren veya bu topraklarda bulunan mültecilere, gecikmeden yetkili makamlara başvurarak yasadışı girişlerinin veya bulunuşlarının geçerli nedenlerini göstermeleri koşuluyla, yasadışı yollardan girişleri veya bulunuşlarından dolayı ceza vermeyeceklerdir”*. Bu sözleşme Türkiye tarafından 359 sayılı kanunla onaylanmış ve 5 Eylül 1961 tarih ve 10898 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun hükümlerine göre işlem yapılır.

Hiçbir devletin, kendi vatandaşlığına kabul etmediği veya vatandaşlığı olmakla birlikte, bu vatandaşlığını yasal olarak ya da fiili sebeplerle kaybettikten sonra herhangi bir devletin vatandaşlığını kazanmamış olan kimseler yani “vatansızlar” da göçmen kaçakçılığı suçunun konusunu oluşturabilirler⁷⁶. Her ne kadar 79 uncu maddede yasal olmayan yollardan yabancıların ülkeye girmesi, yabancıların ülkede kalmasına imkân sağlanması ya da ülkeden çıkmasına imkân sağlanmasından bahsedilmişse de, göçmen kaçakçılığı ile korunmak istenen hukuki menfaat göz önüne alındığında, vatansızların da bu suçun konusu olmaları mümkündür.

E. Suçun Nitelikli Unsurları

TCK’nın 79. maddesinin 2. fıkrasında, göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bu gibi durumlarda, faile verilecek ceza yarı oranında artırılır.⁷⁷ Söz konusu nitelikli hal, 765 sayılı TCK’nın 201/a maddesinde de yer almaktaydı.

TCK’nın 220. maddesinde, suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya yönetme, üye olma, örgütün veya amacının propagandasını yapma suçları düzenlenmiştir.

Bu hüküm, birden çok kişinin bir seri suç işlemek amacıyla bir araya gelmelerini cezalandırmaktadır. Zira suç işlemek için oluşturu-

⁷⁶ Doğan, s. 101.

⁷⁷ “Yasadışı yollardan Türkiye’ye giren şahısların yurt dışına çıkarmak amacı ile Seferihisar, Sığacık limanında bekleyen tekneye bindirmek için İstanbul’dan Seferihisar’a getirdiklerinde yakalanan sanıklar hakkında uygulanan TCK m. 201/a maddesinin son fıkrasında ağırlatıcı neden olarak bulunan “örgüt”ten eylemsiz bir anlaşmanın kastedilmediği, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi’nin 1. maddesinde tanımlanan örgütlü suç kavramından aynı Sözleşmeye Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol’ün 1. maddesiyle birlikte yorumlanmasında örgütten kastedilen maddi çıkar elde etmek amacıyla varolan üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik biçimde yapılanmış sürekli ve disiplinli bir işbirliği öngörmesi ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş bir grubun anlaşılması gerekmesi karşısında son fıkrada yer alan ağırlatıcı nedenin uygulanması bozmayı gerektirmiştir” Yarg. 8. CD’nin 05.04.2005 tarih ve 341/2011 sayılı kararı, karar için bkz. Doğan, s. 151.

rulmuş bir örgütün varlığı, toplum içerisinde karışıklığa ve endişeye sebep olacaktır. Örgütün işlemeyi düşündüğü suçlardan bağımsız olarak bizatihi kurulmuş olması, kanunkoyucu tarafından toplum düzenini bozucu nitelikte görülmüş ve bu suç ihdas edilmiştir.

Örgüt kurma suçu “çok failli” bir suç tipidir. Kanuni tarife göre, bir kimse tarafından işlenmesi mümkün olan suçlara bireysel ya da tek failli suçlar, tipe uygun bir surette işlenebilmeleri için birden fazla failin bulunması şart olan suçlara ise, toplu veya çok failli suçlar denmektedir. Örgüt kurma suçunda da “örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması” hususuna yer verildiğinden, suçun oluşması belirtilen amaçla ancak bu sayıda kimselerin birleşmesi halinde mümkündür. Hatta başlangıçta var olan üye sayısı daha sonradan yasada aranan sayının altına indiği takdirde de, örgüt kurma suçunun sona erdiğini kabul etmek gerekir.

Örgütün sürekli bir şekilde suç işlemek amacıyla kurulması gereklidir. Bu birleşmenin şekli ve niteliği, toplantı yapıp yapmaması vs. önemli değildir. Önemli olan “sürekli bir şekilde suç işlemek” amacıyla bir araya gelmedir.⁷⁸ Suç tipi, “sürekli bir şekilde suç işlemek” amacıyla faillerin iradelerinin birleşmesi anında tekemmül etmiş olur ve bu andan sonra “mütemadi suç” olarak devam eder.⁷⁹

Örgüt, süreklilik arz eden, kendisini oluşturanlar arasında planlı ortaklık, iş bölümü bulunan, başında bir lider olan ve en az üç kişiden oluşan, suç işlemek için kurulmuş bir yapılandır. Teşekkülü oluşturanların suç işlemek için anlaşmış olmaları aranır.⁸⁰ Failler, suç işlemek için kurulmuş bir örgüte üye olduklarını bilerek hareket etmeli, eylemleri suç örgütünün faaliyetlerini ileri götürmeye yönelik olmalıdır.

Örgüt belirtilen özellikleri ile gelişi güzel fiili bir birliktelik değil, suç işlemek amacı doğrultusunda dayanışma, organizasyon ve koordinasyonu içeren disiplinli bir yapıdır. Yargıtay 8. CD'nin 22.5.2000

⁷⁸ Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi. Özel Hükümler*, C.: II, Ankara 1993, s. 1625; “Sanıklar önceden anlaşıp organize olmadan suç oluşmaz” Yarg. 8. CD 22.5.2000, 10828/9312 Ünver, Naci, Uygulamada Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri Ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, Ankara 2001, s. 67 vd.

⁷⁹ Gözübüyük, A. Pulat, *Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi*, Cilt: III, 5. Baskı, İstanbul, s. 195; Erem, II, s. 1626.

⁸⁰ Meran, Necati, *Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 2. Bası, Ankara 2007, s. 1091.

tarikh ve 10828 E.,9312 K. sayılı ilamında bu hususa işaret edilmiştir.⁸¹

Bir başka Yargıtay kararına göre; kişilerin aralarında önceden anlaşıl iş bölümü ve hiyerarşik bir yapı içerisinde süreklilik gösterecek şekilde planlı bir ortaklık ve paylaşım anlayışıyla belirlenmiş sayıdaki suçları işlemek amacı etrafında birleşip birleşmedikleri tartışılmalıdır.⁸²

Örgütün esas vazgeçilmez özelliği, sürekliliği, istikrarıdır. Örgüt amaçlanan suçların işlenmesi aşamalarından bağımsız olarak zaman içinde varlığını sürdürmelidir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre, suç basit birleşmeden ayıran devamlılık, birden fazla suç için olma ve sürekliliktir.⁸³

Suç işlemek için örgüt kurma suçunun oluşabilmesi için fiili birleşme yeterlidir, ancak hukuka uygun şekilde kurulmuş olan veya hukuka uygun amaçlar çerçevesinde faaliyet gösteren kuruluşlar veya oluşumlar bünyesinde işlenmiş münferit suçlar dolayısıyla bunları "suç örgütü" saymak mümkün değildir. Çünkü bu ihtimalde bir araya gelme suç işlemek amacına yönelik bulunmadığından, sadece ilgili suç işleyen kimsenin münferit o suçla ilgili sorumluluğuna gidilmesi gerekir.

Örgütün bir diğer önemli özelliği bu yapının "hiyerarşik" bir ilişki ortaya koymasıdır. Yatay ilişkiler bir örgütün varlığını sonuçlayamaz. Yargıtay kararlarında bu hususa özel bir önem verilmektedir:

"5237 sayılı Yasanın 220. maddesi anlamında bir örgütün varlığından bahsedebilmek için; en az üç kişinin, suç işlemek amacıyla hiyerarşik bir ilişki içerisinde, devamlı bir şekilde amaç suçları işlemeye elverişli araç ve gerece sahip bir şekilde bir araya gelmesi gerekmektedir.

Tanımdan da görüleceği üzere suç işlemek için örgüt kurmak suçundan bahsedilebilmesi için,

a) Üye sayısının en az üç veya daha fazla kişi olması gerekmektedir.

b) Üyeler arasında gevşek de olsa hiyerarşik bir bağ bulunmalıdır. Örgütün varlığı için soyut bir birleşme yeterli olmayıp, örgüt yapılanmasına bağlı

⁸¹ Karar için bkz. Ünver, s. 67 vd.

⁸² Yargıtay 8. CD'nin 10.7.2000 tarih ve 10810 E.,13581 K. sayılı kararı.

⁸³ Yargıtay 8. CD 11.7.1997, 9489/11420; Yargıtay 8. CD 26.11.2001, 14218/16512.

olarak gevşek veya sıkı bir hiyerarşik ilişki olmalıdır.

c) Suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşme yeterli olup, örgütün varlığının kabulü için suç işlenmesine gerek bulunmadığı gibi işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibariyle somutlaştırılması mümkün olmakla birlikte, zorunluluk arz etmemektedir. Örgütün faaliyetleri çerçevesinde suç işlenmesi halinde, fail, örgütteki konumuna göre, üye veya yönetici sıfatıyla cezalandırılmasının yanında, ayrıca işlenen suçtan da cezalandırılacaktır.

d) Örgüt niteliği itibariyle devamlılığı gerektirdiğinden, kişilerin belli bir suçu işlemek veya bir suç işlemek için bir araya gelmesi halinde, örgütten değil ancak iştirak iradesinden söz edilebilecektir.

e) Amaçlanan suçları işlemeye elverişli, üye, araç ve gerece sahip olunması gerekmektedir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, sanıkların sayısının örgüt kurmaya yeterli olduğu ve uyuşturucu ticareti yapma suçu yönünden elverişli üye, araç ve gerece sahip bulunduğu saptanmış ise de, toplanan kanıtlar, özellikle teknik takip sonucu elde edilen bilgi ve belgeler, sanıklar arasında hiyerarşik bir bağ bulunduğu veya suç işleme iradelerinde devamlılık bulunduğunu kabule elverişli değildir. Ceza yargısında, şüphenin sanıklar lehine yorumlanması, evrensel hukukun vazgeçilmez ve değişmez, ilkesidir.

Bu itibarla Özel Daire bozma ilamına uyulması gerekirken, dosya içeriğiyle bağdaşmayacak şekilde, kuşkulu kanıt manzumesinden, sanıklar aleyhine sonuç çıkaran Yerel Mahkeme direnme hükmü evrensel hukuk ilkelerine de aykırı olup, bozulmasına karar verilmelidir".⁸⁴

⁸⁴ Yarg. CGK'nın 03.04.2007 tarih ve 2006/10-253-2007/80 sayılı kararı; "5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen "suç işlemek için örgüt kurmak" suçunun işlendiğinin ve örgütün varlığının kabul edilebilmesi için, üye sayısının en az üç kişi olması, suç işlenmesi bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibariyle devamlılık göstermesi gerekir. Örgütün yapısı sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır. Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibariyle somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak sanık sayısının üç kişi veya daha fazla olması örgütün varlığı için yeterli olmayıp bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebilir.

Somut olaya bakıldığında; henüz haklarında dava tefrik edilen sanıkların ele geçirilip savunmalarının alınmamış olması, sanıkların aralarında hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradesindeki devamlılık saptanmamış olması karşısında, sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK'nın 188/5. maddesinin uygulanması koşulları bulunmadığının gözetilmemesi..." Yarg. 10. CD'nin 14.12.2006 tarih ve 2006/12357-2006/14253; "Somut olaya bakıldığında; sanıkların örgüt oluşturmak için sayısal

220. madde kapsamında örgütün varlığı için işlenmesi amaçlanan suçların konu veya mağdur itibarıyla somutlaştırılmasına ihtiyaç yoktur. Esasen kişiler belli bir suçu işlemek için bir araya gelmişlerse, bu durumda 220. madde çerçevesinde örgüt söz konusu olmayacak, mesele iştirake ilişkin genel hükümlere göre çözülecektir. İştirak ilişkisinin söz konusu olduğunun kabul edilebilmesi için, suç ortakları nezdinde suçun konu veya mağdur bakımından somutlaştırılması gerekmektedir.⁸⁵

Buna göre, göçmen kaçakçılığı suçunu işleyen birden fazla kişi arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmaksızın, sadece belli bir anlaşmanın sonucunda suç işlenmiş ise, söz konusu nitelikli hal uygulanmayacak, faillerin sorumlulukları TCK'nın 37 vd. maddelerinde yer alan iştirak kuralları çerçevesinde belirlenecektir.⁸⁶

Sınraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin "tanımlar" başlıklı 2. maddesinde; "Örgütlü suç grubu", "doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve bu Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya

yeterlikte olduğu anlaşılmakta ise de, aralarında hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradelerinde devamlılık saptanmadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan durum karşısında sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin uygulanmasının koşulları bulunmadığı gözetilmeden 5237 sayılı TCK'nın 188/5. maddesinin uygulanması" Yarg. 10. CD'nin 19.10.2006 tarih ve 2006/9449, 2006/11838 sayılı kararı.

⁸⁵ Gökçen, Ahmet, *Kamu Barışına Karşı Suçlar* (m. 213-222), www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/118.doc. (Erişim Tarihi:14.08.2008), s. 15.

⁸⁶ "Yasadışı yollardan Türkiye'ye giren şahısları yurt dışına çıkarmak amacı ile Seferihisar Sığacak limanında bekleyen tekneye bindirmek için İstanbul'dan Seferihisar'a getirdiklerinde yakalanan sanıklar hakkında uygulanan TCK'nın 201/a maddesinin son fıkrasında ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş bulunan "örgüt" ten eylemsiz bir anlaşmanın kastedilmediği, sınraşan örgütlü suçlara karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 1. maddesinde tanımı yapılan örgütlü suç kavramının, aynı sözleşmeye ek, Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolün 1. maddesiyle birlikte yorumlanmasında örgütten kastedilenin maddi çıkar elde etmek amacıyla var olan üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik biçimde yapılanmış sürekli ve disiplinli bir işbirliği öngörmesi ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş bir grubun anlaşılmasının gerekmesi karşısında, oluşa göre sadece bu göçmen grubunu sınırdan geçirmek üzere bir araya gelen sanıkların durumu örgüt oluşumuna yeterli olmadığı ve suçu iştirak halinde işledikleri anlaşılan sanıklar hakkında TCK'nın 201/a maddesinin son fıkrasının uygulanamayacağına gözetilmemesi..." Yarg. 8. CD'nin 05.04.2005 tarih ve 341/2011 sayılı kararı.

daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup" şeklinde tanımlanmıştır.

Görüldüğü gibi, TCK'nın 220. maddesinden farklı olarak, Sözleşme'nin 2. maddesinde örgütün varlığı için, "doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla" hareket edilmesi aranmaktadır. 220. maddede ise, Sözleşmede yer almayan "sahip olduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olma" şartı bulunmaktadır.

Buna göre, göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda acaba örgütün varlığı için 220. madde mi, yoksa Sözleşme'nin 2. maddesi mi göz önünde bulundurulacaktır. Anayasa'nın 90. maddesinde; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" hükmü yer almaktadır.

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme olması dolayısıyla, göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin mahkeme tarafından yapılan yargılamada örgütün varlığının tespiti açısından öncelikli olarak Sözleşme hükümlerinin dikkate alınması yerinde olur.⁸⁷

765 sayılı TCK'da, göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, failere verilecek cezanın bir kat artırılacağı belirtilmiş, buna karşılık 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde bu gibi durumlarda cezanın yarı oranında artırılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme karşısında 5237 sayılı TCK'nın bu açıdan sanığın daha lehine hüküm içerdiği söylenebilir.

⁸⁷ Nitekim Yargıtay da 765 sayılı TCK döneminde bu hususu vurgulamıştır: "TCK m. 201/a maddesinin son fıkrasında ağırlatıcı neden olarak bulunan "örgüt"ten eylemsiz bir anlaşmanın kastedilmediği, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi'nin 1. maddesinde tanımlanan örgütlü suç kavramından aynı Sözleşmeye Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 1. maddesiyle birlikte yorumlanmasında örgütten kastedilen maddi çıkar elde etmek amacıyla varolan üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grubun anlaşılması gerekmesi karşısında aynı yasanın 313/1. madde ve fıkrasına aykırılıktan hüküm kurulmayacağına gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir" Yarg. 8. CD'nin 07.07.2004 tarih ve 2003/3622-2004/6288 sayılı kararı, karar için bkz. Doğan, s. 151. Doğan'a göre, sadece ülkemiz çapında işlenen suçlarda 5237 sayılı TCK. m.220'nin göz önünde bulundurulması gerekir. Bkz. Doğan, s. 152.

2. Manevi Unsurlar

Göçmen kaçakçılığı, kasten işlenebilen bir suçtur. Fiilin taksirli şekli cezalandırılmamıştır.⁸⁸ Ayrıca failin “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla” hareket etmesi arandığından, bu saik suçun manevi unsurlarındandır. Menfaatin elde edilmesi, örneğin kararlaştırılan paranın alınmış olması, suçun oluşması için gerekli değildir. Eğer failin amacı, mağdurdan cinsel yönden yararlanmak gibi maddi menfaat elde etmek dışında bir amaca yönelikse, bu suç oluşmayacaktır.⁸⁹ Zira maddede açıkça failin maddi menfaat elde etmek maksadıyla hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca dikkat edilecek olursa, madde metninde failin haksız menfaat elde etmesinden bahsedilmemiştir. Buna göre, evini yasal olmayan yollardan ülkede bulunan kişilere, bilerek ve isteyerek kiralayan kişi, haksız bir menfaat sağlamamış olsa dahi, maddi menfaat sağlamak için, bu kişilerin ülkede kalmasına imkân sağladığı için göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulur.

Faildeki maddi yarar elde etme saiki ve suçun konusunu oluşturulan kişinin bu fiillere rıza göstermesi, göçmen kaçakçılığı suçunu diğer suçlardan ayırmaya yarar. Bu nedenle “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmak” veya “vücut organlarının verilmesini sağlamak” ya da “fuhuş için kullanmak veya fuhuş yapmasını sağlamak” amacıyla kişilerin ülkeye sokulması halinde, insan ticareti suçu oluşacaktır.⁹⁰

Göçmen kaçakçılığı suçunun “olası kastla” işlenip işlenemeyeceği hususu üzerinde de durmak gerekir. Esasen kasten işlenebilen bir

⁸⁸ “Sanığın, sanık E.E. liderliğinde göçmen kaçakçılığı yapmak üzere oluşturulan teşekkülde yer aldığına ve suçta kullanılan tekneyi göçmen kaçakçılığında kullanılacağına bilerek kiraladığına ilişkin mahkumiyetine yeterli, her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gibi, dosyaya ibraz edilen teknenin kiralanmasına ilişkin belgenin de aksinin ispatlanamaması olması karşısında, beraati yerine yazılı biçimde mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir” Yarg. 8. CD’nin 03.05.2004 tarih ve 1488/4062 sayılı kararı, karar için bkz. Doğan, s. 134.

⁸⁹ Tezcan / Erdem / Önok, s. 95; Turhan, s. 9; Doğan, s. 134,135; Artuç, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s. 59; Yarg. 8. CD’nin 25.10.2004 tarih ve 6004/8050 sayılı kararında; sanıkların göçmenleri yurt dışına çıkarmak karşılığında cinsel ilişkiye girmelerini, maddi yarar sağlama kapsamında değerlendirmemiştir. Karar için bkz. Erel, s. 281.

⁹⁰ Turhan, s. 9; Doğan, s. 134.

suç (TCK m. 21), kural olarak doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir. Yeter ki, suçun kanuni tanımında doğrudan kasta işaret eden bir ibareye yer verilmemiş olsun.⁹¹ Eğer böyle bir ibare yer almışsa, o suç olası kastla işlenemez, sadece doğrudan kastla işlenebilir.

Örneğin, TCK m. 154/2 (köy tüzel kişiliğine ait olduğunu veya öteden beri köylünün ortak yararlanmasına terk edilmiş bulunduğunu bilerek), 197/2 (sahte parayı bilerek kabul eden), 267 (işlemediğini bildiği halde), 315 (bunların amaçlarını bilerek), 321 (devletin yetkili makam ve mercilerinin emir veya kararlarına bilerek) bu niteliktedir.

Göçmen kaçakçılığına ilişkin 79. madde düzenlemesi incelendiğinde doğrudan kasta işaret eden bir ibareye rastlanmamaktadır. Bu itibarla suçun olası kastla işlenmesinin mümkün bulunduğu düşünülebilir. Ne var ki, göçmen kaçakçılığı suçunun manevi unsuru yönünden taşıdığı bir diğer özellik olası kastla işlenmesini olanaklı kılmamaktadır. Gerçekten tipiklikte, fiilin belirli bir amaç veya saikle işlenmiş olmasının arandığı hallerde de, suçun olası kastla işlenemeyeceği kabul edilmelidir.⁹²

Göçmen kaçakçılığı suçunda da kanunkoyucu failin kastı dışında, belirli saikle hareket etmesini aramıştır. Bu saik madde metninde; *“doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek”* şeklinde gösterilmiştir. Şu halde, belirli bir amaca ulaşmak, neticeyi elde etmek (suçun oluşması bu amaçların elde edilmesine bağlı olmasa da) düşüncesiyle hareket eden failin, *“olursa olsun”* düşüncesinden ziyade *“istemese”* mevzubahistir ve olası kasttan dolayı (m. 21/2) cezasının indirilmesi mümkün görülmemelidir.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

765 sayılı TCK'nın 201/a maddesinin 2. fıkrasında; göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs edenlerin de tamamlanmış suçun cezası ile ce-

⁹¹ Özgenç, s. 297; Centel / Zafer / Çakmut, s. 386 vd.; Demirbaş, s. 342.

⁹² Demirbaş, s. 342; Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 466; Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Cilt:1, 3. Baskı, Ankara 2006, s. 288.

zalandırılacağı belirtilmişti. Kanun koyucunun bir suçun teşebbüs aşamasında kalan halini tamamlanmış suç gibi cezalandırmasına doktrinde kalkışma suçu (teşebbüs suçu) denilmektedir.⁹³ Görüldüğü gibi, 765 sayılı TCK döneminde göçmen kaçakçılığı suçu kalkışma suçu özelliğini taşımakta ve teşebbüs aşamasında kalan eylem tamamlanmış gibi cezalandırılmaktaydı.⁹⁴

Göçmen Kaçakçılığına Karşı Ek Protokol'ün 6. maddesinin 2. fıkrasında; protokole taraf her devletin kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, göçmen kaçakçılığına teşebbüsü de cezalandırması gerektiği belirtilmiştir. Ancak dikkat etmek gerekir ki, protokolde göçmen kaçakçılığına teşebbüsün tamamlanmış suç ile aynı şekilde cezalandırılması yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Protokolde taraf devletlerin kendi hukuk sistemleri çerçevesinde düzenleme yapmaları gerektiği belirtilmiştir.

TCK'nın 79. maddesinde ise, suça teşebbüsün cezalandırılması konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs bakımından genel hükümler uygulanacaktır (TCK m. 35-36).

Yaşa dışı yollardan yabancıya sokulması ya da yabancıya veya Türk vatandaşının ülkeden çıkmasına imkân sağlanması açısından teşebbüsün gerçekleşmesi mümkündür. Buna göre fail, göçmen kaçakçılığının icra hareketlerine başlamış olmasına rağmen, elinde olmayan nedenlerle fiili tamamlayamamış ise, suç teşebbüs aşamasında kalır. Bu durumda, 765 sayılı TCK'nın 201/a maddesinden farklı olarak fail, suçun tam cezası ile cezalandırılmayıp, 35. maddede yer alan teşebbüse ilişkin hükümler uygulanır.⁹⁵ Örneğin fail yurtdışından

⁹³ Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C.: II-III, İstanbul 1992, s. 56. Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 412.

⁹⁴ Turhan, s. 8; Doğan, s. 136.

⁹⁵ "765 sayılı TCK'nın 201/a. maddesinin 2. fıkrasında göçmen kaçakçılığına teşebbüs halinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı hükmünün yer alması ve 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde ise, 765 sayılı TCK'nın 201/a-2. madde ve fıkrasındaki düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle göçmen kaçakçılığı suçunun bütün hallerine teşebbüsün olanaklı olması karşısında;

Olayımızda, sanıkların yasadışı yollardan Türkiye'ye giriş yapmış olup Avrupa'ya gitmek isteyen yabancı uyruklu 15 göçmeni Tatvan'dan aldıkları ve Muş Korkut İlçesinde kolluk güçleri tarafından yakalandıkları anlaşılmakla; sanıkların kanıtlanan bu eyleminin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkân sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı, 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinden veri-

maddi çıkar sağlamak amacıyla Türkiye'ye getirmek istediği yabancıları ülkeye sokmadan önce yakalansa veya Türkiye'de bulunan yabancıları yasadışı yollardan yurt dışına çıkarmaya çalışsa ancak ülkeden çıkaramadan yakalansa eylemi teşebbüs aşamasında kalmış olur.

Yargıtay CGK'nın 25.12.2007 tarih ve 2007/8-149/277 sayılı kararında; *"Somut olayda, sanıklar yönetimlerindeki araçla, yurt dışına çıkararak yarar sağlamak amacıyla yabancı uyruklu kişileri İstanbul'dan alarak yola çıkmışlar ve Edirne ili Meriç ilçesi Küplü beldesinde Bağlık mekiine geldiklerinde, ihbar üzerine kolluk görevlilerince yakalanmışlardır. Araç yakalandığında çamura batmış halde ve sol ön lastiğinin patlamış olduğu, bu nedenle aracın hareket edemediği olay tutanakları ile sabittir. Bu nedenle sanıkların, icra hareketlerine başlamalarına rağmen, gerek ihbar üzerine yakalanmaları gerekse aracın hareket edemeyecek halde olmasından ve bu mekânın hududa uzak bulunmasından dolayı, elde olamayan nedenlerle hareketi tamamlayamadıkları anlaşılmaktadır. Göçmen kaçakçılığı suçunun, 5237 sayılı TCY'nin 79. maddesindeki düzenleme karşısında kalkışmaya elverişli suçlardan olduğu, önceki müzakerelerde ilke olarak kabul edilmiştir. O halde, sanıklara yüklenen suç kalkışma aşamasında kalmıştır"* denilmektedir. Söz konusu kararda çoğunluk görüşüne katılmayan üyeler ise; *"5237 sayılı TCY'nin 79. maddesinde kullanılan "imkan sağlama" ibaresi çok geniş bir kavramdır ve kalkışmayı da içinde barındırır. Göçmen kaçakçılığı suçu Yasamıza 2002 yılı ortalarında girmiş olup, 765 sayılı TCY'daki ilk halinde kalkışma suçu olarak düzenlenmiştir. 2005 yılında 5237 sayılı TCY'daki düzenleme çok kısa bir süre sonra gerçekleştirilmiş olup, yasa koyucunun bu iradesinin değiştirmesi için ülke koşullarında iyiye giden herhangi bir gelişme de bulunmamaktadır. Bu nedenle 5237 sayılı TCY'nin 79. maddesindeki göçmen kaçakçılığı suçu da bir kalkışma suçu olduğundan, bu suçun kalkışmaya elverişli bir suç olduğunu kabul etmeye olanak yoktur"* görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.⁹⁶

lecek cezadan teşebbüs nedeniyle anılan yasanın 35. maddesine göre dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirilmesi gerekmekte olup 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddesi uyarınca olaya 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK.nu bir bütün halinde ayrı ayrı uygulanarak sonuç cezalara göre lehe yasanın belirlenmesiyle buna göre uygulama yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması" Yarg. 8. CD'nin 7.6.2007 tarih ve 5096-4523 sayılı kararı.

⁹⁶ Aksı nitelikteki Yargıtay 8. CD'nin 19.3.2007 tarih ve 5400-3276 sayılı kararında ise; *"sanık Sabri Gürsoy'un yasal olmayan yollardan Türkiye'ye giriş yapan ve Uzunköprü ilçesine gelen İran uyruklu göçmeni buradan alıp Edirne ili Meriç ilçesi Karayusuflu köyü sınırları içinde bulunan Meriç Nehrinin yanına getirip nehrin karşısında bulunan Yunanistan topraklarına geçirmek için botu şişirecekleri sırada kolluk görevlilerince yakalandığının anlaşılması karşısında, sanığın kanıtlanan ey-*

Yargıtay benzer bir olayda da, sanıkların yurda yasal olmayan yollardan girmiş bulunan ve Yunanistan'a geçmek isteyen "53" yabancı uyruklu göçmeni Van gölünden geçirmeye çalıştıkları sırada yakalandıklarının tüm dosya içeriğinden anlaşılmasına göre; bu eylemin kaçak göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkân sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığını ve 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinin uygulanması halinde verilecek cezanın anılan yasanın 35. maddesi uyarınca dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilmesinin gerektiğini belirtmiştir.⁹⁷

Yasadışı yollardan ülkeye giren veya yasal yollardan girmesine rağmen süresi içerisinde ülkeyi terk etmeyen yabancıların, ülkede kalmasına imkân sağlamak hareketi açısından göçmen kaçakçılığı mütemadi suç niteliği taşımaktadır.⁹⁸ Bu seçimlik hareket açısından da teşebbüsün gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin, yurtdışından kaçak olarak getirilecek kişilere ev kiralayanın eylemi, bu kişiler ülkeye giriş yaparken yakalansa, teşebbüs aşamasında kalmış olur.

Bu eylem açısından özellikle incelenmesi gereken husus, Tür-

leminde, göçmenin yurt dışına çıkmasına imkân sağlama suçunun tamamlandığı gözetilmeyerek 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinden verilen cezadan 35. maddesi uyarınca indirim yapılması suretiyle sanığa noksan ceza tayini" yasaya aykırı bulunmuştur.

⁹⁷ Yarg. 8.CD'nin 10.12.2007 tarih ve 2006/6805-2007/8813 sayılı kararı. Söz konusu karara kısmen karşı olan üyeler ise, olayda sanıkların, yurda kaçak olarak girmiş bulunan göçmenlere, kendilerine ait tekne ile taşımak suretiyle imkân sağladıklarını, eylemin teşebbüs aşamasında kalmadığını, tamamladığını ileri sürerek mahkemenin bozma kararına karşı olduklarını belirtmişlerdir.

⁹⁸ "Oluşa ve kabule göre sanıkların yurda yasal olmayan yollardan ülkeye girmiş bulunan bir kısım yabancıyı maddi menfaat elde etmek maksadıyla yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamak amacıyla bir araca bindirip hareket ettikten bir süre sonra üzerine kolluk güçleri tarafından yakalanmış oldukları ve bu suretle işlemleri kastettikleri suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladıkları, ellerinde olmayan nedenlerle tamamlayamadıkları anlaşılmalı bulunması karşısında, sanıkların sayılı TCK'nın 79/ 1-b madde, fıkra ve bendinde tanımlanan yabancıların yurt dışına çıkmasına imkan sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek, olayda ülkede kalmaya imkan sağlama amacının ve bu eyleminde var olması gereken temadi unsurunun bulunmadığı gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurması oyçokluğuyla bozmayı gerektirmiştir". Yarg. 8. CD'nin 11.04.2006 tarih ve 1631/3028 sayılı kararı. Söz konusu kararda karşı düşüncede olan üyeler; "sanıkların Türkiye üzerinden Yunanistan'a gitmek için yasa dışı yollardan Türkiye'ye girdikleri kendi ifadelerinden anlaşılmalı toplam '61' adet göçmenin sonuçta yurt dışına çıkmalarını gerçekleştirmek için taşımak suretiyle onlara imkan sağladıkları ve atılı suçun oluştuğu"nu bu nedenle çoğunluğun bozma kararına karşı olduklarını belirtmişlerdir.

kiye'nin transit geçiş için kullanılması durumudur. Örneğin, İran'dan bulunduğu kişileri yasadışı yollardan Almanya'ya götürmek isteyen failin, İstanbul'da yakalanması veya yasadışı yollardan ülkeye giren kişileri yurtdışına yine yasal olmayan yollardan çıkarmak isteyen kişinin Türkiye'de yakalanması gibi. Söz konusu örneklerde fail suçun konusunu oluşturan kişilerin Türkiye'de yasadışı yollardan kalmasına imkân sağlamamakta, bu kişileri yasadışı yollardan ülke dışına çıkarılmaya çalışmaktadır. Bu gibi durumlarda ülke içerisinde yakalanan failin eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir.⁹⁹ Ancak unutulmamalıdır ki, eğer fail bu kişileri Türkiye'ye yasadışı yollardan sokmuş ise, artık göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden birisi olduğu için tamamlanmış suçtan sorumludur.

⁹⁹ "Sanık Ali'nin yasadışı yollardan Türkiye'ye getirilmiş yabancı uyruklu kişileri Türkiye üzerinden Yunanistan'a geçirmek amacıyla Selimiye köyünde karşıladığı, göçmenleri alıp ve diğer sanıklarla irtibatı neticesi ıssız yere götürdüğü ve diğer sanıklarda oraya geldikten sonra kolluk güçleri tarafından yakalanmış oldukları ve bu suretle işlemeyi kastettiği suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladığı, ancak ellerinde olmayan nedenlerle eylemini tamamlayamadıklarının anlaşılması bulunması karşısında, 765 sayılı TCK'nın 201/1-a maddesinde bu suça teşebbüsün tamamlanmış suç gibi yaptırma bağlanmasına karşın, 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesindeki düzenleme itibarıyla göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs halinde 35. maddesinin uygulanacağı, sanığın kanıtlanan eyleminin yabancının yurt dışına çıkmasına imkân sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilerek lehe olan 5237 sayılı TCK hükümlerinin uygulanması gerektiği düşünülmüden yazılı şekilde uygulama yapılması", Yarg. 8. CD'nin 10.12.2007 tarih ve 2006/7752-2007/8821 sayılı kararı.; "Yasa dışı yollardan Türkiye'ye gelmiş ve buradan başka ülkelere gitmek isteyen "41" göçmeni Van ilinden İstanbul'a getirmek üzere kamyonetin arka bölümünde, sebze kasalarının arkasına gizleyerek yola çıkan sanığın, Baykan ilçesi Şekerim yol kontrol noktası yakınlarında kolluk görevlilerince yakalandığının anlaşılması karşısında; suçun teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilerek 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinden verilecek cezadan 35. maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiği düşünülmüden, yazılı şekilde uygulama yapılması" Yarg. 8. CD'nin 6.12.2006 tarih ve 4301/8928 sayılı kararı.; "sanıkların Tattvan ilçesinden İstanbul'a getirmek ve oradan da Yunanistan'a geçişlerini sağlamak amacıyla aldıkları 60 göçmeni kamyonetin içinde oluşturdukları bölmeye koyarak yola çıktıkları ve Muş ili Sazlıkbaşı Köyü'nde kolluk tarafından yakalandıklarının anlaşılması karşısında, teşebbüs aşamasında kalan suç nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinden verilecek cezadan teşebbüs nedeniyle dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirileceği gözetilerek, olaya 765 sayılı TCK'nın ve 5237 sayılı TCK'nın bir bütün halinde ayrı ayrı uygulanarak bulunacak sonuç cezalara göre lehe-aleyhe kanunun belirlenmesi gerekirken, böyle bir karşılaştırma ve değerlendirilme yapılmaksızın salt temel cezayı düzenleyen hükümler karşılaştırılarak lehe yasanın soyut norma göre belirlenmesiyle uygulama yapılması", Yarg. 8. CD'nin 12.3.2007 tarih ve 5091/1891 sayılı kararı.

Buna karşılık yasadışı yollardan Türkiye’den geçerek başka ülkelere gidecek olan yabancıların Türkiye’de transit geçiş için gerekli mülk süre dışında birkaç gün dahi olsa kalmasına imkân sağlayan kişi göçmen kaçakçılığı suçundan dolayı sorumlu tutulmalıdır.¹⁰⁰ Yargıtay ise bu gibi durumlarda eylemi ülkede kalmaya veya yurt dışına çıkarmaya imkan sağlamaya teşebbüs olarak nitelendirmektedir.¹⁰¹

¹⁰⁰ “Yasadışı yollarla Türkiye’ye giriş yapan yabancı uyruklu kişilerin kalmaları için sanık Ömer Hacısalihi ile Cemal Kemal’in Aksaray semtinde aylık 500 Euro’ya ev kiraladıkları ve sanık Faik Nas’ın da kendisine ait “34 RVU 31” plakalı aracı göçmenlerin kaldıkları evden nakli için tahsis ettiği ve tüm dosya içeriğine göre de sanıkların atılı suçu işledikleri kanıtlandığı halde, mahkûmiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlarına karar verilmesi”, Yarg. 8.CD’nin 9.11.2006 tarih ve 4799/8025 sayılı kararı.

¹⁰¹ “Yasadışı yollardan Türkiye’ye giriş yapmış olup İstanbul’a gitmek istediklerini beyan eden sekiz yabancı uyruklu göçmenin sanık Salih Eşsiz’in Doğubeyazıt’taki evinde kalırlarken yakalandıklarının anlaşılmasına göre; sanığın kanıtlanan eyleminin göçmenlerin ülkede kalmalarına imkân sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı ve 5237 sayılı TCK’nın 79. maddesinin uygulanması halinde verilecek cezanın anılan yasanın 35. maddesi uyarınca dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilmesinin gerektiği gözetilerek, 5252 sayılı Yasanın 9. maddesi uyarınca önceki ve sonraki yasaların ilgili tüm hükümlerinin olaya ilişkin uygulaması gösterilip bundan sonra ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle lehe yasa saptanarak hüküm kurulması gerekirken, böyle bir karşılaştırma yapılmaksızın yazılı biçimde uygulama yapılması”; Yarg. 8. CD’nin 28.11.2007 tarih ve 2006/6056-2007/8355 sayılı kararı.; “Yasadışı yollardan Türkiye’ye giriş yapmış olup İstanbul’a gitmek istediklerini beyan eden iki yabancı uyruklu göçmenin bir gece sanık Hamdi Bircan’ın Van’daki evinde kaldıkları ve sanık Osman Aslan tarafından buradan alınarak Tatvan’a götürülürlerken Gevaş ilçesinde sanık Osman ile birlikte yakalandıklarının anlaşılmasına göre; sanıkların kanıtlanan eylemlerinin göçmenlerin ülkede kalmalarına imkân sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı ve 5237 sayılı TCK’nın 79. maddesinin uygulanması halinde verilecek cezanın anılan yasanın 35. maddesi uyarınca dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilmesinin gerektiği gözetilerek, 5252 sayılı Yasanın 9. maddesi uyarınca önceki ve sonraki yasaların ilgili tüm hükümlerinin olaya ilişkin uygulaması gösterilip bundan sonra ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması” Yarg. 8.CD’nin 5.12.2007 tarih ve 2006/7716-2007/8621 sayılı kararı; “Sanığın yasadışı yoldan Türkiye’ye girmiş yabancı uyruklu bir kişiyi evinde bir gece barındırdıktan sonra minibüse bindirmesi şeklindeki olayda, yabancı uyruklu şahsın Türkiye’de kalış süresi de dikkate alındığında sanığın eyleminin 765 sayılı TCK’nın 201/a. maddesinde müstakil olarak yaptırma bağlanmasına karşın, 5237 sayılı TCK’nın 79. maddesindeki düzenleme itibariyle yabancı bir kişiyi ülkede kalmasına imkân sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu ve sanık hakkında aynı yasanın 35. maddesinin de uygulanmasını gerektirdiği gözetilerek, 5252 sayılı Yasanın 9. maddesi uyarınca önceki ve sonraki yasaların ilgili tüm hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların karşılaştırılması suretiyle hangi yasanın sanık lehine olduğunun saptanması gerekirken, böyle bir irdeleme ve değerlendirme yapılmadan yazılı biçimde hü-

Kanaatimizce somut olayda üstte zikrettiğimiz kritere göre, ancak transit geçiş halinde yakalanan yönünden (ülkeye sokmak veya çıkararak hareketi nazara alınarak) böyle bir sonuca ulaşmak gerekmektedir. Ülkede kalmaya imkan sağlamaya yönelik hareketin, örneğin yer tahsisinin varlığına rağmen, bu imkan makul süre için sunulamamışsa bu hareket açısından teşebbüs hali gerçekleşir. Mevcut ulaşım imkânları gözetildiğinde, makul süreyi aşan hallerde “ülkede kalmaya imkan sağlama” hareketinin gerçekleştiği gözetilmelidir.

Gerçekten yabancıların Türkiye’de kalmasına imkân sağlamaya çalışırken yakalanan failin eylemi teşebbüs aşamasında kalmış olur. Örneğin, mağdurları evinin bodrumuna götürürken yakalanan failin eylemi bu merkezdedir.¹⁰²

küm kurulması” Yarg 8.CD’nin 29.11.2006 tarih ve 3233/8665 sayılı kararı; Oluş ve dosya içeriğine göre yasadışı yollardan Türkiye’ye gelmiş ve buradan başka ülkelere gitmek isteyen 12 göçmeni sanık Cem Okta’nın babası Nuri Okta’ya ait evde bir süre barındırılarak yapılan istihbari çalışmalar neticesinde kolluk görevlilerince yakalandıkları anlaşılan sanıkların kanıtlanan bu eylemlerinin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkân sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı, 765 sayılı TCK’nın 201/a maddesinin 2. fıkrasında göçmen kaçakçılığına teşebbüs halinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı hükmünün yer aldığı, 5237 sayılı TCK’nın 79. maddesinde ise, 765 sayılı TCK’nın 201/a-2 madde ve fıkrasındaki düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle göçmen kaçakçılığı suçunun bütün hallerine teşebbüsün olanaklı olduğu, 5237 sayılı TCK’nın 79. maddesinden verilecek cezadan teşebbüs nedeniyle anılan yasanın 35. maddesine göre dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirileceği göz önüne alınıp, olaya 765 sayılı TCK.nu ve 5237 sayılı TCK bir bütün halinde 5252 sayılı Kanun’un 9/3. madde ve fıkrası uyarınca ayrı ayrı uygulanarak sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle lehe yasanın belirlenmesi ve buna göre uygulama yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması”, Yarg. 8. CD’nin 06.11.2007 tarih ve 2006/7304-2007/7342 sayılı kararı.

¹⁰² “Sanıkların yurda yasal olmayan yollardan girmiş ve başka bir Avrupa ülkesine geçmek isteyen yabancı uyruklu göçmeni Van şehir merkezindeki evlerinde barındırmalarına olanak sağladıkları sırada yakalandıklarının tüm dosya içeriğinden anlaşılmasına göre; sanıkların kanıtlanan bu eyleminin kaçak göçmenin yurt dışına çıkmasına imkân sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı ve 5237 sayılı TCK’nın 79. maddesinin uygulanması halinde verilecek cezanın anılan yasanın 35. maddesi uyarınca dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilmesinin gerektiği gözetilerek, 5252 sayılı Kanun’un 9. maddesi uyarınca önceki ve sonraki yasaların ilgili tüm hükümlerinin olaya ilişkin uygulaması gösterilip bundan sonra ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle lehe yasa saptanarak hüküm kurulması gerekirken yazılı biçimde uygulama yapılması (...)”. Yarg. 8. CD’nin 10.12.2007 tarih ve 2006/6732-2007/8811 sayılı kararı. Söz konusu kararda yüksek mahkeme üyeleri; “Sanıkların, yurda kaçak olarak girmiş olan göçmeni evlerinde barındırmak suretiyle yurt içinde kalmasına imkân sağladığı” gerekçesiyle mahkemenin

2. İştirak

Göçmen kaçakçılığı, iştirak açısından bir özellik arz etmez. Söz konusu suçta iştirakin her şeklinin gerçekleşmesi mümkündür. Suçun kanuni tanımında yer alan fiilleri birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır (TCK m. 37/1).

Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi için örneğin aracını tahsis eden, yurda giriş veya çıkışta hangi yolları kullanmaları gerektiğini söyleyen kişiler yardım eden olarak sorumlu tutulur.¹⁰³ Ancak daha öncede belirttiğimiz gibi aracın sahibinin işlenen fiilden haberinin olmaması durumunda ne işlenen suçtan sorumluluğu yoluna gidilebilir ne de suçun işlenmesi sırasında kullanılan ve iyi niyetli üçüncü kişiye¹⁰⁴ ait olan bu aracın müsaderesine karar verilebilir.

Bir yabancıнын ülkede kalmasına imkân sağlanması şeklinde işlenen göçmen kaçakçılığı, mütemadi bir suç olduğundan, suç işlenmeye devam ettiği sürece fiile iştirak edilmesi (azmettirme dışında) mümkündür.

Göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ise, 79. maddenin 2. fıkrası gereğince cezanın artırılması gerekir. Örgütün varlığından söz edilebilmesi için belli bir hiyerarşik düzen içinde hareket eden, araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli, en az üç kişinin varlığı gerekir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu kişiler arasında belli bir hiyerarşik ilişkinin varlığıdır. Eğer suçu işleyen failer arasında, Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2. maddesinde belirtilen şartlar bulunmuyorsa, iştirake ilişkin genel hükümler çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır.

Göçmen kaçakçılığı suçu açısından iştirak ile ilgili belirtilmesi gereken bir diğer husus, suçun konusunu oluşturan yabancı veya vatandaşların göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu olup olmayacağıdır.

bozma kararına karşı olduklarını belirtmişlerdir.

¹⁰³ Göçmenlerin taşınması için aracını tahsis eden kişi aynı zamanda bu aracı suçun işlenmesi sırasında kullanmışsa yardım eden değil, somut olayın özelliğine göre müstakil fail ya da müşterek fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Aynı şekilde bkz. Erel, s. 290; Krz. Artuç, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s. 61.

¹⁰⁴ "Müdahil Kemal Zülfiyar'dan kiralandığı anlaşılan 34 LNP 50 plakalı aracın sahibine iadesi yerine zorralımına karar verilmesi" yasaya aykırıdır. Yarg. 8. CD'nin 8.11.2007 tarih ve 2006/6134-2007/7518 sayılı kararı.

Belirtmeliyiz ki, suçun konusu olan bu kişilerin göçmen kaçakçılığı suçuna azmettirme veya yardım etmeden dolayı sorumlulukları bulunmamaktadır. Ancak bu kişilerin Pasaport Kanunu (m. 33 vd.) veya Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun (m. 22 vd.) hükümleri uyarınca idari ve cezai sorumlulukları gündeme gelebilir.

3. İçtima

Suçun faili, göçmen kaçakçılığı suçunu değişik zamanlarda birden fazla defa işlerse, zincirleme suç hükümleri uyarınca tek bir suçtan cezalandırılmalı, ancak cezası 43. madde hükümleri uyarınca artırılmalıdır.¹⁰⁵

Buna karşılık, tek bir hareket ile ülkeye sokulmak veyahut ülke dışına çıkarılmak istenen birden fazla göçmenin varlığı halinde göçmenler bu suçun mağdurunu değil, konusunu oluşturdukları için, burada zincirleme suç hükümleri uygulanmamaktadır.¹⁰⁶ Nitekim Yargıtay da, göçmenlerin suçun yasal mağduru değil, suçtan zarar gören konumunda bulunduğunu, bu itibarla failin tek bir göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulması gerektiğini, göçmenlerin birden fazla olmasının, 61. madde çerçevesinde somut cezanın tayininde göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir.¹⁰⁷

Yasadışı yollardan başka bir ülkeye ulaştırmak için hileli davranışlarla aldattığı kişilerden kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlayan fail, bu kimseleri Türkiye'ye sokarsa, hem göçmen kaçakçılığı hem de dolandırıcılık (TCK m. 157) suçlarından sorumlu tutulur.

¹⁰⁵ "Sanık M.'nin kısa aralıklarla ve bir suç işleme kararıyla büyük kısmı aynı kişilerden oluşan kişileri maddi menfaat karşılığında ülke dışına çıkarma eyleminin zincirleme tek suç oluşturduğu ve hakkında 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinin uygulanması gerekeceği gözetilmeden, iki ayrı suç kabulüyle hakkında iki kez mahkumiyet hükmü kurulması..." Yarg. 8. CD'nin 05.10.2006 tarih ve 6027-7344 sayılı kararı. Erel, s. 291.

¹⁰⁶ Aksi düşünce için bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 102.

¹⁰⁷ "Sosyal olarak suçtan zarar gören durumda bulunan göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu, göçmenlerin sayıca çok olmasının TCK'nın 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektireceği gözetilmeden, zincirleme suç kabulü ile 5237 sayılı TCK'nın 43/2. madde ve fıkrasının uygulanması suretiyle ceza tayini" Yarg. 8. CD'nin 25.4.2006 tarih ve 1242/3616 sayılı kararı.

Bu gibi durumlarda TCK'nın 44. maddesindeki fikri içtima kuralları çerçevesinde failin en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu tutulması gerekir.¹⁰⁸

Suçun işlenmesi sırasında, göçmen yaralanmış ya da ölmüşse, fail hem göçmen kaçakçılığı suçundan hem de taksirle yaralama (m. 89) veya taksirle öldürme (m. 85) suçundan cezalandırılabilir. Fail eğer göçmenin kasten yaralanma ya da ölümüne yol açmışsa, kasten yaralama (m. 86, 87) veya kasten öldürme (m. 81) suçundan sorumlu tutulur.

Göçmen kaçakçılığının işlenmesi sırasında göçmen ölmüşse, failin sorumluluğu kastına göre tespit edilmelidir. Eğer göçmenin ölümüne kasten neden olunmuşsa, hem göçmen kaçakçılığı hem de kasten öldürme suçundan failin sorumlu tutulması gerekir. Buna karşılık, gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmiş, örneğin yüz kişi karanlık havasız bir odaya konulmuş ve bu surette ülkede kalmalarına imkân sağlanmış, bu nedenle insanlardan bazılarının ölüm ya da yaralanmalarına neden olunmuşsa, göçmen kaçakçılığı suçunun yanı sıra ayrıca taksirle yaralama veya taksirle öldürme suçundan da fail cezalandırılmalıdır.

Göçmen kaçakçılığı suçu ile birlikte aynı zamanda başka kanun hükümleri de ihlal edilebilir. Örneğin yasa dışı yollardan ülkeye yabancıları sokan kişi göçmen kaçakçılığının yanı sıra Pasaport Kanunu'nun 36. maddesinde belirtilen suçu da işlemiş olur. Bu gibi durumlarda eğer failin eylemi birden fazla kanun hükmünü ihlal ediyorsa TCK m.

¹⁰⁸ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, yurt dışına çıkış için pasaportun yeterli olduğunu, vizenin ise, gidilecek ülkeye giriş için gerektiğini, bu itibarla yasal olmayan yollardan vize temin ederek ülkeden çıkmaya imkan sağlamayı yerinde olarak sadece dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirmiştir. "Yurt dışına çıkış için gerekli olan pasaportu bulunan ancak gideceği ülkeye giriş iznini içeren vizesi bulunmayan oğlu için vize almak isteyen müdahilden vize işlemlerini yapacağı vaadiyle para temin eden ve bu para karşılığı sahte vize düzenlenmesini sağlayan hükümlünün, kendisine bir yarar sağlamak amacıyla müdahili hileli davranışlarla aldatmak biçiminde gerçekleşen bu eyleminin 1.6.2005 günü yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 157. maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçunu oluşturduğu; pasaportu bulunması nedeniyle yurt dışına çıkmasına bir engeli olmayan müdahilin oğluna sahte vize temin etmesinin "... yasal olmayan yollardan... Türk Vatandaşının yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak..." biçiminde, anılan Yasanın 79. maddesinde tanımlanan göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yarg. 8. CD'nin 18.10.2006 tarih ve 5015/7663 sayılı kararı.

44 uyarınca en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı failin sorumluluğuna gidilmelidir.¹⁰⁹

4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un 21. maddesinin 3 üncü fıkrasında; *"Çalışma izni bulunmayan yabancıyı çalıştıran işveren veya işveren vekillerine her bir yabancı için iki milyar beşyüz milyon lira idarî para cezası verilir. Bu durumda, işveren veya işveren vekili yabancının ve varsa eş ve çocuklarının konaklama giderlerini, ülkelerine dönmeleri için gerekli masrafları ve gerektiğinde sağlık harcamalarını karşılamak zorundadır"* denilmektedir.

Buna göre, fail, yasadışı olmayan yollardan ülkeye soktuğu yabancıyı, daha sonra izinsiz olarak çalıştırmışsa, göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden birisini (ülkede kalmasına imkân sağlamak) gerçekleştirmiş olur. Seçimlik hareketli suçlarda fail seçimlik hareketlerden bir tanesini yapsa da, birden fazlasını yapsa da ortada yine tek bir suç vardır. Sonuç olarak yasa dışı yollardan yabancıyı ülkeye getiren daha sonra izinsiz çalıştıran kişi hem TCK'nın 79. maddesini hem de 4817 sayılı Kanun'un 21/3. maddesindeki kabahati ihlal etmektedir. Bu gibi durumlarda failin Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesi uyarınca sadece suçtan dolayı cezalandırılması gerekir. Burada ayrıca insan ticareti (m. 80) ve çalışma hürriyetinin ihlali (m. 117/2, 3) suçlarının unsurlarının oluşup oluşmadığının da araştırılması gerekir.

Yasa dışı yollardan, yabancıları ülkeye sokan veya yabancı ya da Türk vatandaşının ülkeden çıkmasını sağlayan kişi, bu eylemini gerçekleştirirken belgede sahtecilik suçunu işlemişse, TCK'nın 212. maddesi uyarınca hem göçmen kaçakçılığı hem de belgede sahtecilik suçundan cezalandırılacaktır.

Yasadışı yollardan ülkeye giren yabancıların ülkede kalmasına imkân sağlamak amacıyla örneğin evini kiraya veren ev sahibi, göçmen kaçakçılığını işlemiş olmasının yanı sıra, aynı zamanda 278. maddede düzenlenen suçu bildirmeme suçunu da ika etmiş olur. Bu ihtimalde failin her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılması gerekir.

¹⁰⁹ "Sanıkların ülkeye yasadışı yollardan girmiş olan göçmenleri menfaat karşılığı ülke dışına çıkarmaya çalışmaktan ibaret eylemleri 765 sayılı TCK'nın 201/a-2 maddesine aykırılık suçunu oluşturduğu halde ayrıca Pasaport Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca mahkumiyet hükmü kurulması..." Yarg. 8. CD'nin 20.04.2006 tarih ve 12665/3518 sayılı kararı.

Bunun yanında göçmen kaçakçılığı suçundan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkararak veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak amacıyla, çeşitli işlemlere tabi tutan kişi, TCK'nın 282. maddesi uyarınca, "*suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama*" suçundan da sorumlu tutulacaktır.¹¹⁰

VI. SORUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

Göçmen kaçakçılığı resen soruşturulan bir suçtur. Ayrıca suçtan zarar görenin şikâyeti aranmaz.

Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir (CMK m. 12/1). Teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir (CMK m. 12/2). Göçmen kaçakçılığı, suç işlemek için kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, yetkinin örgütün merkezi esas alınarak belirlenmesi yerinde olur.

TCK'nın 13. maddesine göre, göçmen kaçakçılığı suçu hakkında; evrensellik prensibinin bir gereği olarak nerede işlenmiş olursa olsun, failin Türk vatandaşı ya da yabancı olup olmamasına bakılmaksızın, yabancı ülkede mahkûmiyet veyahut beraat kararı verilmiş olsa da Adalet Bakanı'nın talebi üzerine Türkiye'de Türk kanunlarına göre yargılama yapılır.

Bunun için failin Türkiye'de bulunması da şart değildir. Yabancı ülkede bu suçlarla ilgili henüz devam eden bir yargılamanın mevcudiyeti veya soruşturma sonucunda kovuşturılmaya yer olmadığı (takipsizlik) kararı verilmiş olması da, Adalet Bakanı'nın talebiyle Türkiye'de yeniden yargılama yapılmasını engellemez. Şayet yabancı ülkede yargılama yapılmış ve mahkûm olunan ceza kısmen veya tamamen infaz edilmiş ise, TCK'nın 16. maddesi uyarınca, infaz edilen bu ceza miktarının, Türkiye'de hükmolunan cezadan mahsup edilmesi gerekir.

Göçmen kaçakçılığı suçunda hapis cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulduğunda (iki yıldan fazla ve on yıldan az olduğundan) gö-

¹¹⁰ Bkz. Değirmenci, Olgun, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*, Ankara 2007, s. 9 vd.

revli mahkeme asliye ceza mahkemesidir (Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 10-12).

Bununla birlikte fiil, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenmişse yargılama, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür (CMK m. 250/1 b). Bu bakımdan göçmen kaçakçılığı suçu, kişiler üzerinde "cebir ve tehdit" uygulayan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiğinde, CMK'nın 250. maddesi uyarınca özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin yetkili olduğunu söylemek yerinde olur.

Göçmen kaçakçılığı suçunun yaptırımı; "üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezasıdır" (m. 79/1).

79. maddede adli para cezasının gün biriminin üst sınırı gösterilip, alt sınırı belirtilmediğinden, genel hüküm olan 52. madde uyarınca gün biriminin alt sınırı beş gündür. Ayrıca gün biriminin tayininde işlenen suçun ağırlığı (örneğin, suçun konusu yönünden göçmenlerin sayısının azlığı ya da fazlalığı) nazara alınmalıdır (TCK m. 61/1).

Göçmen kaçakçılığı suçu için öngörülen hapis cezası nazara alındığında asli dava zamanaşımı onbeş yıldır (TCK m. 66/1-d).

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 12. maddesinde; taraf devletlerin, iç hukuklarının elverdiği en geniş biçimde müsadere için gerekli önlemleri almaları gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, göçmen kaçakçılığı suçunda eşya ve kazanç müsadereğine ilişkin hükümlerin uygulanması da mümkündür. Bu çerçevede, mağdurların naklinde veyahut barındırılmasında kullanılan taşınır veya taşınmazlar, iyi niyetli üçüncü kişilere¹¹¹ ait olmamak koşuluyla müsadere edilir (eşya müsadere, TCK m. 54).

¹¹¹ "TCK'nın 54. maddesinde yer alan "iyi niyetli üçüncü kişiler" şeklindeki ibareyi, suça iştirak etmemiş kimseler olarak algılamak yerinde olur. "Suçta kullanılan ve yedieminde bulunan 73... plakalı minibüsün müdahilin F. adına ruhsatlı olup, sanık T.'nin bu araçta şoför olarak çalıştığı ve müdahilin bilgisi olmaksızın göçmenleri taşıdığı anlaşılacakla, 5237 sayılı TCK'nın 54. maddesi uyarınca aracın ruhsat sahibine iadesi yerine yazılı şekilde zorunlu kararı verilmesi..." Yarg. 8. CD'nin 05.04.2007 tarih ve 5415/2861 sayılı kararı.

Suçta kullanılan taşınır veya taşınmaz eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veyahut müsaderesinin başka surette imkânsız hale gelmesi durumunda, bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir (m. 54/2). Keza yasal olmayan yollarından, yabancıнын ülkeye sokulması, ülkede kalması veya vatandaşı ya da yabancıнын ülkeden çıkması için alınan her türlü maddi menfaat ya da kazanç ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik değerler de müsadereye tabidir (kazanç müsaderesi, TCK m. 55). Şayet müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulamamış veya bunlar merciine teslim edilmemiş ise, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir (TCK m. 55/2). Ülkeye sokmak, ülkeden çıkarmak veya ülkede kalmasına imkan sağlamak için kişilerden alınan menfaatlerin, bu kimselere (kaçak göçmenlere) iadesi mümkünse kazanç müsaderesinden önce bu durumun gözetilmesi gerekir (TCK m. 55).

Göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin 79 uncu maddenin 3 üncü fıkrasında; “bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir” denilmektedir. Gerçekten özel hukuk tüzel kişileri hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağını belirten TCK’nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında, güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların saklı olduğu ifade edilmiştir.

Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinden ilki iznin iptalidir (TCK m. 60/1). İznin iptali güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için, özel hukuk tüzel kişisinin yararına, organ veya temsilcisinin iştirakiyle ve verilen iznin kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş kasti bir suçtan mahkûmiyet kararı verilmiş bulunmalıdır (m. 60/1). Özel hukuk tüzel kişisi hakkında güvenlik tedbiri olarak müsadere hükümleri de uygulanabilir (m. 60/2). Bu ihtimalde, tüzel kişinin organ veya temsilcisi tarafından veya bunların iştirakiyle kasten, tüzel kişi yararına bir suç işlenmişse, eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümler (m. 54, 55), tüzel kişiye ait taşınır ve taşınmaz eşyalar ile her türlü maddi değerler hakkında da tatbik edilebilir. Müsadere hükümlerinin uygulanması açısından da orantılılık ilkesi gözetilmelidir (TCK m. 60/3).

ÇEK HUKUKUYLA İLGİLİ İKİ YENİ DÜZENLEME

5838 Sayılı Kanun'un 18 ve 32/XIX. Maddelerinin Getirdikleri

Ecehan YEŞİLOVA ARAS*
Bilgehan YEŞİLOVA**

I. GİRİŞ

A. Genel Olarak

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca hazırlanan, Bakanlar Kurulu'nca da 09.02.2009 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulan (1/676) esas numaralı "*İşsizlik Sigortası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı*", Meclis Başkanlığı'nca 10.02.2009 tarihinde, (tali komisyonlar yanında) esas komisyon olarak Plan ve Bütçe Komisyonu'na havale edilmiştir. Komisyon, 12.02.2009 tarihinde ve 26. birleşiminde, Meclis İçtüzüğü'nün 35. maddesine göre söz konusu Tasarı'yla aynı içerikteki diğer *teklifleri* birleştirmiş ve görüşmelerde, 1/676 esas numaralı Tasarı'nın esas alınmasına karar vermiştir.¹

Olumsuz etkileri ülkemizde de görülmeye başlanan küresel krizle mücadelede, istihdam, üretim ve tüketim konularında yaşanan ve ileride yaşanabilecek olumsuz sonuçların giderilmesi amacıyla yeni önlemlerin alınması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, Tasarı ve gerekçesi incelendiğinde, çalışma konumuzu oluşturan, 3167 sayılı *Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hâmillerinin Korunması Hakkında Kanun'a* bir geçici madde eklenmesiyle (*Tasarı m. 19*) yine *Türk Ticaret Kanunu'nun* 711. maddesinin üçüncü fıkrası hükmünün yürürlükten

* Yrd. Doç. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Ticaret Hukuku öğretim üyesi.

** Av. Dr., İzmir Barosu, LL. M Queen Mary.

¹ TBMM Plan ve Bütçe Komisyon Raporu, S. Sayısı: 329, s. 38.

kaldırılması (Tasarı m. 20) da dâhil olmak üzere, genel olarak 26 ayrı konu ve kanunda değişiklik yapılması hedeflenmiştir.

Tasarı ve *-birleştirilen-* tekliflerin geneli üzerindeki görüşmelere geçilmeden önce, getirilmek istenen düzenlemelerin ivedilikle yasalaştırılması ve yine bu kapsamda TBMM Genel Kurulu'nun ağır iş yükü gerekçeleriyle Tasarı'nın, öncelikli ve acil meseleleri kapsayacak şekilde daraltılması için bir alt komisyon kurulması kararlaştırılmıştır. Alt Komisyon, aynı tarihte toplanmış, Tasarı (ve birleştirilen Teklifler) üzerinden yeni bir rapor hazırlayarak kaleme alınan bu yeni metni, Komisyon'a sunmuştur. Tasarı'nın (ve tekliflerin) geneli üzerinde yapılan görüşmeler sırasında, Tasarı başlığının, metinde geçen bütün kanunları kapsayacak şekilde değiştirilmesi meselesi de gündeme gelmiş; Tasarı ve teklifler ile gerekçeleri Komisyonca da benimsenerek maddeler üzerindeki görüşmelere geçilmiş; müzakerelerin Alt Komisyon tarafından hazırlanan metin esas alınarak yapılmasına karar verilmiştir.²

TBMM Genel Kurulu'nca görüşülmek üzere Komisyon tarafından benimsenen ve oylanarak kabul edilen Alt Komisyon metninin 19 uncu maddesi (Tasarı m. 19),

“MADDE 19- 19.3.1985 tarihli ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hâmilllerinin Korunması Hakkında Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 2- 31.12.2009 tarihine kadar, üzerinde yazılı keşide tarihten önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir.”

şeklinde olup 33/XIX. maddesi de (Tasarı m. 20),

“....

(19) 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 711. maddesinin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.”

Biçimindedir.³ Söz konusu hükümler, içerik yönünden *“İşsizlik Sigortası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı”* nın 19 ve 20. maddeleriyle örtüşmektedir.

18.2.2009 tarihinde kabul edilen 5838 sayılı *“Bazı Kanunlarda Deği-*

² TBMM Plan ve Bütçe Komisyon Raporu, S. Sayısı: 329, s. 38, 46, 48.

³ TBMM Plan ve Bütçe Komisyon Raporu, S. Sayısı: 329, s. 101, 107.

şiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 18 ve 32/XIX. maddeleri, Komisyon tarafından kabul edilen metnin 13 üncü maddesi, Genel Kurul görüşmeleri sırasında çıkarıldığından madde numaraları bir eksilmekle birlikte yukarıdaki hükümlerle aynıdır.

B. Kanun Değişikliklerinin Gerekçesi ve Yasama Süreci

1. Yasama Tekniği Yönünden Hükümlerin Değerlendirilmesi

Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in yürürlüğe konulması, Bakanlar Kurulunca 19/12/2005 tarihinde kararlaştırılmıştır.⁴ Bu düzenlemeye göre çalışma konumuzu da oluşturan hükümleri içeren tasarı taslağı, "*çerçeve taslak*"; yine incelediğimiz hükümleri içeren düzenlemeler, "*çerçeve madde*" şeklinde ifade edilmektedir (Yönetmelik m. 3/I, a, b).⁵

Taslaklar hazırlanırken taslağı hazırlayan kurumun uyması gereken ilkelerden biri, taslağın düzenleme amacına uygun, onunla örtüşen bir biçimde hazırlanması yanında; konuyla ilgili yargı kararlarının da göz önünde bulundurulmuş olmasıdır (Yönetmelik m. 4). Oysa örneğin TTK'nun *-yürürlükten kaldırılan-* 711/III. maddesi bakımından, hâmillerin "*kötüniyetli*" olduğu iddia edilen keşideceler karşısında ve *emsal içtihatlar bağlamında* en azından dava/takip hakları yönünden hiçbir şekilde kısıtlandığını söylemek mümkün değildi.⁶ Hâmil, çeki ibrazında ödeme yasağı ile karşılaşsa dahi aynı çek için ihtiyati haciz talep edebilmekte;⁷ icra takibi başlatabilmekte;⁸ hatta *kanımızca* tartışmalı olmakla birlikte 3167 s.K'nın 16/I. maddesine göre şikâyetle dahi bulunabilmekteydi.⁹ Şu halde, yaşanan tereddütlerin ve kötüye kullanımların yargı kararlarıyla bir ölçüde çözümlendiği dahi iddia edilebilirdi. Hükmün (varsa) boşluklarının doldurulması yerine¹⁰ yürürlükten kaldırılması karşısında herhâlde, şimdi söz konusu hükmün

⁴ RG, 17.02.2006, S. 26083, s. 4-25.

⁵ Ayrıca ve ayrıntısı için bkz. Araç/İba, s. 36-59; Bayram, s. 102-123.

⁶ Şimdilik bkz. 12. HD 18/09/2003, 13540/17816, Eriş, s. 249; Ayrıca bkz. Kendigelen, s. 277.

⁷ HGK 23/05/2007, 11-290/283; 11. HD 19/02/2007, 760/2994, (KazancıİBB).

⁸ 12. HD 04/07/2003, 12679/16029, (Eriş, s. 249).

⁹ 10. CD 18/06/2007, 6016/7436, (KazancıİBB). Ayrıca bkz. Kn. 47.

¹⁰ Şimdilik bkz. Kendigelen, s. 409; Aker, s. 180-182.

“iyi niyetli” kullanıcıları için nasıl tedbirler almak lazım, bunu çözmek gerekecektir.

Mevzuat taslaklarının hazırlanması sırasında, takip edilmesi gereken ilkelerden bir diğeri, düzenlenen alanlara ilişkin *mevzuatın tamamı* gözden geçirilerek gerekiyorsa mevcut hükümlerde gerekli değişiklikleri yapmak; anılan hükümlerden ihtiyaç duyulanları taslağa alıp ihtiyaç duyulmayanları yürürlükten kaldırmaktır (Yönetmelik m. 4/I, ç). Esasen bu noktada da yapılan düzenlemenin gerekli özeni yansıttığını söylemek hayli güçtür. Şöyle ki, çekte *adeta* “vade” yaratılmak suretiyle belirli bir süre için de olsa *borçlular* (?), ekonomik yönden rahatlatılmakta; mevcut ve hâlihazırda uygulanan hükümler doğrultusunda, derhal ibrazıyla ödenmek zorunda olan çeklerin tahsili, ertelenmekte; kanunen talik edilmektedir.¹¹ Oysa ileri tarihli çek keşidecisi, aynı turtarda ve “vadedeki” bonoyu tanzim eden bir kimse de (veya sadece bir adi senet borçlusunu da) olabilirdi ki, aslında bu uygulama, ileri tarihli çekler özelinde, hukuka çok daha uygun bir görünüm arz ederdi. Şu halde, başta çek keşidecisinin yararlandığı böylesine borcu erteleyici bir hükümden, örneğin bonoyu tanzim edenlerin yararlanamayacak oluşu, *ilk bakışta* rahatsızlık verici ve eşitlik duygusunu rencide edicidir.¹²

Hemen belirtelim, çek için böylesine bir düzenleme getirmek; bonoya göre daha kolaydır. Zira çek üzerinde sadece bir tarih bulunmaktadır (TTK m. 692) ve şayet bu tarih de (çekin gerçekten keşide edildiği güne göre) ileri bir tarih olarak belirlenmişse onu adeta bir vade olarak görmek/saymak kolaylıkla mümkündür. Oysa bono üzerinde, tanzim tarihi yanında zaten bir vade bulunmaktadır (TTK m. 688) ve kanun koyucunun özel hukuk ilişkisinin tarafları arasında kararlaştırılan bu vadeye, doğrudan bir müdahalesini beklemek de zordur. Kaldı ki, bonoyu tanzim edenin, ödeme gücüne göre seçeceği bir vadeyle kendisini, ekonomik olarak koruma

¹¹ Karş. “...TTK.nun kamu düzeni ile ilgili 707.md.sinde açıklandığı gibi çek görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir. Bu hüküm ibraz ve ödeme yönünden önemlidir. Çekin belirli bir tarihten önce tahsil edilmeyeceğine ilişkin noterde yapılan anlaşma İİK'nın 168. maddesindeki mehil anlamındadır...” 12. HD 04/10/1988, 9413/10831, (1989/2 Batider, C. XV, s. 124). Aynı yönde bkz. 12. HD 30/09/2003, 14143/18770, (Eriş, s. 215).

¹² “Eksik düzenleme niteliğindeki olumsuz hükümlerin” eşitlik ilkesine aykırılık oluşturması nedeniyle iptal edilebilmesine ilişkin bkz. AYM, 04/10/2006, 2002-157/97, RG, 27/03/2007, S. 26475, s. 13-14; ayrıca bkz. AYM, 12/06/2008, 2004-103/121, RG, 23/12/2008, S. 27089 ve oradaki karşı oy yazısı.

altına alması, en azından hukuken mümkündür. Oysa çek için keşidecinin, yazacağı keşide tarihi ne olursa olsun TTK'nın 707/II. maddesi karşısında (*ve taraflar arasında var olduğuna inanılan anlaşmaya rağmen*) kendisini hukuken de koruması mümkün gözükmemektedir.¹³ Bu şartlar altında, 3167 s.K'nın geçici 2. maddesini, TTK'nın anılan hükmünü, belirli bir süreyle de olsa askıya alan düzenleme olarak görmek de mümkündür. Böyle bir geçici hükmün 3167 s.K'da mı yer almasının gerektiği sorusu bir yana, vade koyarak kendisini koruyabilen bonoyu tanzim edenin aksine çek keşidecinin, "*vade*" açısından ancak bir kanun hükmüyle korunabileceği bir gerçektir. Buna rağmen ekonomik sıkıntı yaşayan ve kaynak yetersizliği çeken tek borçlu kesimi, çek keşidecileri değildir. Kanun koyucunun özel hukuk ilişkilerine ve hatta onlardan sadece bir kısmına, doğrudan müdahalesi yerine bu gibi olaylarda geçerli olmak üzere; ayrıca hiçbir kanuni düzenleme yapmaya gerek olmaksızın derhal uygulanabilecek, yargı denetimi altında, İİK'nın 317 vd. maddelerinde düzenlenen *fevkalade hallerde mühlet ve tatil* müessesesine itibar edilmemesi, düşündürücüdür.¹⁴ Yine İİK'nın 330. maddesi, "*...umumi bir musibet...halinde İcra Vekilleri Heyetinin kararıyla ... bazı iktisadi zümreler lehine muayyen bir müddet için icra takipleri durdurulabilir.*" hükmüne yer vermiştir. Mevzuatın tamamı dikkate alınmadan (örneğin İİK m. 317 vd., 330); genel olarak nakit sıkıntısı/kaynak yetersizliği şeklinde ifade edilebilecek ekonomik sorunun tarafları (*çek keşide edenler, bono tanzim edenler, adi senet borçluları, cirantalar, avalistler gibi*) eksiksiz tespit edilmeden; özel hukuk ilişkisinin (alacaklı-borçlu) tarafları arasındaki menfaatler dengesine, yargı denetiminden uzak bir biçimde ve doğrudan taraflardan biri lehine müdahale edilmesi, geçirilen yasama sürecinin zayıf noktalarıdır.

Özellikle kanun tasarısı taslaklarının hazırlanması sırasında, maddelere gerekçeleriyle beraber *düzenleyici etki analizlerinin* de hazırlanması gerekir (Yönetmelik m. 10/III). Düzenleyici etki analizi, kanun tasarısı taslağının, bütçeye, *mevzuata, sosyal, ekonomik ve ticari hayata, çevreye ve ilgili kesimlere* etkilerinin ne olacağını göstermek üzere hazırlanan ön değerlendirmeyi ifade eder (Yönetmelik m. 3/I, c). Bu noktada, Başbakanlıkça TBMM'ye sevk edilen tasarının özellikle çalışmamıza konu olan hükümleriyle ilgili (*şayet varsa*) düzenleyici etki analizinin ne içe-

¹³ Karş. Kn. 8, dn. 11.

¹⁴ Ayrıntısı için bkz. Yılmaz, s. 153-191.

rikte olduğu bilinmemektedir; metinde, madde gerekçelerinden başka bir açıklamaya yer verilmiş değildir. Tıpkı 5838 s.K'da olduğu gibi, "müstakil taslağın" aksine birden fazla kanun veya kanun hükmünde kararnamede değişiklik getiren çerçeve taslaklara, Yönetmelikte geçtiği şekliyle "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" veya "Çeşitli Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı" gibi adların yerine yapılan değişikliklerle ulaşılmak istenen amacı belirleyebilecek nitelikte bir ad verilmesi gerekir (Yönetmelik m. 11/II). Hemen belirtelim, Başbakanlıkça TBMM'ye sevk edilen kanun tasarısının adı,¹⁵ komisyonda değişen ve Genel Kurulda görüşülen metnin aksine, tıpkı Yönetmelikte yazıldığı gibi "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı" dğildi. TBMM'nin yasama faaliyeti yönünden ilgili yönetmelikle bağlanamayacağı, sınırlandırılmayacağı söylenebilirse de¹⁶ yasama tekniği bakımından böylesine dağınık ve ikircikli bir görünüm sergilemek de en azından şık düşmemektedir.

Yönetmeliğin 16/III. maddesine göre "Yeni mevzuat metni ile getirilen düzenleme uygulanmaya başlayıncaya veya yürürlüğe girinceye kadar geçecek süre içinde yapılacak işlem ve düzenlemeler ya da uyulacak ilke ve kurallar ile daha önceki düzenlemelerden doğan hakların korunmasına ilişkin hususlar ve benzeri geçiş hükümleri geçici maddelerle düzenlenir...". Bu hükme değinmemizin nedeni, özellikle 3167 s.K'ya eklenen geçici 2. maddenin bir ayrık hüküm olarak¹⁷ nasıl yorumlanacağı sorunudur: Düzenleme, bir geçiş hükmüdür; 31.12.2009'a kadar uygulanacaktır. Şu halde, bir yıldan daha kısa bir süreyle uygulanacak hükmün eklendiği kanunu veya ona nazaran genel norm olan TTK'nın çekle ilgili hükümlerini, kökten değiştirdiğini düşünmek olası değildir. Örneğin bundan sonra çekin hukuki nitelik yönünden artık bir borçlanma aracı haline geldiği; dolayısıyla vade içerdiği söylenemez. Ancak belirli bir süreyle de olsa çekin hâmlerine tanıdığı ve ilgili kanunlarda düzenlenip halen yürürlükte olan bir takım haklar da, askıdadır. Söz konusu geçiş hükmünün TTK'nın 707. ve 3167 s.K'nın 4 ila 16/I. maddelerini yürürlükten kal-

¹⁵ Bkz. Kn. 1.

¹⁶ Bayram, s. 103.

¹⁷ Geçici maddelerle esas maddeler arasındaki farklılığın özel nitelikleri nedeniyle geçici maddeler lehine çözüme kavuşturulması gerektiğine ilişkin bkz. AYM, 15.06.2000, 37/14, (www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar). Ayrıca bkz. Bayram, s. 113, 114.

dırmadığı da dikkate alındığında, özellikle çekin, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ibraz edilmesi durumunda, nasıl bir hukuki akıbetle karşılaşacağı; *lafzına rağmen* düzenlemenin kanun koyucunun da amacıyla uyumlu bir biçimde uygulanmasının mümkün olup olmadığı meseleleri, bugün için önem kazanmaktadır. Dava/takip haklarıyla cezai takibatların belli bir kimse yahut kimseler için yine belli bir süreyle kısıtlanması yerine son derece toptancı bir biçimde, doğrudan çekin ibrazına mani olunması, amacı aşan sonuçların doğumuna sebebiyet verebilecek niteliktedir. Kaldı ki, 3167 s.K'ya eklenen geçici 2. maddenin yine aynı Kanun'un 1 inci maddesinde sözü edilen "*Bu kanun..... çek hâmillerinin korunmasına dair tedbirleri ve uygulanacak müeyyideleri düzenler.*" şeklindeki gayeyle örtüşmediği de bir gerçektir. İstisnai hükümlerin dar yorumlanması esas olduğuna göre kanımızca eklendiği Kanun'un kapsamıyla zıt içerikteki söz konusu geçici hükmün (*amacının da doğru bir biçimde tespiti edilmesi şartıyla*) yasama tekniğindeki türüyle uyumlu bir biçimde yorumlanması uygun olur.

Son olarak doğrudan çekle ilgili hükümler hakkında olmamakla birlikte; 5838 s. K'nın özellikle yasa yapımı sırasında, uyulması gereken ilkeler ışığında, bir başka açıdan daha eleştiriye tabi tutulması mümkündür. Söz konusu Yönetmeliğin 17/I. maddesine göre "*Konu itibarıyla aralarında bağlantı bulunması sebebiyle birden fazla mevzuatta düzenleme yapılmasını gerektiren hâller dışında, bir çerçeve taslak ile birden fazla düzenlemenin hükümlerinde değişiklik yapılamaz. Yapılacak değişiklikler her düzenleme için ayrı ayrı çerçeve taslaklar ile yapılır.*" Görülüyor ki, 5838 s.K'ya ait tasarının, anılan hükümde sözü edilen istisnai duruma girdiği kabul edilmiş; aralarında bağlantı bulunan, en azından aynı amaca hizmet ettiği iddia edilen hükümler birlikte düzenlenerek tek çerçeve taslakla birden fazla kanunda değişiklik yapılması mümkün görülmüştür. Yine aynı Yönetmeliğin 17. maddesinin bu kez 2. fıkrasında ise "*Değiştirilmesi öngörülen maddelerin birden fazla olması durumunda bunlar tek bir çerçeve madde içinde değil, her biri ayrı çerçeve maddeler ile düzenlenir.*" şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Hemen belirtelim, TTK'nın 711/III. maddesinin yürürlükten kaldırılmasıyla ilgili 19. fıkranın yer aldığı, Kanun'un 32. (*Tasarının Komisyon tarafından kabul edilen hâlinin 33.*) maddesinin bu son hükümle örtüşmediği görülecektir.¹⁸ Esasen yasama tekniği bakı-

¹⁸ Aksı yöndeki, örnek bir başka Komisyon Raporu ve çalışması için bkz. Kamu İhale Kanunu İle Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair

mından Yönetmeliğin 17/II. maddesinden sapılmasının; bu yolla her bir kanun değişikliğinin ayrı çerçeve maddelerde düzenlenmesinden kaçınılmasının temel nedeni, TBMM Genel Kurul görüşmeleri sırasında, çoğu zaman bir gecikme ve aksama olarak algılanan; ancak esasında TBMM İç Tüzüğü hükümlerinin uygulanmasından ibaret Meclis Genel Kurulu'nun işleyişidir. Oysa yine aynı İç Tüzüğün 91. maddesinin geniş, bir o kadar da muğlak hatlarla çizili uygulama alanı, Danışma Kurulları (TBMM İç Tüzüğü m. 19) aracılığıyla; olmazsa ilgili önerinin Genel Kurulda oylanması neticesinde iktidar partisine –*dolayısıyla hükümete*– çok maddeli tasarıların *temel kanun* şeklinde görüşülmesini temin etme imkânı getirmekte (TBMM İç Tüzüğü m. 91/b); Genel Kurul görüşmelerinin süratle (*en çok otuzar maddelik bölümlerin dışında ayrıca maddeler üzerinde görüşme yapılmaması nedeniyle*) tamamlanabilmesini mümkün kılmaktadır.¹⁹

2. Değişiklilerin Gerekçesi ve Yasama Süreci

5838 sayılı Kanun'la yasalaşan Tasarı'nın 19. maddesi (*Kanun m. 18*), “31.12.2009 tarihine kadar, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir.” hükmünü getirmektedir. Tasarı içerisinde, söz konusu hükme dayanak yapılan gerekçe,

“...Madde ile **belirli bir süreyle** çekin, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ödenmek için **muhatap bankaya ibrazı geçersiz kabul edilerek** ekonomik sıkıntılarla **çeklerin zamanında ödenmemesi sonucunda** ticari hayatta karşılaşılan sorunlara ve mağduriyetlere çözüm üretilmesi amaçlanmaktadır.” [vurgu eklenmiştir]

biçimindedir. Komisyon raporunda yer alan, Tasarı'nın 19. maddesiyle ilgili muhalefet şerhinde geçen gerekçe ise

Kanun Tasarısı ile Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu (1/584) S. Sayısı 253, s. 31-43. İlgili Tasarı, esas komisyon olarak Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu'na 12 maddelik bir Kanun değişikliği şeklinde gelmişse de Komisyon çalışması sonrasında, söz konusu Yönetmelik hükümlerine titizlikle uyulması neticesinde, 36 madde halinde Genel Kurul'da, bir temel kanun (TBMM İçtüzüğü m. 91) şeklinde görüşülmüştür.

¹⁹ Zaten anılan kanun da, Danışma Kurulu'nun almış olduğu ve Genel Kurul'da da oylanarak kabul edilen karar doğrultusunda bir temel kanun olarak görüşülmüştür (TBMM Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem, 3. Yasama Yılı, 59. Birleşim, 17.02.2009, Salı, s. 13-14).

“...Bu düzenleme “çek” kavramının *ruhuna aykırı olmakla birlikte ticari hayatta giderek artan istikrarsızlık ve güven bunalımına karşı bir önlem olarak getirildiği düşünülmektedir.*” [vurgu eklenmiştir].

şeklinde olmuştur.²⁰ Yine Komisyonca kabul edilen metinle ilgili Komisyon Raporu’nda kaleme alınan bir başka muhalefet şerhinde ise;

“...çeklere yazılan keşide tarihleri ile ilgili düzenleme ... *doğrudan krizle mücadele amaçlı* düzenlemeler olarak kabul edilmesi mümkündür.” [vurgu eklenmiştir]

görüşüne yer verilmiştir.²¹

Tasarı’nın 20., Komisyon’ca kabul edilen ve Genel Kurul’da görüşülen metnin 33/XIX.; Kanun’un 32/XIX. maddesiyle TTK’nın 711/III. maddesi, yürürlükten kaldırılmıştır. Tasarı’da söz konusu hükümle ilgili gerekçe,

“6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 711 inci maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen “Keşideci çekin kendisinin veya üçüncü bir kimsenin elinden rızası olmaksızın çıkmış olduğu iddiasında ise muhatabı çeki ödemekten menedebilir.” şeklindeki hükmü Cenevre Birlik Anlaşmasının 32 nci maddesinde yer almaktadır. 6762 sayılı Kanununun 711 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunundan aynen aktarılmıştır. İsviçre hariç mehazlarda yer almayan, İsviçre öğretisinde de şüphe ile karşılanan, *yorum güçlüklerine ve tartışmalara yol açan, amaç ve faydası pek belirlenemeyen bu hüküm, Türkiye’de yanlış anlamaların doğmasına neden olmuş ve çekin niteliğiyle bağdaştırılması mümkün olmayan bir uygulamanın yerleşmesine de sebebiyet vermiştir. Karışıklık yaratmaktan başka hiçbir yarar sağlamayan ve çekin değerini düşüren bu hükmün kaldırılması amaçlanmaktadır.*” [vurgu eklenmiştir]

şeklinde dir.²² Anılan hükümle ilgili eldeki tek gerekçe, bundan ibaret tir.

²⁰ TBMM Plan ve Bütçe Komisyon Raporu, S. Sayısı: 329, s. 64.

²¹ TBMM Plan ve Bütçe Komisyon Raporu, S. Sayısı: 329, s. 68.

²² Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Kasım-2005 tarihli hâlinde, ödeme yasağı kurumunun kaldırılması ve TTK’nın 711/III. maddesine Tasarı’da yer verilmemesiyle ilgili olarak da aynı gerekçe, kullanılmıştır. Ayrıca bkz. Kendigelen, s. 408; Aker, s. 181.

Söz konusu düzenlemelerin doğru bir biçimde yorumlanması; uygulanmaları sırasında karşılaşılabilecek sorunların çözümü yönünden, yasama faaliyeti süresince yapılan tartışma ve varsa dayanılan gerekçelerin tespiti, önemlidir. Bu amaçla her iki hükümlerle ilgili olarak TBMM Genel Kurulu'nun 17-18.02.2009 tarih, 23. Dönem, 3. Yasama Yılı, 58 ve 59. birleşimlerinde, yapılan görüşmelere değinmek faydalı olur.

Görüşmeler sırasında, söz konusu hükümlerle ilgili dile getirilen, belli başlı değerlendirmelerden ilki²³

“...Çok önemli bir düzenleme daha getiriyoruz. Bunların en önemlilerinden biri de şu: Çekle ödemeler. Bakın, bugün iş hayatının içinde olan herkes bilir, *doğru, çekte vade yoktur ama bizim kendi iş hayatımızdan kaynaklanan bir sistem doğdu. Bu bugün mü doğdu? Hayır, yıllardır var. Herkes çeki vadeli olarak veriyor, hatta senet kalktı, çek verilir, vadeli çek yazılır, verilir.* Bu kriz zamanlarında ne problem çıkıyordu? *İş hayatında kötü niyetli insanlar var. Gidiyordu, bazen vadesinden önce bankaya götürüyordu o çeki tahsil etmeye kalkıyordu. Halbuki diğer iş adamı ona göre çekini yazmış, oradaki imkânına göre yazmış. Şimdi “Ancak vadesinde ibraz edilebileceği”* hükmü getiriyoruz. Bu, bugüne kadarki oluşan en önemli hastalığı çözebilecek bir düzenlemedir. Böylece, iş hayatındaki kavgalara, iş hayatındaki sorunlara en önemli çözüm getirecek maddelerden biri budur...” [vurgu eklenmiştir]

şeklinde. Çekte “vade” meselesine aşağıda ayrıntısıyla değinilecek olmakla birlikte yeri gelmişken, görüşmede dile getirilen ve öne çıkan şu hususun burada bir kez daha vurgulanması faydalı olur: TTK'nın 707/II. maddesinin kendisine tanıdığı yetkiyle hâmil, elindeki çeki, içerdiği ileri keşide tarihinden önce bankaya ibraz ederse uygulamanın/ticari yaşamın geldiği bu noktada, *-iddia edildiği şekliyle-* artık kötü niyetli olarak görülmektedir.²⁴ Açık kanun hükmüne rağmen, taraflar

²³ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem, 3. Yasama Yılı, 59. Birleşim, 17.02.2009, Salı, s. 35.

²⁴ Karş. 11. HD 12/06/1995, 3950/4882, (Eriş, s. 213). Geçmişte, karşılıksız çek keşidesinin dolandırıcılık suçuna ilişkin hükümler kapsamında değerlendirildiği dönemde, ileri tarihli çek alanın, söz konusu çekin ancak “vadesinde” karşılığının bulundurulacağını bildiği; bu nedenle de kandırılmış sayılamayacağı; sonuç olarak bu hadise özelinde dolandırıcılık suçunun unsurlarının bulunmadığı sonucuna varılmıştı (6. CD. 03/04/1975, 1508/1588, YKD 1975/11, s. 122 vd.; CGK 02/06/1980, 103/209, YKD 1981/1, s. 83 vd.). Ayrıca bkz. Güleç, s. 91. Oysa anılan görüş de

arasında (ileri tarihli çek keşidesi yoluyla) bir vade anlaşmasının yapı-
lıp yapılamayacağı konusu, öğretilerde tartışılmış²⁵ olmakla ve hatta bu
hâlde dahi keşideciye, olası bir karşılıksızlık durumunun bedeli olarak
kanun koyucu tarafından cezai sorumluluk yüklenmekle beraber (Çek
Kanunu m. 16), görüşmeler sırasında dile getirildiği şekliyle çek, artık bir
borç senedi olarak kabul görüp tedavül etmekte ve hâminin (zaten de
bildiği) bu gerçeğe aykırı tutum ve davranışları, sorunlara, kavgalara,
hastalıklara neden olmakta; ticari barışı ve uyumu zedeleyerek ona za-
rar vermektedir.

Genel Kurul'da yapılan bir diğer değerlendirme de,²⁶

"...Nitekim, Türk Ticaret Kanunu 711'inci madde uyarınca "Elim-
den rızam dışı çıktı." diye samimi olmayan, dürüst olmayan, borçluyu
koruyan madde değişiyor; çeki alan dürüst, namuslu insan artık ken-
di kendini koruyabilecek. Çeki elinden çıkan insan gidip çekinin elinden
çıkışını ispat etmek zorundadır. Yani burada dürüst alacaklıyı koruyan
bir madde getiriliyor. Bunun için doğru bir maddedir, hepimiz katkı
verdik. Altı aydır söylüyoruz ama altı ay sonra geldi arkadaşlar. Yine,
çeklerle ilgili bu yasada vade... Arkadaşlar, artık "Çekte vade olmaz." ta-
biri bir piyasa gerçeği olmuştur. Ama bu piyasanın bir şekli var. Piyasada ti-
caret hacmi -hemen hemen artık "senet" diye bir şey kalmadı- tamamen çekle
dönüyor. Artık, çeki alan kişiler, kurumlar, çek alışverişi yapan insanlar, o
çekin üstündeki vadeyi bilerek, görerek kabul ettiğine göre bu vadeden önce gi-
dip insanların onuruyla oynamak kimsenin hakkı değildir. Ama geçtiğimiz
süreçte -yine ben size burada söyledim- bankalar dahi, kredi borcunu
aldığı çeklerin vadesiyle tasfiye edeceğini bilen bazı bankalar bile gününden
önce -on gün kala, on beş gün kala, bir ay kala, iki ay kala vadesine yani üze-
rindeki yazılı tarihe- gittiler, hepsini takasa sürdüler, arkasını yazdırdılar. Bı-
rakın kendisini, arkada 6 tane cirantaya, 7 tane cirantaya takip yaptılar

eleştiriden uzak değildi. Zira tam aksine hâmil, TTK'nın 707/II nci maddesinin
verdiği güvenle çekin (üzerinde yazılı keşide tarihi ne olursa olsun) ibrazında öde-
neceği inancını taşımaktadır (Kalpsüz, Meseleler, s. 58, 59). Karş. Somer(Kaboğlu/
Centel), s. 52 vd.; Bahtiyar, s. 51. Buna karşın yine öğretilerde, vadeli çeklerin, çekte
vadeyi yasaklayan TTK'nın 707. maddesinden yararlanan lehdar tarafından vade
teşkil eden ileri keşide tarihlerinden önce bankaya ibraz edilmesinin 765 sayılı
TCK'nın 508, 509 ve 510. (YTCK m. 155) maddelerinde düzenlenen güveni kötüye
kullanma suçunu oluşturacağı da iddia edilmiştir (Domaniç, Tasarı, s. 8, 9).

²⁵ Bkz. Kn. 19 vd.

²⁶ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem, 3. Yasama Yılı, 59. Birleşim, 17/02/2009,
Salı, s. 36, 37.

arkadaşlar. Bu nedenle, bu yasada getirilen, herkes, artık, çeki aldığı takdirde... Tabii, burada bir süre getirildi, 2009 sonuna kadar. Yani bu küresel krizin etkisini azaltmak amacıyla bir önlemdi ama en azından 2009 sonuna kadar, çeki alan, üzerindeki tarih neyse o tarihte bankaya ibraz edebilecek. Fakat burada bir sakınca var: Burada kötü niyetli çek borçluları... *Bu yasada yok ama herhâlde Çek Kanunu ile sürekli çekleri karşılıksız çıkan insanların da çeklerini üç ay sonra, altı ay sonraya beklememek lazım. Orada yine iyi niyetli alacaklıyı korumak gerekiyor...* [vurgu eklenmiştir]

biçimindedir. Yapılan konuşma, yasalaşan her iki düzenleme hakkındadır. TTK'nın 711/III. maddesi bağlamında *keşidecinin* tutumu, tasvip edilmemiş; yeterli görülmemiş olacak ki, keşideciden daha fazlası beklenmektedir. Buradan, keşidecinin sadece bir talimat vermesinin yetmediği; kimi hukuki çarelere de ayrıca başvurarak iddiasını ispatlamasının beklendiği, anlamını çıkarmak uygun olur. Çekte vade meselesine bir kez daha değinilmiş; bononun uygulamadan silindiği gerçeği hatırlatılmıştır.

Sayın milletvekilinin yaptığı konuşma sırasında, göndermede bulunduğu şu iki mesele, hükmün uygulanışı sırasında karşılaşılabilecek olası sorunların çözümü için önemlidir: **İ. 3167 s.K'nın geçici 2. maddesiyle çekin belli bir tarihe kadar, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersiz sayılmıştır.** Ancak şurası bir gerçek ki, ödenmek için ibraz, sadece muhatap bankaya olmamaktadır. TTK'nın 710. maddesine göre takas odasına ibraz da, ödeme için ibraz anlamındadır. Dikkat edileceği üzere hükmün lafzı, "*...ödenmek için ibrazı geçersizdir.*" şeklinde değildir. Düzenleme, ödenmek için ibrazın sadece bir yolundan bahsetmiş; diğeri olan takas odasına ibrazı, dikkate almamıştır. *Şu hâlde, bir kural içi boşluk mu vardır yahut kanun koyucu bilinçli suskunluk içinde midir?* Sayın milletvekilinin yaptığı konuşmada değindiği bankalarla ilgili örnek, bankaların dahi vermiş oldukları kredilerin güvencesini çekte (ve özellikle onun taşıdığı cezai sorumlulukta) gördükleri gerçeği bir yana²⁷ takas odasına ibraz usulünden bahsetmesi nedeniyle son derece önemlidir. Zira bankaların tahsil yahut temlik ciroyuyla hâmili oldukları çekleri, takas odası marifetiyle ödenmek için ibraz edecekleri hatırlandığında, 3167 s.K'nın geçici 2. maddesinin lafzıyla amacının örtüşmediğini; *hükmün son derece*

²⁷ Örneğin bkz. 19. HD 24.10.2003, 2002-7451/10475 (İBD 2005/4, s. 1370).

net ve tereddütsüz lafzının aşılmasındaki zorluk bir yana amaca uygun bir yorum için (*şayet varsa*) hukuki boşluğun boşluk doldurma yöntemleri ile doldurulması gerektiğini söylemek mümkündür.

Diğer mesele **ii.** yine 3167 s.K'nın geçici 2. maddesinden *kimlerin* istifade edeceğiyle ilgilidir. Gerçi bu kapsamda, *keşideciler* yönünden bir çekişme yaşanması beklenmemelidir. Ancak müracaat borçluları içinde yer alan; keşideci dışındaki (cezai sorumluluk taşımayan) *cirantaların* da bu vesileyle anılan hükümden yararlanıp yararlanamayacağı, çözüme kavuşturulmalıdır. Cirantalar da (ve hatta avalistler), tıpkı keşideciler gibi ekonomik/ticari durumunu, çekin üzerinde yazılı ileri keşide tarihine göre mi planlamaktadır? Onlar da mı bu güvene/zimi anlaşmaya/ticari örf ve âdete itibar etmektedir? Kısaca şu hususu vurgulamak uygun olur: Düzenlemeyle *ödenmek için ibraz geçersiz* sayıldığına göre keşideci dâhil hiçbir müracaat borçlusuna karşı çeke dayalı alacağın tahsili bakımından dava/takip yoluyla başvurmak olası gözükmemektedir (TTK m. 720, 721; İİK m. 170/a).²⁸ Kanun koyucunun yasalaştırdığı bu düzenlemeyle keşideci yanında diğer tüm müracaat borçlularını da içerecek şekilde, *geniş bir ekonomik koruma alanı* yaratmak isteyip istemediği, yine sayın milletvekilinin yaptığı konuşmada, cirantalardan da bahsetmiş olması bakımından belki bir cevap bulabilir. Gerçi, hemen belirtelim, bir kanun hükmüyle ilgili olarak yasama süresince yapılan değerlendirmeler, o düzenlemenin yorumlanması ve uygulanması bakımından başlı başına yeterli ve tatminkâr kaynaklar olarak görülmebilir de; görmezden de gelinmemelidir. Çalışma içerisinde göndermede bulunulan müzakere metinleri, bu tereddütle ve fakat titizlikle ele alınmalıdır.²⁹

Hükümlerin müzakeresi sırasında, nadiren de olsa muhalif görüşler (özellikle çekte vade meselesiyle ilgili olarak) dile getirilmiştir.³⁰ Örneğin,

“...Çekin üzerinde yazılı tarihte ödenmesini sağlamaya çalışıyoruz, bu da ekonominin yapısına aykırı. Dünyanın hiçbir yerinde yazılı tarihte çek olmaz,

²⁸ 13. HD 19.01.2004, 2003-16488/172, (YKD 2004/8, s. 1234-1235); 12. HD 20.12.2005, 22376/25548, (MİHDER 2005/2, s. 515-516); 11. HD 01.07.2004, 4368/7867 (yayımlanmamıştır); 12. HD 30/03/2006, 5046 /6520 (Uyar, s. 15084).

²⁹ Ayrıca bkz. Edis, s. 190, 191.

³⁰ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem, 3. Yasama Yılı, 59. Birleşim, 17/02/2009, Salı, s. 51.

çek prezante edildiği, verildiği tarihte geçerlidir. Korkunç bir ekonomik hata bu. Bunu çok iyi bilmek lazım..." [vurgu eklenmiştir]

Son olarak şu görüşe de atıfta bulunmak gerekir:³¹

"...Bu yasalar içerisinde, yine, piyasayı çok yakından ilgilendiren, âdeta iç piyasanın dinamiği olarak gördüğümüz çökle ilgilidir. Çekin kullanımında 2008 yılının ikinci yarısından itibaren piyasada, âdeta, esnaf arasında, tüccar arasında, sanayici arasında çek kesilmez olmuştu veya en aza inmişti. Sebebi ise çekin, yasa gereği, üzerindeki tarihte değil, ibraz edildiği anda tahsil edilmiş olmasıdır. Bu, yasadaki kaynaklanan sıkıntı sonucunda, **piyasalardaki bu nakit darlığı sebebiyle de verilen çekler vadesinden önce tahsil edilmeye başlayınca, âdeta, işletmelerimiz çek kesmez olmuştur. Bu da piyasadaki canlanmayı engellemiş, piyasadaki nakit darlığını aşmada zorluğa sebep olmuştur.** Buna dikkat edilmesi, bunun tespiti sonucunda da yine hazırlanan bir yasa ile bu çekteki **vadenin**, üzerinde yazılı olan vadede ancak tahsil edilebileceğini gerçekleştirmeyi sağlayacak kolaylık getirilmiş ve 19'uncu maddeyle ilave edilen geçici 2'nci maddeyle de 31.12.2009 tarihi-ne kadar üzerine yazılı keşide tarihten önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir." ibaresi konmuş ve böylelikle de 31.12.2009'a kadar piyasada dolaşan ve verilen çeklerin, ancak üzerindeki tarihte tahsil edilebileceği kararına varılmış ve bu tarihten önce herhangi bir ibraz esnasında "Karşılığı yoktur." **kaşesi artık vurulmayacaktır.** Tahmin ederim bu da daralan piyasaya, nakit darlığı çeken piyasada piyasanın hareketlenmesi noktasında mutlaka olumlu yönde etkili olacaktır diye düşünüyorum..." [vurgu eklenmiştir]

Konuşmada geçen, özellikle çekin üzerinde yazılı (ve ileri tarihli) keşide tarihten önce de ödenmek üzere ibraz edilebilmesi nedeniyle ticari yaşamda çekin kullanımının azalmış olması; bunun da piyasada nakit darlığına sebebiyet vermesi meselesi, vurgulanması gereken hususlardandır. Oysa tam aksi sonuç, anılan düzenlemenin yasallaşmasının ardından da gündeme gelebilir. Zira çekin, vade içermemesi; ileri tarihli de olsa ibrazında, -karşılığı varsa- tahsil edilebilmesi; aksi durumda keşidecinin cezai sorumluluk taşıması, ticari yaşamın aktörlerinin bono yerine çekle "borçlanmasına" yol açtığı, bir gerçektir. Söz konusu hükmün yasallaşması, çekin adeta "bono" muamelesi görmesine; bo-

³¹ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem, 3. Yasama Yılı, 59. Birleşim, 18/02/2009, Çarşamba, s. 37, 38.

noda uzun tutulmayan vadenin “çeklerde de” kısılmasına (!) sebebiyet verebilir. Sonuç olarak bono ile çek arasındaki haksız rekabetin –cezai sorumluluk meselesi hariç- geçici süreyle giderildiği dahi iddia edilebilir. “Vade” yönünden bononun maruz kaldığı ekonomik tercihler, artık çek için de geçerli olabilecektir.³² Bu durumun sözü edildiği gibi piyasadaki nakit darlığının/kaynak sıkıntısının aşılmasına yardımcı olup olamayacağını, uygulama gösterecektir. Ancak şurası bir gerçek ki, ticari yaşamda çekin, amacından saparak bir borçlanma aracı gibi bononun yerini almasında iki gerekçe, öne çıkmaktadır: Bunlardan ilki, i). hâmilinin “vadeyi” beklemekle yükümlü olmaması; ikincisi ise ii. keşidecinin cezai sorumluluk taşımasıdır.

Konuşma içerisinde değinilen hususlardan bir diğeri de, yeni düzenlemeyle birlikte, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ibraz edilmesi durumunda, çeke –ifade edildiği gibi- “karşılığı yoktur” kaşesinin artık vurulmayacak olmasıdır. Bu konuya aşağıda bir kez daha değinilecek olmakla birlikte,³³ yeri geldiğinden, şimdilik şu hususun tartışılmaya açılması mümkündür: Kanun metninde her ne kadar, çekin taşıdığı ileri keşide tarihinden önce “...ibrazının geçersiz...” olacağı düzenlenmişse de bu hükmün sadece –taşıdığı ileri keşide tarihi nedeniyle- ibrazı anında karşılığı olmayan çeklerin karşılıksız kalmasının önüne geçmek amacını mı taşıdığını belirlemek gerekir. Temel gayenin bu olduğunda tereddüt yoktur. Zira keşideci, artık ileri keşide tarihli çekin karşılığını muhatap bankada önceden bulundurmakla yükümlü değildir.³⁴ Ancak gerçekten de çekin karşılığı –ileri olan keşide tarihinden de önce- muhatap bankada varsa ve hazırsa; TTK’nın 707/ II nci maddesi de hâlâ yürürlükte olduğuna göre hâmil, çeki muhatap bankaya ibraz ederek bedelini tahsil edebilir mi? Yukarıda bahsi geçen konuşmalardan birinde,³⁵ kötüniyetli keşidecilerden bahsedilmiş; çekte vade uygulamasıyla kötüniyetli keşidecilerin de korunmaması gerektiğine değinilmiş; bu sorunun belki de –ifade edildiği şekliyle- Çek Kanununda yapılacak bir düzenlemeyle çözüme kavuşturulabileceği belirtilmiştir. Bu ifade tarzının ve içerdiği görüşün “...ibrazı

³² Ayrıca bkz. Kn. 28.3.

³³ Bkz. Kn. 37.2

³⁴ Oysa bkz. Kalpsüz, *Meseleler*, s.59, 60.

³⁵ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem, 3. Yasama Yılı, 59. Birleşim, 18/02/2009, Salı, s. 37.

geçersizdir.” şeklindeki hükmü, karşılığı olan çekler yönünden aşmak bakımından ne kadar yardımcı olacağı şüphelidir. Ancak en azından kanun koyucunun, çeke adeta “*vade*” kazandırmak şeklindeki olağanüstü ve istisnai düzenlemenin kötü niyeti gizleyecek ve onu meşru kılacak şekilde uygulanabileceği gerçeğinin de farkında olduğu söylenebilir. Şu hâlde,

i. Çekin ibrazında, karşılığının da olması hâlinde, keşidecinin –artık kanunen de benimsenen vade anlaşmasına rağmen– çekle işleyen hesapta yeteri kadar para tutmak suretiyle çekin tahsiline –zımnem de olsa– rıza gösterdiğini söylemek mümkün müdür?

ii. Yoksa hükmün açık lafzı, TTK’nın 707/II. maddesi hükmüne rağmen her halükârda ibrazı geçersiz mi görmektedir?

iii Düzenlemenin bir *geçici hüküm* olduğu; TTK’nın 707. maddesi başta olmak üzere 3167 s.K’da ve çekin hukuki niteliğinde köklü bir değişiklik meydana getirmediği dikkate alındığında, hükümle ilgili görüşmeler sırasında dile getirilen –*sınırlı*– amaca uygun bir yorum yapmak mümkün olacak mıdır?

II. ÇEKTE “VADE” MESELESİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Çek, *mevcut* bir paranın ödenmesi talimatının verilmesidir; bono ise *gelecekte* yani vadesinde söz konusu paranın ödenmesinin taahhüt edilmesidir.³⁶ Buna rağmen, ileri bir tarihin keşide tarihi olarak gösterilmesi suretiyle vade yaratılması ve bu yolla çekin ödeme aracı olma amacından saparak bono gibi bir kredi ya da teminat aracı haline getirilmesinin başlıca iki sebebi olduğu ileri sürülmektedir: Bunlardan ilki, çekin damga vergisine tabi olmaması; ikincisi ise karşılıksız çek keşide etmenin suç olması ve bunun da lehdar için önemli bir güvence teşkil etmesidir.³⁷

³⁶ Erman, s. 123. Ticari senetlerin kredi ve ödeme aracı şeklindeki iktisadi fonksiyonları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnan, *Batider* 1969, s. 93 vd.

³⁷ Tekinalp, s. 930-931; İnan, s. 101; Karayalçın, *Batider* 1981, s. 222; Kaynar, s. 81-83; Şimşek, s. 442; Yasaman, s. 226. Bu son Yazar, vergi oranı çok düşük olduğundan damga vergisinden muaf olmanın, çekin tercih sebebi olmasında önemli bir faktör olmadığını; buna karşılık keşidecinin ağır yaptırımlara tabi olmasının asıl neden teşkil ettiğini belirtmiştir. Aynı yönde bkz. Çöl, s. 211. Damga Vergisi ile ilgili son

Türk Ticaret Kanunu'nun 707 ve 705. maddelerinin *-aynı Kanun'un 1474. maddesi uyarınca metne dâhil kabul edilen-* kenar başlıkları, sırasıyla *"vade"* ve *"vadeden sonraki ciro"* olmasına rağmen; çekte teknik olarak bir vadenin bulunup bulunmadığı öğretide tartışılmıştır:

TTK'nın 615. maddesinde sayılan 4 tip vadeden biri olan *"görüldüğünde"* (ödenmek üzere) vadenin, çeki ilişkin TTK'nın 707/I. maddesindeki *"Çek görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir."* düzenlemesine uygun düşmesi sebebiyle öğretide,³⁸ çekte sadece tek tip *-yani görüldüğünde ödenecek-* vadenin bulunduğu ileri sürülmüştür. Buna karşın yine öğretide,³⁹ yukarıda anılan kenar başlıklarının aksine, çekte teknik anlamda bir vadenin söz konusu ol(a)mayacağı, üç ayrı gerekçeyle ileri sürülmüştür: *Birincisi*, poliçede, Türk Ticaret Kanunu'nun saydığı 4 tür vadenin dışında bir başka vade türü getirildiği zaman, TTK'nın 615/II inci maddesi uyarınca poliçenin (ve bononun, TTK m. 690) batıl olacağı düzenlenmişken; yine TTK'nın 707/I. maddesi hükmü, bu esastan ayrılarak çekin görüldüğünde ödenecek olması prensibine aykırılık içeren kayıtları yazılmamış hükmünde saymıştır. *İkinci* gerekçeye göre, ibraz süreleri zaten bir vadeden bahsedilemeyecek kadar kısadır ve *son olarak* çek, bono ve poliçeden farklı olarak ödeme aracı olduğundan, *-bir emredici kural olarak-* çekin ibrazında, yani muhatap banka tarafından görüldüğünde ödenmesi gerekir.

Kanaatimizce de, çekin iktisadi ve hukuki işlevi düşünüldüğünde, *"çek"* ile *"vade"* kelimelerinin dahi yan yana gelmesi mümkün değildir. Türk Ticaret Kanunu'nda çeki ilişkin hükümleri arasında yer alan 705 ve 707. maddelerin kenar başlıklarındaki *"vade"* terimine, teknik bir anlam yüklenmemelidir. Kaldı ki, kanun koyucu, çekte vade olmayacağına ilişkin tereddütsüz tavrını, TTK'nın 707. maddesinde ortaya

olarak karş. 4962 s.K m. 12. (RG, 07/08/2003, S. 25192).

³⁸ Karayalçın, s. 266, 290; Öztan, 1079; Poroy, s. 262; Domaniç, s. 564, 604, 965; Akya-zan, s. 687; Doğanay, s. 2134; İmregün, s. 128; Tekinalp, s. 926 vd.; Aker, s. 21 vd.; Eriş, s. 211; İpekçi, s. 2883.

³⁹ Kendigelen, s.195 vd.; Türk, s. 127; Kalpsüz(Erem/Çelebican), s. 67, dn.101; Tandoğan, s. 78; Öztan, s. 1079; Göle, s. 74, 131. Hatta son Yazar, bu tip çeklere *"vadeli çek"* denilmesini uygun bulmayı ileri tarihli veya sonraki tarihli çek denilmesinde isabet olduğunu belirtmiştir. Ayrıca bkz. Moroğlu, s. 534. Vadenin hukuken yasaklandığı yönünde bkz. İnan, *Batider* 1969, s. 94; Kendigelen, *Makalelerim*, s. 85; Bahtiyar, s. 44. Çeki vade konulmasına gerek olmadığı yönünde bkz. Pulaşlı, s. 12.

koymuştur. Öte yandan, poliçeye ait hükümler arasında yer alan, “vadesinden önce ve vadesinde ödeme” kenar başlıklı TTK’nın 622 nci maddesinde düzenlenen; muhatabın, vadesinden önce ödemede bulunduğu takdirde, bundan doğan tehlikeyi kendi üzerine almış biçimde hareket edeceğine ilişkin hükmün⁴⁰ bonoya da uygulanabilirliği kabul edilmiş iken (TTK m. 690), kanun koyucu, aynı hükmün çek için de uygulanabilir olmadığı düşüncesiyle TTK’nın 730. maddesinde, bu hükme atıfta bulunmamış ve örtülü olarak da olsa çekte vade olgusuna fikri açıdan yer vermemiştir.

B. “Vadeli” Çek Uygulaması

19 Mayıs 1931 tarihinde Cenevre’de imzalanan “Çekler Hakkında Tekdüze Kanuna İlişkin Cenevre Anlaşması’nın⁴¹ 28. maddesinden alınan *çekin ibraz günü ödeneceği* esası, Cenevre’de de tartışmalara yol açmış⁴² ancak sonuçta bir ödeme aracı olan çeke, istisnaen de olsa kredi işlevi görme imkânının tanınması uygun bulunmuştur⁴³.

TTK’nın 707/II. maddesinde çekin, üzerinde keşide günü olarak gösterilen günden önce ibraz edilebilirliğinden bahsedilmiş; bu yolla aslında örtülü biçimde de olsa, çeke, gerçeği yansıtmayan; başka bir deyişle (gerçekte keşide edildiği günden) ileri bir tarihin keşide tarihi

⁴⁰ TTK’nın 622/II. maddesinde “Vadeden önce ödeyen muhatap bu yüzden doğacak mesuliyeti üzerine almış olur.” denmişse de, Tasarıda, bu hüküm mehz Kanuna uygun olarak yeniden kaleme alınmış ve Tasarının 710/II. maddesinde, “Vadeden önce ödeyen muhatap, bundan doğacak tehlike kendisine ait olmak üzere hareket etmiş olur” hükmü getirilmiştir. Bu hâliyle düzenleme, öğretime amaca ve mehaza uygunluk açısından daha isabetlidir (Narbay, s. 188). Tasarıda yer alan metnin gerekçesi “...hükümde söz konusu olan mesuliyet değil, vadeden önce ödemenin doğurabileceği tehlikedir. Bu nedenle 710. madde ikinci fıkrasında hükmü kaynağa uygun biçimde düzenlemiştir” şeklindedir.

⁴¹ Cenevre Anlaşması, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce onaylanıp yasalaşmış değilse de, 1957 tarihli yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu’nun çeke ilişkin hükümleri, büyük ölçüde bu anlaşmaya uygun olan İsviçre Borçlar Kanunu’ndan alındığından; Cenevre Anlaşmasını kabul eden ülkelerle Türk hukuku arasında büyük ölçüde benzerlik bulunmaktadır (Reisoğlu, s. 10).

⁴² Ayrıntısı için bkz. Tandoğan, s. 73 vd.; Gökçe, s. 127 vd.; Poroy/Tekinalp, s. 261.

⁴³ Gökçe, s. 128. Ayrıca bkz. Tandoğan, s. 12; Eriş, s. 212. Yazar, damga resminden muaf olan çeklerin yasaya aykırı olarak bono fonksiyonunu ifa ettiğini belirtmiştir.

olarak yazılmasına izin verilmiştir.⁴⁴ Ancak, yine aynı hükümde, çekin her halükârda, ibraz günü ödeneceği düzenlenerek adeta gerçeğe aykırı keşide günü içeren çeklerde geçerli sonucun ne olacağı da belirtilmiştir.⁴⁵

Keşide tarihinden önce ibraz edilen çeklerin karşılığının muhatap bankada bulunması halinde ne olacağı, Kanun'un sözü edilen bu açık hükmüyle düzenlemişken; karşılığının bulunmaması durumunda ne olacağı, açık olarak Çek Kanunu'nun 16. maddesiyle hükme bağlamıştır.⁴⁶ Ancak Çek Kanunu'ndaki çekin üzerinde yazılı keşide tarihinden önce de olsa ibraz edildiğinde karşılığının kısmen dahi bulunmaması durumunda, keşidecinin cezalandırılacağı hükmü (Çek Kanunu m.16/I), "vadeli çek" uygulamasının önüne geçmeye yetmemiştir.⁴⁷ Lehdarın çeki alırken görüp bildiği (*belki de kabul ettiği*) tarihten önce muhatap bankaya çeki ibraz etmesi, ticari bir risk olarak görülmüştür. Sözü edilen bu risk, keşideci ile lehdar arasında var olduğu düşünülen iyi niyet anlaşmasının bozulabilmesi ihtimali üzerine kuruludur ve bu ihtimalin, tarafları da bağlayıcı bir biçimde, ödemeye herhangi bir geciktirici etkisi bulunmamaktadır.⁴⁸

Çeke, ayrıca garanti yahut teminat işlevi kazandırmak, bir tercih meselesidir; kanun koyucu bu tercihi benimseyerek yasalaştırabilir. Ancak, TTK'nın 707. maddesi varlığını koruduğu sürece vadeli çek yaratmak; çeki bir kredi aracı hâline getirip damga vergisi muafiyetinden istifade etmek; son olarak gerçekten bir kredi/borçlanma aracı olan bononun ve poliçenin aksine ibrazında (uygulamadaki şekliyle "vadesinde") ödenmeyen çek için geçerli cezai sorumluluk tehdidini, alacağın tahsilinde bir güvence görmek, Türk Ticaret Kanunu'nun öngörüp düzenlemediği bir durumdur.⁴⁹ Zira çeke ileri keşide tarihi

⁴⁴ Göle, s. 72-73; Bahtiyar, s. 46.

⁴⁵ Kalpsüz(Erem/Çelebican), s. 105; Somer, s. 53. İleri keşide tarihli çeklerin ibrazında ödenmesinin sebebinin çekin damga vergisinden muaf olması avantajından yararlanmak için bono ve poliçe yerine çekin tercih edilmesinin ve ileri keşide tarihi atarak çeki adeta kredi aracı olarak kullanmanın sonucu, Hazine'nin zarara uğratılmasını engellemek olduğu yönündeki görüş için bkz. İpekçi, s. 2884 .

⁴⁶ Tekinalp, s. 926. Ayrıca bkz. Kn. 26.4.

⁴⁷ Kendigelen, s. 198.

⁴⁸ Türk, s. 127. Ayrıca bkz. İnan, s. 117; Kn.8, dn.11.

⁴⁹ Bu durumu kanuna karşı hile olarak vasıflandıran görüş için bkz. Tandoğan, s. 87; İnan, *Batider* 1981, s. 101; Reisoğlu, s. 20; Çöl, s. 199. Bu son Yazar, vadeli çeklerin

yazılmasının mümkün görülmesi, bu vesileyle vade yaratılması değil; ibraz sürelerinin uzatılıp kısaltılabilmesi amaçlıdır.⁵⁰ Çekin üzerine, görüldüğünde ödeneceği prensibine aykırı yazılacak herhangi bir kaydın yazılmamış hükmünde olduğu düzenlenerek (TTK m. 707/I) çekin bir kredi aracı gibi kullanılmasına mani olunmak istenmiştir.⁵¹

C. “Vadeli” Çeklerin Kronolojik Olarak Geçirdiği Yasal Evrim

<p>Tablo I Türk Ticaret Kanunu</p>	<p>MADDE 707: Çek görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir. Keşide günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan bir çek ibraz günü ödenir.”</p>
<p>Tablo II 19.3.1985 tarih ve 3167 sayılı Çek Kanunu</p>	<p>MADDE 4: “Çekle işleyen hesabın bulunduğu banka şubesi, ibraz edildiği anda karşılığı bulunan çeki ödemek mecburiyetindedir. Çekin karşılığının kısmen bulunması halinde ise bu miktar ödenir...”</p> <p>MADDE 16: “İbraz süresi içinde veya üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ... yeterli karşılığı bulunmaması sebebiyle kısmen dahi olsa ödenmeyen çeki keşide eden kişiler ... hapis cezası ile cezalandırılırlar.”</p>

de damga vergisinden muaf olması hâlini, vergi kanunlarına aykırı hareket etmeksiz bir bireyin vergi mükellefiyetinden kurtulması ve hazineyi vergi kaybına uğratması olarak tanımlanan “vergiden kaçınma” durumu şeklinde değerlendirmiş ve ileri keşide tarihli çeklerin de damga vergisine tabi olması yönündeki (Dirikkan, s. 19, dn.31 ve Şimşek, s. 442’) fikre katılmıştır.

⁵⁰ Reisoğlu, Sempozyum, s. 56; Bahtiyar, s. 44.

⁵¹ Kalpsüz, *Batider* 1981, s. 235. 11. HD 11/02/1991, 9155/767, (Eriş, s. 212).; 12. HD 26/04/2001, 6458/7034, (Eriş, s. 214-215).

<p>Tablo III</p> <p>Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hâmillerinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Adalet Bakanlığı Taslağı¹</p>	<p>MADDE 3- 3167 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.</p> <p>“Madde 4.-... <i>Koşullarına uygun ve karşılığı var olan çek,ibraz edildiğinde ödenir. ...”</i></p> <p>MADDE 4- 3167 sayılı Kanunun 5 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.</p> <p>“Madde 5.- ... <i>Keşide gününden önce ibraz edilen çek, karşılığının tamamen veya kısmen bulunmaması hâlinde hiçbir işlem yapılmaksızın hâmine geri verilir. Türk Ticaret Kanununun 707 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü saklıdır.”</i></p> <p>MADDE 13- 3167 sayılı Kanunun 16 ıncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.</p> <p>“Madde 16- <i>Keşide gününe göre ibraz süresi içinde ... ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle... cezalandırılır.</i></p> <p>...</p> <p><i>Mahkeme ayrıca işlenen suçun niteliğine göre bir yıl ile beş yıl arasında belirleyeceği bir süre için hesap sahiplerinin ... çek hesabı açtırmalarının yasaklanmasına karar verir. Yasaklanma kararı bütün bankalara duyurulmak üzere Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasına bildirilir.”</i></p>
---	---

<p>Tablo IV</p> <p>11.02.2002 tarihli 1/970 sayılı Tasarı ve 15.4.2002 tarihli Adalet Komisyonu Raporu, S. Sayısı: 872 (HÜKÜMSÜZ)</p>	<p>MADDE 4- 3167 sayılı Kanunun 5 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.</p> <p>“Madde 5:</p> <p><i>Keşide gününden önce ibraz edilen çek hakkında Türk Ticaret Kanununun 707 nci maddesinin ikinci fıkrası uygulanır. Şu kadar ki, yeterli karşılığı bulunmayan çek, üzerine kısmî ödemeye ilişkin kaydın konulması dışında hiçbir işlem yapılmaksızın hâmiline geri verilir; bu çek dolayısıyla keşide tarihine kadar herhangi bir hukuk yoluna başvurulamaz.”</i></p> <p>MADDE 13- 3167 sayılı Kanunun 16 ıncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.</p> <p>“Madde 16- <i>Keşide gününe göre ibraz süresi içinde ... ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcileri, ... çek bedeli tutarı kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar...</i></p> <p>...</p> <p><i>Mahkeme, ayrıca işlenen suçun niteliğine göre bir yıl ile beş yıl arasında belirleyeceği bir süre için hesap sahiplerinin ve yetkili temsilcilerinin çek hesabı açtırmalarının yasaklanmasına karar verir.</i></p> <p><i>Yasaklanma kararı bütün bankalara duyurulmak üzere Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına bildirilir...</i></p> <p>...”</p>
--	--

<p>Tablo V</p> <p>26.02.2003 tarih ve 4814 sayılı Kanun, RG. 08.03.2003, S. 25042)</p> <p>Adalet Komisyonu Raporu, S. Sayısı: 58</p>	<p>MADDE 3- 3167 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.</p> <p>“Madde 4. – ...</p> <p><i>Koşullarına uygun ve karşılığı var olan çek, muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz edildiğinde sonra ödenir. ... Çekin karşılığının tamamen veya kısmen bulunmaması halinde bankanın ödeme yükümlülüğü, ... çek hesabında bulunan miktarla sınırlıdır... çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisi ücretsiz olarak hamile verilir. Çek hamili, bu fotokopiyle müracaat borçlularına veya kambiyo senetleri hakkındaki takip usullerine başvurabileceği gibi; Cumhuriyet savcılığına şikâyetle bulunurken dilekçesine bu fotokopiyi ekleyebilir...”</i></p> <p>MADDE 4- 3167 sayılı Kanunun 5 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.</p> <p>“Madde 5. - Çekin ibrazında karşılığının tamamen ödenmemesi veya çek hamili tarafından kısmî ödemenin kabul edilmemesi halinde, ibraz tarihi ile ödememe nedeni çekin üzerine yazılır ve çek, üzerine imzası alınarak hamiline geri verilir; çekin ön ve arka yüzünün fotokopisi banka tarafından saklanır”</p> <p>MADDE 14- 3167 sayılı Kanunun 16 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.</p> <p>“Madde 16- Üzerinde yazılı keşide tarihten önce veya ibraz süresi içinde 4 üncü madde uyarınca ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcileri, kanunların ayrıca suç saydığı haller saklı kalmak üzere, çek bedeli tutarı kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar. Ancak verilecek para cezası seksen milyar liradan fazla olamaz. Bu miktar, 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun ek 2 nci maddesine göre her yıl artırılır. Bu suçtan mükerrirlere, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.</p> <p>...”</p>
<p>Tablo- VI</p> <p>09.11.2005 tarihli (1/1138)</p> <p>Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, (S. Sayısı: 96)</p>	<p>II- Muacceliyet</p> <p>MADDE 795- (1) Çek görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir.</p> <p>(2) Düzenlenme günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan bir çek, ibraz günü ödenir.</p>

<p>Tablo VII 18.02.2009 tarih ve 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (S. Sayısı: 329) ⁵²</p>	<p>MADDE 18: 19.3.1985 tarihli ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hâmillerinin Korunması Hakkında Kanun'a aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.</p> <p>“Geçici Madde 2- 31/12/2009 tarihine kadar, üzerinde yazılı keşide tarihten önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir.”</p> <p>Madde Gereğiçesi:</p> <p>“MADDE 19- Madde ile; belirli bir süreyle çekin, üzerinde yazılı keşide tarihten önce ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersiz kabul edilerek ekonomik sıkıntılarla çeklerin zamanında ödenememesi sonucunda ticari hayatta karşılaşılan sorunlara ve mağduriyetlere çözüm üretilmesi amaçlanmaktadır.</p>
--	---

D. Çek Kanunu'ndaki 2003 Yılı Değişikliğinden Önce Öğretideki Değerlendirmeler

1. Türk Ticaret Kanunu'nun 707/II. maddesi Hükmündeki “Ödenir” İbaresinin Değerlendirilmesi

TTK'nın 707/II. maddesindeki “ödenir” ibaresi üzerinde, öğretide yorum farklılıkları doğmuştur.⁵³

Tekinalp⁵⁴ “ödenir” ibaresinin, muhatap banka yönünden ne bir yükümlülük ne de bir keyfilik anlamına geldiği görüşündedir. Yazar,⁵⁵ ileri keşide tarihli çeklerin geçerli sayılmasının sebebinin, ödeme aracı olan bu senedin *istisnaen* kredi sağlayıcı bir rol oynamasına imkân tanımak olduğunu; öte yandan tarafların böyle bir çekin, keşide tarihten önce ödenmesini istediklerinde de bu kapıyı kapatmamak amacıyla Cenevre Anlaşması'nda “ödenebilir” ifadesinin tercih edildiğini belirtmiştir. “Ödenir” kelimesinin, keşide tarihten önce çek ibraz edildiğinde de, *çekin karşılığı mevcut değilse müracaat hakkı doğar ve çek takibe konulabilir*, şeklinde yorumlanmaması gerekir:⁵⁶ Cenevre

⁵² Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara- 12 Ocak 2002, s. 107 vd.

⁵³ Ayrıca bkz. Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hâmillerinin Korunması Hakkında Kanun ile İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/970), S. Sayısı, 872, Madde 4'ün Gereğiçesi, s. 3-4.

⁵⁴ Tekinalp, Sempozyum, s. 44 vd.

⁵⁵ Tekinalp, s. 927.

⁵⁶ Tekinalp, s. 930, 932. Aynı yönde bkz. Bahtiyar, s. 47; Gökçe, s. 130 vd. Karş. Tan-

Anlaşması'ndaki "ödenabilir" ibaresi, sadece ödeme için keşide tarihinin beklenilmesine ihtiyaç olmadığını vurgulamak amacıyla tercih edilmiştir. Bu nedenle de Çek Kanunu'nun gerek 4 gerekse 16. maddeleri, Cenevre Konvansiyonu ile getirilen ortak hukuka aykırı olup "vadesinden" önce ödenmeyen bir özel hukuk borcunun hapis cezası ile cezalandırılmaması gerekir.

Bozer,⁵⁷ "ödenir" kelimesinin "ödenebilir" şeklinde kaleme alınması gerektiğini; bunun muhataba verilmiş bir yetkiyi ifade ettiğini; bu yetkinin kullanılmaması nedeniyle ne hukuki ne de cezai yaptırımın gündeme geleceğini ifade etmiştir.

İnan⁵⁸ da meseleye aynı açıdan yaklaşmış; muhatap bankanın ödeme sebebiyle hâmile karşı sorumlu olmayacağını; Cenevre Anlaşması metninin bu temel ilkesinin Kanun'da kullanılan "ödenir" ibaresiyle değişmeyeceğini belirtmiştir. İleri keşide tarihi, muhatap bankaya keşideci tarafından verilmiş "bu tarihten önce ödeme yapma" talimatıdır. Bu halde, muhatap, bu talimata uyup ödeme yapmazsa hâmil, muhatabı sorumlu tutamaz; talimata uymayıp hâmile ödeme yaptığında, bu kez muhatap keşideciye karşı sorumlu olmayacaktır; zira "ödenir" ibaresiyle kendisine ödeme yetkisi verilmiştir.

Göle⁵⁹ de "ödenir" ibaresinin muhatap bankaya bir takdir hakkı verdiğini fakat Çek Kanunu'nun gerek 4 gerekse 16. maddelerinin bunu bir mecburiyete çevirdiğini; bu nedenle de Çek Kanunu'nun ilgili hükümlerinin, TTK'nın 707. maddesi hükmüyle çatıştığını ifade etmiştir: Çek Kanunu'nda değişiklik yapılmasına ilişkin Tasarı taslağında (Tablo III) ileri keşide tarihli çeklerin keşide tarihinden önce ibraz edilip de karşılıksız çıkmaları durumunda, hiçbir hukuki işlemin yapılmayacağı yönündeki düzenleme ile tekrar TTK'nın 707. maddesi hükmünün ruhuna geri dönmüştür.

Kalpsüz,⁶⁰ çekte kabul müessesesi olmadığından, lehdar ile muhatap arasında hiçbir hukuki ilişkinin bulunmadığını; bu nedene de ileri tarihli çekin üzerinde yazılı tarihte ibraz edilmesi durumunda ödenece-

doğan, s. 17 vd.

⁵⁷ Bozer, s. 62.

⁵⁸ İnan, Batider 1981, s. 224, 238.

⁵⁹ Göle, Sempozyum, 68. Ayrıca bkz. Tandoğan, s. 10.

⁶⁰ Kalpsüz, s. 87. Aynı yönde bkz. Karayalçın, s. 278; Tandoğan, s. 72.

ğini söylemenin o kadar da doğru olmadığını, zaten çeke ilişkin Cenevre Anlaşmasında da, çekin ödenebileceğinin (*payable, zahlbar*) ifade edildiğini belirtmiştir.

2. İleri Tarihli Çeklerde Müracaat Borçlusu Keşidecinin Sorumluluğu Meselesi

Karayalçın,⁶¹ iş hayatının ileri tarihli çeklere olan ihtiyacını göz önüne alarak 25.1.1982’de Adalet Bakanlığı’na, yasalaşması planlanan Çek Kanunu ile ilgili “*Üzerinde yazılı tarihten önce ibraz edilen çekler hakkında protesto işlemi yapılmaz*” şeklindeki kişisel önerisini sunmuştur. Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan tasarı taslağında, bu öneriye yer verilmemişse de Tasarıda, keşide tarihten önce ibraz edilecek çekler için de *karşılıksız çek keşide etme suçunun* oluşacağına dair bir hüküm yer almamıştı. Lakin TBMM’nin 17.01.1985 tarihli oturumunda, bu Tasarı geri alınmış ve 14.2.1985 tarihli Adalet Komisyonu’nun 2. raporu ile Çek Kanunu’nun 16. maddesindeki hüküm getirilmiştir.

Karayalçın,⁶² Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Tasarı Taslağına (*Tablo III*) göre, ileri keşide tarihli çeklerin keşide tarihten önce ibrazı halinde, karşılıksız çek keşide etme suçu bakımından keşidecinin cezalandırılmamasını isabetli bulmuş; ancak böyle bir çekin keşidecisinin özel hukuk karşısındaki durumunun ne olacağı hakkında açık hüküm bulunmadığını; Taslak bu haliyle yasalaşacak olursa bankanın keşide tarihten önce ibraz edilen çek hakkında protesto işlemi yapabileceğini; oysaki özel hukuk ve ceza hukuku arasında böyle bir ayırımın yapılmaması gerektiğini ifade etmiştir.

Tekinalp,⁶³ Çek Kanunun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Tasarı Taslağında (*Tablo III*) ve buna uygun olarak hazırlanan (*ancak hükümsüz kalan*) Tasarıda (*Tablo IV*), keşide tarihten önce ibraz edilen çekler hakkında özel hukuka dair dava ve takip hakları ile cezai takibat yollarının kapatılmış olmasının Cenevre Anlaşması ile oluşan ve değişikliğe uğramaksızın uygulanan ortak çek hukukuna da uygun düşüğünü ifade etmiştir.

⁶¹ Karayalçın, Sempozyum, s.39.

⁶² Karayalçın, Görüş, s. 137.

⁶³ Tekinalp, s. 932.

Kalpsüz,⁶⁴ ileri keşide tarihli çeklerin ibrazıyla ödenmemesi durumunda da, diğer senetlerin ödenmemesine bağlanan sonuçların doğması gerektiğini; hem özel hukuk hem de ceza hukuku yönlerinden keşidecinin sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmenin gerekliliğini ifade etmiştir: Bir çek tedavüle çıkarıldığı andan ibraz süresinin sonuna kadar herhangi bir anda ödenmek üzere ibraz olunduğunda, muhatap bankada karşılığın bulunmaması halinde o çek “karşılıksız” kabul edilmelidir. İleri keşide tarihli bir çekin ibrazında ödenmemesi halinde, “karşılıksız” çıkmış olmasının cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ise ihlal edilen kamu menfaati dikkate alınarak Devlet tarafından takdir edilir. Ancak devletin de, fertlerin menfaatlerinin gerçekleşmesini temin eden tedbirlerden ve başvurabilecekleri yollardan onları mahrum etmeye hakkı bulunmamaktadır. Kalpsüz, Çek Kanunu’nun 5/II. maddesi için Tasarı Taslağı metnini (Tablo III) uygun bulmamış ve kendisi “Üzerinde keşide günü olarak gösterilen günden önce ödenmek üzere ibraz olunan çek ibraz günü ödenir; ödenmediği takdirde çekin ödenmemesine bağlanan hukuki sonuçlar doğar, kısaca senedin üzerine karşılıksız olduğu yazılır, senetten doğan müracaat hakları kullanılabilir, senet bedelinin ödenmesini teminen ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararı verilmesi talep olunabilir. Kısmen tediye olunması halinde çekin ön ve arka yüzünün fotokopisi, talep üzerine hâmile verilir ve bu fotokopi, mahkemeler ve icra dairelerinde ispat aracı olarak kullanılabilir” hükmünü önermiştir.

Çöl,⁶⁵ 2002 tarihli Tasarı Taslağı’ndaki (Tablo III), keşide tarihinden önce ibraz edilen çeklerin karşılıksız çıkması halinde, keşidecinin aleyhine hiçbir hukuki işlemin yapılmayacağına ilişkin hüküm kanunlaşsaydı, ileri tarihli çekleri cazip hâle getiren yaptırımların kalkmasıyla ileri tarihli çekin piyasadan çekilmesi olasılığının yüksek olduğu görülmektedir: Ekonomik kriz içindeki toplumun en büyük sorunu, *kaynak yetersizliğidir*. İleri tarihli çeklerin kullanımı, bu yetersizliğe bir çözüm olup yaptırım güvencesinden mahrum kalan ileri tarihli çeklerin kullanılmamaya başlanması, piyasanın gereksinmeleriyle çatışacağından taslağın bu hükmün (4. madde) kanunlaşmaması, kısa vadede de olsa ekonomik açıdan daha uygundur.

Somer,⁶⁶ 2002 tarihli Tasarı Taslağı’nın 5/II maddesi hükmündeki

⁶⁴ Kalpsüz, s. 61, 89, 99.

⁶⁵ Çöl, s. 211, 215.

⁶⁶ Somer, s. 55.

(Tablo-III) ileri tarihli bir çekin ibraz edildiği anda karşılığının varsa ödeneceği fakat yoksa da karşılıksız çek işlemine tabi tutulmayacağı yönündeki düzenlemenin fevkalade yerinde olduğunu ifade etmiştir. Karşılıksız çek yönünden gerçek keşide tarihli çeklerle ileri tarihli çekler, aynı kefeye konulmamalıdır. Karşılıksız çekte, ceza yaptırımının öngörülmesinin nedeni, lehdarın ve sonraki hâmilelerin çeki olan güvenlerinin keşideci tarafından ihlal edilmesiyken; ileri keşide tarihli çeklerde bu anlamda bir ihlal bulunmamaktadır. Tam aksine ileri keşide tarihli çekin lehdarının çeki, keşide tarihinden evvel bankaya ibraz etmesi ile keşidecinin güveni ihlal edilmektedir.

3. Çek Kanunu'ndaki 2003 Yılı Değişikliğinden Sonra Keşidecinin "Vadeli Çek" Karşısındaki Durumu

İleri keşide tarihli bir çekin kanuni ibraz süresinin başlamasından evvel ibrazıyla "karşılıksız" kalması durumunda, doğacak hukuki sorumluluk bakımından, TTK'nın 707. maddesi hükmünün getirdiği prensip muhafaza edilerek *müracaat hakkının* kullanılabilmesi bakımından çekin üzerinde yazılı tarihe itibar edilmemiştir. Ancak cezai sorumluluk yönünden ve hâmilin şikâyet hakkı bakımından, *vadeli çek uygulamasına yönelik fiili gerçek göz önünde bulundurulur* çekin fiilen ibraz edildiği an değil; çekin üzerinde yazılı keşide tarihi esas alınmıştır. Şu hâlde, hak sahibi, çek üzerine yazılı keşide tarihine göre hesaplanacak ibraz süresinin bitimine ek olarak düzeltme hakkının da kullanılabileceği on günlük sürenin sona ermesiyle (düzeltme hakkı da kullanılmamışsa) şikâyette bulunabilecektir (Çek Kanunu m. 16b/II). Bu süre zarfında keşideci ceza yargılamasının sujesi olmaktan korunacaktır.⁶⁷

Keşidecinin hukuki sorumluluğu açısından vade anlaşmasını geçersiz sayıp buna karşın ceza sorumluluğu yönünden "*vade anlaşmasını*" dikkate almak⁶⁸ eleştirilebilecek bir husus olmakla birlikte ceza yargılamasını medeni yargıya göre daha geç başlatarak da adeta "*vadeli çek*" uygulaması teşvik edilmektedir.⁶⁹

⁶⁷ Kendigelen, s. 200. Bu şekilde şikâyet hakkının gereksiz biçimde geciktirildiği görüşü için bkz. Arkan, s. 20. Ayrıca bkz. Güleç, s. 165.

⁶⁸ Kendigelen(Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 214.

⁶⁹ Moroğlu, s. 535; Kendigelen, s. 200.

E. 5838 Sayılı Kanun'la Yürürlüğe Giren Geçici 2. Maddenin Değerlendirilmesi

5838 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle 3167 s.K'ya geçici 2 madde eklenmektedir. Gerek eklenen hükmün niteliği gerekse söz konusu düzenlemenin içinde bulunduğu 3167 s.K'nın Türk Ticaret Kanunu karşısındaki konumu,⁷⁰ yapılan böyle bir düzenleme neticesinde, çekin hukuki niteliğiyle ilgili olarak esaslı, köklü bir değişimin gerçekleşmediği sonucunu doğurmaktadır. Bir başka deyişle çekte hâlâ vade yoktur ve hukuki niteliği itibariyle yine bir ödeme aracıdır. Gerçi, TTK'nın 707/I, II. maddesi hükümleri, varlığını koruduğu sürece aynı konudaki fakat zıt hükümleri; geçici süreyle de olsa yasalaştırmak, yasama tekniği açısından çok da tatminkâr bir uygulama olmasa gerek.

3167 s.K'nın 1. maddesine göre, bu Kanun *çek kullanımı hakkındaki esaslar yanında, çek hâmillerinin korunmasına dair tedbirleri ve uygulanacak müeyyideleri düzenlemektedir*. Aynı Kanun'a eklenen söz konusu geçici maddenin Kanun'un genel amacıyla ve hatta adıyla örtüşmediği de ortadadır. Düzenleme, çek hâmillerinin geçici süreyle de olsa çekten kaynaklanan alacaklarının tahsili amacıyla çeki muhatap bankaya ibrazına mani olmakta; böyle bir ibrazı geçersiz saymaktadır. Oysa çek hâmillerinin TTK'nın 707/II. maddesine göre ileri keşide tarihli de olsa çeki, üzerinde yazılı tarihten önce muhatap bankaya ibraz etme hakkı vardır ve bu düzenleme, *yürürlükten kaldırılmış da değildir*.⁷¹

Söz konusu geçici hükümle:

- i. Belirli bir tarihe kadar,
- ii. çeklerin,
- iii. muhatap bankaya
- iv. üzerinde yazılı keşide tarihinden önce
- v. ibrazı

⁷⁰ 12. HD 22/02/2005, 90/3488, (Legal HD 2005/3, s. 1093); 12. HD 11/03/2005, 2002/5132, (İzBD 2006/1, s. 121-122).

⁷¹ Çek Kanunu, Türk Ticaret Kanunu'nun çeki ilişkin hükümlerindeki boşlukları doldurma amacını taşıyan bir Kanundur (Çek Kanunu m. 1/II) (Öztaş, s. 1064; Reisoğlu, s. 17; Akın, s. 412; Kendigelen, s. 29). Çek Kanunu 1/II' hükmünde yer alan "genel hükümler" ifadesinden anlaşılan, ceza uygulaması bakımından Türk Ceza Kanunu hükümleri olurken; çekin unsurları, ibraz süresi, müracaat hakkı, zamanaşımı ve benzeri konulardaki genel hükümler de Türk Ticaret Kanunu'nun "Kıymetli Evrak" kitabındaki hükümlerdir (Kaynar, s. 81).

vi. geçersiz

sayılmıştır.

5838 s.K'nun 18. maddesi, bir başka anlatımla 3167 s.K'ya eklenen geçici 2. madde, Kanun'un yayımı tarihinde, 28.02.2009'da yürürlüğe girmiştir (5838 s. K m. 33/I, e). *Şu hâliyle Kanun, 28/02/2009 tarihinden önce keşide edilen çekler için de geçerlidir.* Gerçekten hangi tarihte keşide edilmiş olursa olsun Kanun'un yayımı tarihi itibarıyla 31.12.2009'a kadar çekin, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ibrazı geçersizdir. Örnekle açıklayalım: Gerçek keşide tarihi, 01.01.2009; ancak üzerinde yazılı keşide tarihi 01.05.2009 olan çekin 28.02.2009 tarihinden itibaren (28.02.2009'dan önce henüz daha ibraz edilmemişse) 01.05.2009'a kadar muhataba ödenmek için ibrazı geçersizdir.⁷² Oysa özel hukuk meselelerinde, kanunların geçmişe etkili uygulanması, tartışmalı bir sahadır.⁷³ Çek hâmilî-alacaklının, *ileri tarihli de olsa çekin gerçekten keşide edildiği an itibarıyla yürürlükte olmayan kanun hükümlerine tabi kılınması; gerçek keşide tarihi itibarıyla TTK'nun 707/II. maddesine göre sahip olduğu hakkından yeni kanunla mahrum edilmesi, kabulü kolay bir mesele değildir.* Öte yandan özellikle (ileri tarihli) çekler yönünden gerçek keşide tarihinin tespiti, *sadece çek metni dikkate alındığında mümkün gözükmemektedir.*⁷⁴ Bir an için *böyle bir hükmün geçmişe etkili uygulanamayacağı sonucuna varıl-*

⁷² Bir başka örnek daha verelim: 05.04.2009 tarihinde keşide edilen fakat üzerinde keşide tarihi olarak 05.02.2010 günü bulunan bir çek, bu geçici hüküm nedeniyle 31/12/2009 tarihine kadar muhatap bankaya ibraz edilemezken; 01.01.2010 tarihinde -yine üzerinde yazılı keşide tarihinden önce- ibraz edilebilecektir.

⁷³ Örneğin bkz. AYM 18.09.2008, 2006-37/141, (RG, 23/12/2008, S. 27089). Kanunların geriye yürümemesi ilkesine getirilebilecek belli bazı istisnalar bulunmaktadır: Bunların başında hiç şüphesiz ki kamu düzeni gelmektedir. Bu açıdan bakıldığında ve özellikle söz konusu geçici hükmün gerek yasalaştığı dönem gerekse gayesi esas alındığında, kanun koyucunun keşide edilip de henüz ibraz edilmemiş çekler yönünden hâmilîlerin sahip olduğu hakları, belirli bir süreyle olsa askıya alması olağan karşılanabilir. Kaldı ki, yine geriye yürümeme ilkesi bakımından dikkate değer bir diğer istisna "beklemece haklar" konusundadır. Hâmilî henüz ödenmek için ibraz etmediği çek bakımından kanunda öngörülen müracaat hakkına gerçekten de sahip değildir. Çekten doğan talep hakkının ibrazla muaccel olacağı dikkate alındığında, geçici hükmün görüldüğünün aksine, hâmilî, müracaat haklarından ve onların talep/tahsilinden mahrum ettiği de söylenemez. Zira geçici 2. maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla henüz ibraz edilmemiş bir çekle ilgili zaten doğmuş bir müracaat hakkı mevcut değildir (TTK m. 720). Geri yürümezlik ilkesi yönünden bkz. Edis, s. 178-181; Zevkliler/Acabey /Gökyayla, s. 79 vd; Esener, s. 247 vd.

⁷⁴ Karş. Kn. 8, dn.11.

sa dahi çek üzerinde görünen (ileri) keşide tarihi, 28.02.2009-31.12.2009 arasında ise düzenlemenin zaman itibariyle uygulanması açısından söz konusu görünümle yetinmeyerek aksini (gerçek keşide tarihinin kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce olduğunu) iddia ve ispat edebilmek çözümü gereken bir mesele olmaktadır.

Düzenleme, sadece çekler içindir. Hükmün içeriği, bu sonucu, tabii kılmaktadır. Ancak böyle bir düzenlemenin genel gayesi ve ardındaki saik, güncel ekonomik krizin ticari yaşam üzerindeki olumsuz etkilerini ve beliren kaynak yetersizliğini gidermektir. İleri tarihli çekler, ticari yaşam içerisinde, olmayan/kıt kaynakların kullanımı açısından önemli bir araçtır. Şu hâlde, kanun koyucunun, çek keşidecileri (ve hatta diğer müracaat borçluları) hakkında, bu amaçla bir düzenleme yapması da olağandır. Mesele şudur: Kanun'un yayımıyla *ashında görüldüğünde ödenmesi gereken* borçların ertelenmesi sonucunu doğuran böyle bir hükmün bono tanzim edenler yahut sair adi senet borçluları için de geçerli olması düşünülebilir miydi? Aksi durumun eşitlik ilkesini zedelediğini iddia etmek mümkün müdür? Lâkin hemen belirteyim, yasalaşan hükmün özellikle bonolar için de geçerli olmasını beklemek kolay değildir. Zira bonoda, tanzim tarihi yanında ayrıca bir vade vardır ve taraflar, özellikle bonoyu tanzim eden, söz konusu bononun tahsili yönünden kendisi için en uygun zamanı, *-lehdarın da kabulüyle-* belirleme imkânına sahiptir.

Oysa çek keşidecisinin TTK'nın 707/II. maddesi karşısında kendisini, ileri keşide tarihiyle de olsa hukuken koruması mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki, ileri keşide tarihli çekler yönünden kanundaki "*ödenir*" ibaresinin bugün için hakim olan yorumundan daha farklı bir biçimde, değerlendirilip uygulanması da zordur.⁷⁵ Ne var ki, çek için de teknik anlamıyla bir vade geçerli olmayıp ibrazıyla ödenmesi gerektiğinden; borçlusu (keşideci) için ibrazla muaccel hale gelen⁷⁶ bir borcun (çek bedeli) söz konusu Kanun'un yayımıyla çekin üzerinde yazılı tarihe kadar ertelenmiş olduğundan da şüphe etmemek gerekir. Çekler yönünden sadece bir tarihin geçerli olması; onun da ileri bir tarih olması hâlinde, TTK'nın 707/II. maddesinin aksine ve yine bir kanun hükmüyle adeta "*vadeye*" dönüştürülmesi; bu yolla çek bedellerinin tahsillerinin bir süreyle ertelenmesi, *çekin bonoya yahut diğer adi*

⁷⁵ Bkz. Kn. 25.

⁷⁶ Kendigelen, s. 196.

senede dayalı borçlara nazaran ancak bir şansı olarak görülebilir.

Söz konusu hükümde, açıkça muhatap bankaya ibrazdan söz edilmiştir. Oysa çekin ödenmek için ibrazı sadece muhatap bankaya olmamaktadır. Genel olarak çekler için ödenmemenin tespiti üç (TTK m. 720);⁷⁷ ödenmek üzere ibraz ise iki şekilde (TTK m. 708, 710)⁷⁸ mümkün olmaktadır. Kanun koyucu, getirilen geçici maddede, ödenmek üzere ibraz hâllerinden sadece birini, onu da açıkça ve ismen zikretmek suretiyle düzenlemiştir. *Şu halde, hükmün uygulama alanına dâhil bir çek, takas odasına ibraz edilirse yapılan ibraz geçerli sayılacak mıdır?*⁷⁹ Hükümde, “...muhatap bankaya ibrazı...” şeklinde sınırlayıcı bir ifade yerine “...keşide tarihinden önce çekin ödenmek için ibrazı geçersizdir” denilmesi, çok daha yerinde olurdu.⁸⁰

“Ödeme için ibraz” kenar başlıklı TTK’nın 708. maddesinde, ibraz yeri olarak “muhatap” gösterilmiş; yine TTK’nın 710. maddesinde, takas odasına ibrazın, *ödeme için ibrazın yerine geçeceği* düzenlenmiş olup önerdiğimiz şekildeki bir ifade tarzı, her iki hâli de kapsayacak genişliktedir. Bu şartlar altında, geçici madde, acaba, ödeme için ibraz yeri bakımından bir boşluk mu yoksa bilinçli suskunluk hâli mi içermektedir? Hükümün gayesi dikkate alındığında ve yasama tekniğindeki özensizlik bir yana bırakılacak olursa, burada bir kural içi boşluğun olduğunu kabul etmek kaçınılmazdır. Ticari yaşamda, hâmlerin, çeklerini, bizzat muhatap bankaya ibraz etmek yerine çalıştıkları bankalar vasıtasıyla tahsil ettikleri, bilinen bir gerçektir.⁸¹ Hamilin çeki muhatap

⁷⁷ Kalpsüz(Erem/Çelebican), s. 123 vd.; Kendigelen, s. 287; 12. HD 24/04/1995, 6200/6229 (Uyar, s. 15125).

⁷⁸ Reisoğlu, s. 208 vd.; Kendigelen, s. 202 vd.

⁷⁹ Çekin takasa ibrazı, sadece takas odasına üye bankalar aracılığı ile yapılabilir (Domaniç, s. 621; Eriş, s. 231).

⁸⁰ Bu noktada, Domaniç’in, s. 622’de “çekin takas odasına ibrazı muhataba ibraz sayıldığından” şeklinde bir ifadesi yer almış ve Öztürk, s. 545’de, takas odasına üye olan bankaların, birbirlerine çeklerini karşılıklı olarak teslim etmelerini, “çekin muhatap bankaya ibraz olunmuş sayılması” olarak yorumlamışsa da, kanun koyucu TTK’nın 710. maddesinde “Çekin bir takas odasına ibrazı, ödeme için ibraz yerine geçer” diyerek öncelikle, takas odasındaki muhatap bankanın temsilcisine ibrazı değil; takas odasına ibrazı esas almış ve ikinci olarak da bu ibrazı, “muhatap bankaya yapılacak ibraz” değil; “ödeme için ibraz” eş tutmuştur. Kanun koyucu, ibrazın yapılabileceği tek mekânı, muhatap banka olarak görseydi, TTK’nın 710 uncu maddesi hükmünün sonu, tıpkı TTK’nın 709/I. maddesi hükmünün sonu gibi “...muhataba ibraz yerine geçer” şeklinde biterdi.

⁸¹ Ayrıca bkz. Reisoğlu, s. 212. Takas odasına ibraz edilen çekler, odanın başkanı olan

bankaya *bizzat* ibrazını geçersiz sayan; ancak yine aynı hâmilin tahsil (ve hatta temlik) ciroyuyla devrettiği çekinin çalıştığı banka tarafından takas odasına ibrazını geçerli sayan bir kanun hükmünün, kanun koyucu tarafından bilinçli bir şekilde yasalaştırıldığını iddia ve kabul etmek, mümkün değildir.

Çek Kanunu'na eklenen geçici madde, yukarıda yer verdiğimiz geçmiş yasama dönemine ait Tasarıdan (*Tablo IV*) farklı olarak doğrudan "*ibrazı*" geçersiz saymaktadır. Oysa çekin ödenmek üzere ibrazının özellikle takip hukuku bağlamında önemli sonuçları vardır: Süresi içinde ödenmek üzere ibraz edilememiş çek için ihtiyati haciz (İİK m. 257 vd.) talep etmek mümkün olmadığı gibi kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip de (İİK m. 167, 170/a) başlatılamamaktadır.⁸² Kısacası, çeki konu alacağın müracaat borçlularından tahsili için aynı çekin -süresinde- ibrazı, hayati önemi haizdir. Oysa hükümsüz kalan, Adalet Komisyonu'nun 872 S. Sayılı raporuna konu tasarıda (*Tablo-IV*) "*Keşide gününden önce ibraz edilen çek hakkında Türk Ticaret Kanununun 707 nci maddesinin ikinci fıkrası uygulanır. Şu kadar ki, yeterli karşılığı bulunmayan çek, üzerine kısmî ödemeye ilişkin kaydın konulması dışında hiçbir işlem yapılmaksızın hâmiline geri verilir; bu çek dolaşısıyla keşide tarihine kadar herhangi bir hukuk yoluna başvurulamaz.*" hükmüne yer verilmişti. Düzenleme, ödenmek için ibrazı, esas almamış; ancak şu andaki kanunla aynı amaca hizmet etmek üzere çok daha tatminkâr bir hüküm getirmişti. Buna göre:⁸³

i. Çek, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce de ödenmek için ibraz edilebilir. Bu, halen yürürlükte ve genel norm olan TTK'nın 707/II. maddesinin tabii bir sonucudur.

ii. Şu an yürürlükte olan geçici maddenin aksine *ödenmek için ibraz*, sadece muhatap bankayla da sınırlandırılmamıştır.

iii. İbraz üzerine hesapta yeterli karşılık varsa kısmen dahi olsa hâmile ödeme yapılabilir.

Merkez Bankası mensubu tarafından muhatap banka temsilcisine gösterilmektedir (Şimşek, s. 448); "Çekin takas odasına ibrazı, muhataba ibraz sayıldığından, ibraz müddeti içinde takas odasına ibraz edilen bir çekin, yine aynı süre içinde oda vasıtasıyla muhataba ibrazı şart değildir" (Domanıç, s. 622) .

⁸² 12. HD 31/01/2006, 24337/1053, (YKD 2006/3, s. 423). Ayrıca bkz. Kn. 16.2, dn. 28.

⁸³ Tekinalp, Sempozyum, s. 47 vd. Ayrıca bkz. Karayalçın, Sempozyum, s. 39.

iv. Şayet çek, ibraz üzerine karşılıksız kalmışsa keşide gününe göre belirlenecek ibraz sürelerinde, bir daha ibraz edilebilmesi için hamile iade edilecek ve bu süreçte hâmil hiçbir hukuki işlem başlatamayacak; dava ve takip hakkını kullanamayacaktır. *Kısıtlanan husus, çekin ödenmek için ibrazı değil; yazılı keşide gününden önce dava/takip yollarına konu edilememesidir.*

Söz konusu geçici hüküm, gerek içeriği gerekse eklendiği Kanun'un düzenlediği meseleler bakımından sadece çekle ve ondan kaynaklanan haklarla ilgilidir. Düzenlemenin getirdikleri konusunda, bir başka hususa daha değinmek gerekir: *Acaba çek ile dayanağı olan temel borç ilişkisi arasındaki bağ dikkate alındığında; alacaklının, söz konusu geçici hükme takılmaksızın alacağını, çeker değil ama bu sefer temel borç ilişkisine dayanarak talep ve tahsil etmesi mümkün müdür? Süresi içinde ibraz edilmemiş ya da zamanaşımına uğramış çekin, temel borç ilişkisi yönünden yazılı delil başlangıcı teşkil ettiği bilinmektedir⁸⁴. Böyle bir değerlendirmenin ilk bakışta, müracaat hakları düşmemiş hâmil yönünden çok da tutarlı bir yanı yoktur. Ancak yürürlükte olan geçici hüküm nedeniyle hâmilin ibraz hakkı, -çekin üzerinde yazılı ileri keşide tarihine kadar- kanunen ortadan kaldırılmıştır ve (şayet mümkünse) alacaklının, alacağının tahsili için temel borç ilişkisiyle onun delili olarak kabul edebilecek çeker dayanmaktan başka bir çaresi yoktur. Kaldı ki, genel haciz yoluyla takip başlatmak için takip alacaklısının elinde yazılı bir belge dahi olması gerekmediği gibi (İİK m. 58, 60) salt yazılı delil başlangıcının varlığı da ihtiyati haciz talep etmeye engel değildir.⁸⁵ Ne var ki, sorulan soruya iki gerekçeyle olumlu yanıt verilemez:*

Temel borç ilişkisi yanında taraflar arasında bir de kambiyo ilişkisinin kurulması durumunda, bu her iki ilişki arasındaki bağın teorik temellerine girmeden,⁸⁶ hakim görüşü dikkate alarak şu değerlendirmeyi yapmak mümkündür: Kambiyo ilişkisinin varlığı nedeniyle temel ilişkiden doğan talep hakkı, dondurulmuştur; temel borcun vadesi, kambiyo ilişkisine girilmekle kambiyo alacağının vadesine kadar uzatılmış olmaktadır. Yani, *kambiyo senedine dayanarak talepte bulunma*

⁸⁴ 19. HD 25.03.1997, 4754/3095, (Eriş, s. 398); 19. HD 09.05.2006, 2005-8811/5123; 19. HD 07.12.2005, 4081/12256; 11. HD 01/03/1999, 98-9597/1673; (KazancıBB). Ayrıca bkz. Konuralp, s. 67 vd.

⁸⁵ Ayrıca bkz. Özekes, s. 227.

⁸⁶ Ayrıntısı için bkz. Sayhan, s. 126-129.

imkânı doğduğunda; temel ilişkiden kaynaklanan adi alacağı *da* talep imkânı doğmaktadır. Şayet hamil bu durumda, temel alacağı talep ederse, borçlu da kambiyo senedinin verilmesini talep edecektir (TTK m. 558).⁸⁷ Öğretideki iki görüşten hangisi kabul edilirse edilsin, kambiyo ilişkisinden doğan alacak, talep edilebilir hâle gelmeden temel alacağı talep etmek olası değildir.⁸⁸ Bu sonuç, çekler yönünden de geçerlidir. Çekte vade olmamakla birlikte çeke dayalı alacağın talep edilebilmesi için her şekilde çekin süresinde ibrazı gerekir. İbraz ile birlikte *çekten kaynaklanan talep hakkının* muaccel olacağı dikkate alındığında,⁸⁹ ibrazdan önce çekin bir yana bırakılıp temel alacağın tahsilinin istenmesi, *kambiyo ilişkisinin varlığı nedeniyle* mümkün değildir. Yürürlükteki geçici hüküm, çekler yönünden zorunluluk arz eden ibrazı, çekin üzerinde yazılı ileri keşide tarihine kadar erteleyip önceden yapılacak ibrazı geçersiz saydığından bu dönemde, temel alacağı da dayanılmamaktadır.

^[37.2]Öte yandan söz konusu düzenlemenin gayesi, genel olarak çek keşidecisi tacirin ekonomik durumunu, çekin üzerinde yazılı ileri tarihe göre ayarlaması nedeniyle *kötüniyetli* (!) hâminin görüp bildiği; hatta kabul ettiği ileri tarihe rağmen çeki, muhataba *-gününden önce-* ödenmek için ibraz etmesi sonucunda yaşanan mağduriyetleri gidermekti. Bu yaşanan mağduriyetlerin nasıl giderileceği konusunda, savunduğumuz görüşe göre söz konusu düzenleme, **a.** üzerinde yazılı ileri keşide tarihinden önce çekin ibrazı durumunda, yaşanması kuvvetle muhtemel karşılıksızlık halinin önüne geçmekte; **b.** müracaat borçlularına karşı dava/takip hakkının kullanılmasına mani olmaktadır.⁹⁰ Çeke, söz konusu geçici hükmün ardından bir süreliğine de olsa "*vade*" kazandırıldığı; özellikle aynı süre içinde temel borç ilişkisine de dayanılmaması bakımından çekin *bonoya* dönüştüğü iddia edilebilirse de aksi yöndeki kanaat ve değerlendirmelerimizi çalışma içerisinde, çeşit-

⁸⁷ Sayhan, s. 129. Ayrıca bkz. Öztan, s. 381; Domaniç, s. 16, 17; Ayrıca bkz. Türk, Menfi Tespit, 104-106.

⁸⁸ 6. HD 18.02.1985, 84-13157/1671, (YKD 1985/7, s. 985).

⁸⁹ Kendigelen, s. 196.

⁹⁰ Üzerinde yazılı ileri keşide tarihinden önce çekin ibrazının; dolayısıyla ve çoğunlukla yaşadığı gibi karşılıksız kalmasının önüne geçildiği için özellikle keşideciler yönünden anlam ifade eden, söz konusu karşılıksızlık hâlinin T.C Merkez Bankası'na bildirilmesi şeklindeki (Çek Kanunu m. 9) çok ağır sonuçları beraberinde getiren bir uygulamaya da geçici süreyle mani olunmaktadır.

li vesilelerle aktarmıştık.⁹¹ Bu nedenle çekin bugün de *-taşıdığı ileri keşide tarihinden önce-* ibrazı halinde ve karşılığı varsa ödenmesi gerekir. Zira gerek TTK'nun gerekse Çek Kanunu'nun *yürürlükten kaldırılmamış ilgili hükümleri*, bunu gerektirmektedir. Kaldı ki bu sonuç, söz konusu düzenlemenin amacının, *ratio legis*'nin de bir gereğidir. Hükmün "*ibrazın geçersiz sayılacağı*" şeklindeki aşkın lafzına harfiyen uymak, yasa süresince bahsi geçen ve kanun koyucunun da farkında olduğu kötü niyetli kullanımlara yol açar. Öte yanda *bir an için* hâmilin, ileri keşide tarihinden önce muhataba ibraz edemediği çekini bir yana bırakıp *-çeki de iade etmek kaydıyla-* bu sefer temel alacağını takip ve tahsil edebilmesini mümkün görmek, hükmün sözünü ettiğimiz sınırları çizili amacının bu sefer *kötü niyetli* alacaklılar tarafından dolanılması sonucunu doğurur. *Kanun koyucu, çekte borçlanmaları, mali ve ekonomik vaziyetlerini, kendilerince bilinen ve güvenilen ileri keşide tarihe kadar hazır edebilmeleri için koruma altına almıştır.* Bu koruma alanının, (*şayet mümkünse dahi*) çekin dayanağı olan temel borç ilişkisindeki para borcunun ifası talebiyle etkisiz kalması beklenmemelidir.

Söz konusu geçici hüküm, çek kullanımında beklenilmeyen güçlüklerin yaşanmasına neden olabilir. Damga vergisinden muafiyet, çek kullanımı yönünden dikkate alınabilecek bir unsurdur. Buna karşın üzerinde yazılı ileri keşide tarihine rağmen önceden/ derhal ödenmek için ibraz edilebilmesi (*vadenin beklenilmesinin gerekmemesi*) ve bu hâlde dahi karşılıksız çek keşidesi suçunun olaşabilmesi çekin *-bonoya göre-* öne çıkan özelliklerdir. Bir başka deyişle bunlar, çekte kredi vasfı kazandıran hususiyetlerdir. Tüm müracaat borçluları yönünden çekte dayalı alacağın tahsilinin çekin üzerinde yazılı ileri tarihe kadar ertelenmesi (*bir anlamda çekin gerçekten vadelenirilmesi*), çekin, geçici süreyle de olsa, ticari yaşamda "*önceden uygulanan vadelerle (!)*" keşidesini güçleştirecek bir husustur. Acaba, Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra çek keşidesi sırasında, ilgili ticari kesimin geçerli kabul ettiği "*vade*" yapısı, bugün de *-söz konusu özellikleri/güvenceleri yitirmesinin ardından-* geçerliliğini aynen koruyabilecek midir? Şu şartlar altında, bononun karşılaştığı akıbet; *bu dönemde* çek için de yaşanabilecektir.⁹²

⁹¹ İleri tarihli çekin bir kredi aracı olduğuna ve şayet ileri tarihli (vadeli) çek kabul edilecek olursa hapis cezasının kaldırılmasıyla da yetinilemeyeceğine; para cezasına dahi hükmedilemeyeceğine ilişkin bkz. Reisoğlu, Sempozyum, s. 56-58.

⁹² Ayrıca bkz. Kn. 28.3.

Son olarak bu geçici madde ile 9 ay boyunca çekte adeta *vadenin* varlığı, fiilen de olsa kabul edildiğinden ve sonuç olarak çek bir ödeme aracı olmaktan çıktığından, damga vergisi muafiyetinin de aynı süreyle geçerli olmaması gerektiği⁹³ *düşünebilirse de* 4962 s.K'la 07.08.2003 tarihinden itibaren kambiyo senetleriyle (poliçe ve bono) kambiyo senetlerine benzeyen kağıtlar da damga vergisi konusu dışına çıkarılmış olduğundan⁹⁴ artık çekler yönünden damga vergisi muafiyetinin diğer kambiyo senetlerine göre bir ayrıcalık olduğunu ve bu geçiş döneminde de söz konusu imtiyazın geçerli olmaması gerektiğini iddia etmek güçtür.

Sonuç olarak lâfzen *de* nasıl bir düzenleme getirilseydi amacıyla daha çok örtüşen bir hüküm olurdu sorusunun cevabı bakımından, geçmiş yasama faaliyetleri de dikkate alındığında, her halde şöyle bir karşı öneri getirmek mümkündür:

"31.12.2009 tarihinde kadar üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ödenmek için ibraz edilen çek, tamamen veya kısmen karşılıksız kalmışsa varsa kısmi ödemeye ilişkin kaydın konulması dışında, hiçbir işlem yapılmadan ve 3167 sayılı Kanunu'nun 9. maddesi uygulanmaksızın hâmile geri verilir; üzerinde yazılı keşide tarihine kadar herhangi bir hukuki işleme de konu olamaz.

*Hâmilin müracaat borçlularına karşı ihtiyati haciz hakkı saklıdır. Bu hâlde, tamamlayıcı merasim için geçerli süre çekin üzerinde yazılı keşide tarihine göre belirlenecek ibraz sürelerine uygun olarak yapılan ibrazdan itibaren işlemeye başlar."*⁹⁵

⁹³ "Vadeli", -ileri keşide tarihli- çekte damga vergisi muafiyetinin olmayacağına, zira bu imtiyazın çekin bir ödeme aracı olmasına bağlandığı hakkında bkz. Reisoğlu, Sempozyum, s. 57; Eriş, s. 212; Tandoğan, s. 94; Dirikkan, s. 19.

⁹⁴ RG, 07.08.2003, S. 25192, m. 12.

⁹⁵ Söz konusu geçici hükümlerle en azından lâfzen ibraz yasağı getirildiğinden; çekin üzerinde yazılı ileri keşide tarihine kadar hâmilin, çekten kaynaklanan talep hakkı muacceliyet kazanamayacak; alacaklı, vadesi gelen alacaklar için geçerli olduğu şekliyle (İİK m. 257/1) ihtiyati haciz talep edemeyecektir (11. HD 01.07.2004, 4368/7867, yayımlanmamıştır). Gerçi bu hükmün çalışmamız içerisinde daha farklı ve amaca uygun bir şekilde yorumlanması gerektiği de savunulmuştur. Öneri olarak kaleme aldığımız hükümde ise ibraz konusunda hiçbir sınırlama getirilmemiş olup alacaklının sadece dava/takip hakları ertelenmiştir. Çekin hukuki niteliği de dikkate alındığında, erteleme döneminde, alacaklının ibraz edilip de karşılığı olmayan çekler yönünden alacağının tahsilini güvence altına alabilmesi, borçlular lehine bozulan dengenin yeninden tesisi için bir imkândır. Söz konusu geçici hüküm yasalâşırken yapılan görüşmeler sırasında, kötü niyetli keşideciler olarak tanımlanan kişiler karşısında alacaklıların da mağdur edilmemesi gerektiği ifade

III. TTK M. 711/III VE ÖDEME YASAĞI (ÖDEMEDEN MEN TALİMATI) KURUMUNUN YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

5838 sayılı Kanun'un 32/XIX. maddesiyle TTK'nın 711/III. maddesi ve dolayısıyla *ödemeden men talimatı* kurumu yürürlükten kaldırılmıştır. Burada, artık yürürlükte olmayan bir hükmün detaylı değerlendirilmesi⁹⁶ yapılmayacak; sadece anılan hükmün yürürlükten kaldırılması sırasında sığınılan gerekçelerle birkaç önemli gördüğümüz mesele üzerinde durulacaktır.

Anılan hüküm yürürlükten kaldırılırken dayanılan gerekçelerin şu şekilde sınıflandırılması mümkündür:

i. Düzenleme *gerek* hukukumuzda *gerekse* mehzada şüphe ile karşılanmaktadır.

ii. Hüküm, yorum güçlüklerine ve tartışmalara yol açmıştır.

iii. Düzenlemenin amacı ve faydası pek bilinmemektedir.

iv. Hüküm, yanlış anlaşılmalara yol açmış;

v. Çekin amacıyla örtüşmeyen uygulamalara sebebiyet vererek

vi. Değerinin düşmesine neden olmuştur.

Her kanun hükmünün yorumlanması konusunda ilmi ve kazai içtihatlar arasında bir farklılık yaşanabilir; uygulanmaları sırasında, zaman içinde gelişen değişiklikler, gözlemlenebilir. Kanun hükümleri-

edilmiştir (Bkz. Kn. 16). Uygulamada, aynı keşidecinin aynı lehdara vermiş olduğu farklı "vadeleri" (!) içeren çeklerin karşılıksız çıkmaya başlaması durumunda geriye kalan çeklerin ibrazı için yine de üzerlerinde yazılı tarihe kadar beklenilmesinin gerekmesi, gündeme gelmesi olası rahatsızlıklardandır. Mevcut düzenlemeyle kanun koyucunun, çekten kaynaklanan alacakların ancak "vadesinde" tahsili yanında bunların, ihtiyati haciz yoluyla güvence altına alınmasına da karşı bir tutum aldığı söylemek güçtür. Ancak hükmün lafzı, sadece vadesi henüz gelmemiş alacaklar için talep edilebilecek ihtiyati hacze imkân tanımaktadır. Oysa çek özelinde, hâmilin müracaat hakkını kullanması -geçici süreyle de olsa- ertelenirken; alacaklılar bakımından hiç olmazsa -muaccel alacaklar için geçerli olduğu şekliyle- ihtiyati haciz yolunu açık tutmak dikkate değer bir öneridir. Ayrıca bkz. Gökçe, s. 135, dn. 25.

⁹⁶ Ayrıntısı için şimdilik bkz. Postacıoğlu, s. 129; Narbay, Ödeme Yasağı, s. 85 vd.; Narbay, Konferans, s. 207 vd.; Kendigelen, s. 258 vd.; Esenkar, s. 25 vd.; Aker, s. 137 vd.

nin soyut ve objektif olması gerektiği dikkate alındığında, bunların tabii karşılanması gerekir. Hükmün yanlış anlaşıldığı iddiası ise beraberrinde “*Kimin /kimlerin yanlış anladığı?*” sorusunun sorulmasını gerekli kılmaktadır. Bir an için mehaz OR Art. 1119’un da öğretide şüphe ile karşılandığı kabul edilse dahi İsviçre kanun koyucusunun aynı hükmü, bugüne kadar yürürlükten kaldırmamış olması, *acaba bizim için de bir ipucu olarak kabul edilebilir mi? Öte yandan aynı düzenlemenin çekin amacıyla da örtüşmediği meselesinin çözümünde böyle bir hükme, bono ve poliçenin aksine sadece çeke ilişkin düzenlemeler arasında yer verilmiş olmasından hareket etmek gerekmez mi* (TTK m. 707)? Bütün bu tereddüt uyandıran sorulara karşın uygulamada bir süreden bu yana beliren ve çığ gibi büyüyen yanlış işleyişin çekin değerine ciddi zararlar verdiği de bilinmektedir. Ancak ilmi ve kazai içtihat da bu yanlış uygulama karşısında, gereken duyarlılığı göstermiş; kötü niyetli, amacı dışındaki ödemededen men talimatları karşısında alacaklı hâmillerin haklarını koruyabilmek bakımından uyulması ve uygulanması gereken ilkeler konusunda bir takım görüş ve sonuçlara ulaşmıştır. Özellikle ilmi içtihat bağlamında yaşanan ve kanun koyucunun rahatsızlık duyduğu (!) bu yorum farklılıkları, aslında tam da bu kötü niyetli kullanım karşısında ne gibi tedbirlerin alınması ve (*şayet varsa*) hüküm içindeki boşlukların yine bizzat kanun koyucu tarafından nasıl doldurulması gerektiği hakkındadır.⁹⁷ Özetle uzun bir zamandan bu yana uygulanan; mehazda karşılığı bulunan ve orada da henüz yürürlükten kaldırılmamış; ilmi ve kazai içtihadın daha iyi nasıl yorumlanması/ uygulanması gerektiği konusunda üzerinde çalıştığı bir hükmü, dönemsel; teorik olmaktan çok pratik nedenleri olan gelişmelerin etkisiyle yürürlükten kaldırmak, tatminkar olmaktan çok uzaktır.

Uygulamada beliren yanlış inanışa göre *keşidecinin* TTK’nın 711/ III. maddesine göre muhatap bankaya yönelik ödemededen men talimatı üzerine, söz konusu çek artık “*karşılıksız kalmayacak*”;⁹⁸ keşideci aynı çekin karşılıksız kalması üzerine gündeme gelebileceklerden muaf olacaktı.⁹⁹ Çekin arkasına kısmen veya tamamen ödenememe-

⁹⁷ Örneğin bkz. Kendigelen, s. 277, 278; Narbay, Ödeme Yasağı, s. 101, 103; Reisoğlu, s. 275 vd.; Narbay, Konferans, s. 209; Aker, s. 157; Karş. Postacıoğlu, s. 127.

⁹⁸ Karş. İnan, Batider, 1981, s. 100 vd.; Kendigelen, s. 282-286. Ayrıca bkz. Poroy/ Tekinalp, s. 297.

⁹⁹ Karş. 19. HD 05/02/2001, 2000-7018/931, (YKD 2002/1, s. 92-93); 10. CD 22/03/2005, 2004-13476/3159, (KazancıİBB); 10. CD 02/05/1995, 3613/4207, (Mal-

si nedeniyle karşılıksız kaldığının belirtilmesi yerine; “*Keşideci çekin rızası hilafına elinden çıktığı bildirildiğinden TTK m. 711/3 uyarınca işlem yapılamamıştır*”¹⁰⁰ ibaresinin yazılması, geçici süreyle de olsa keşideciler nezdinde bir rahatlama yaratmış; en azında böyle hissedilmişti.¹⁰¹ Ticari hayattaki *-bugün de yaygınlık kazanan-* nakit/kaynak yetersizliği nedeniyle yahut daha iyiniyetli bir yorumla keşidecinin, mali/ekonomik durumunu çekin üzerinde yazılı ileri keşide tarihine göre ayarladığı; *kötü niyetli hâmilin (!)* ise çeki “*gününden-vadesinden*” önce muhatap bankaya ibraz edebilmesi ihtimali üzerine kendisini korumak amacıyla böyle bir yola başvurduğu iddia edilebilir. *Ancak nedeni her ne olursa olsun; bu uygulamanın beklenenlerini sağlamadığı da ortadır.* Hâmil, söz konusu çeki süresinde bankaya ibraz edebildiği sürece,¹⁰² aynı çek için müracaat borçlularına karşı dava/takip hakkını kullanabilmekte;¹⁰³ çek bedelinin tahsilini, ihtiyati haciz yoluyla güvence altına alabilmektedir.¹⁰⁴ Ne var ki, cezai sorumluluk ve şikâyet hakkı yönünden Çek Kanunu’nun 16b/II. maddesi uygulama alanı bulacak olup aşağıda bu meseleye ayrıca değinilecektir.¹⁰⁵ Özetle uygulamanın yaygın; ancak bir o kadar da yanlış inanışı, kendisinden beklenen hiçbir sonucu doğurmamaktaydı.

B. Ödemeden Men Talimatının Müracaat Borçlusu Keşidecinin Sorumluluğu Üzerine Etkileri

TTK’nın 711/III. maddesine göre verilen *ödemeden men talimatının* hukuki niteliğine burada değinilecek değildir. Ne var ki, öğreti-

koç/Güler, s. 407). Ayrıca bkz. Güleç, s. 137.

¹⁰⁰ Uygulamada, çekin ibrazı üzerine, “İşbu çek süresi içinde ibraz edilmiş olup, karşılığı bulunmamaktadır. Ancak hesap sahibince Türk Ticaret Kanunu’nun 711. Maddesi’ne göre ödenmesi men edildiğinden üzerinden herhangi bir işlem yapılamıştır..... Bankası.... Şubesine vekaleten Kaşe/İmza-Tarih” biçiminde kayıtlar da düşünülmektedir. Ayrıca bkz. Reisoğlu, s. 275; HGK. 06/04/2005, 224/229 (Kazancı-İBB).

¹⁰¹ Karş. 10. CD. 07/061999, 6613/7798, (YKD 2001/3, s. 456).

¹⁰² Ayrıca bkz. Reisoğlu, s. 270, dn. 546.

¹⁰³ 12. HD 04/07/2003, 12679/16029 (Eriş, S. 249).

¹⁰⁴ Bkz.Kn. 7, dn. 7. Ayrıca bkz. 11. HD 09/11/2005, 12082/10696; 11. HD 25/04/2005, 4327/4177, (KazancıİBB). Karş. Dirikkan, s. 32.

¹⁰⁵ Şimdilik karş. Seven, s. 296-300.

de yer alan görüşler yanında¹⁰⁶ son olarak böyle bir tek taraflı irade, *kendiliğinden hak almanın* (BK m. 52/III) özel bir görünümü olarak vasıflandırılmıştır.¹⁰⁷ Oysa bu iddianın da, ödemededen men talimatının keşideci tarafından üçüncü kişi konumundaki hâmil *lehine* verilmesi hâlini dikkate almadığı; bu durumu açıklamakta yetersiz kaldığı belirtilmiştir.¹⁰⁸ Zira keşideci, böyle bir talimatı **i.** kendisindeki çekin elinden iradesi dışında çıkması üzerine verebileceği gibi; **ii.** aynı çekin üçüncü kişi hâmilin elinden iradesi dışında çıkmış olması durumunda da verebilir (TTK m. 711/III). Kaldı ki, bu noktada *müracaat borçlusu keşideci yönünden*, kendiliğinden alınan hakkının da ne olduğunu ayrıca tespit etmek gerekir: Böyle bir durumda çek, iyi niyetli/meşru olmadığı iddia edilen hâmilin elindedir. Öte yandan çek, *keşidecinin* elinden iradesi hilafına çıkmışsa; keşideci, gerçekten borçlu olmadığı kimsenin haksız alacak talebiyle karşı karşıyadır; (*varsa*) muhatap bankadaki para, her an tahsil edilebilir. Yine çek, *hâmilin* elinden iradesi dışında çıkmışsa bu sefer hâmil, alacak hakkından *sözde hâmilin*, onun yerine geçerek çek bedelini tahsil etmesiyle mahrum kalacaktır. Sözde hâmilin her iki durumda da *-gerek keşideciye gerekse son hâmile karşı-* içinde bulunduğu haksız durum ve buna rağmen, aynı çeki muhatap bankaya ibraz ederek tahsil edebilecek olması nedenleriyle TTK'nın 711/III. maddesi, çekle işleyen hesabın sahibine (*yani muhatap bankanın bir anlamda hukuki muhatabına*), mahkemeye başvurup geçici hukuki koruma dahi talep etmekle zaman kaybetmeksizin tek taraflı iradesiyle hesaptaki paranın tahsilini engelleyerek kendisini yahut üçüncü kişiyi bu haksız eylem karşısında koruyabilme imkânı vermişti. Keşidecinin eylemi, kendisinin yahut üçüncü kişi meşru-hâmilin elinden rızası dışında çıkan çeki, sözde hâmilin elinden bizzat almak olmadığına göre *olsa olsa* (mutlaka maddi hukuktan bir gerekçe bulmak gerekecekse) gerçekte alacaklı (meşru hâmil) olmayan kimsenin çek bedelini tahsil etmek istemesi şeklindeki haksız eylemine karşı *kendisinin* yahut *üçüncü kişinin* (hâmilin) malvarlığını/alacak hakkını korumaktan ibaretti (BK m. 52/I).¹⁰⁹ Şayet hâmil, *kendi hakkını kendisi korumak istiyorsa* o hal-

¹⁰⁶ İnan, Batider 1981, s. 112-113; Göle, s. 123; Postacıoğlu, s. 129; Narbay, Ödeme Yasası, 85 vd.; Aker, s. 139, 140; Kendigelen, s. 265.

¹⁰⁷ Seven, s. 290, 291.

¹⁰⁸ Ayrıntısı için bkz. Kendigelen, s. 266, 267. Ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, s. 508.

¹⁰⁹ Aktif bir tecavüz safhası -çekin bankaya ibrazıyla karşılığın her an tahsil edilebilmesi- henüz sona ermemiş olmaması nedeniyle bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğ-

de, mahkemeye başvurup TTK'nın 669. maddesine (*ödemedən men kararı talebi*) dayanmaktan başka çaresi yoktur. Hukuki nitelik tartışması bir yana, böylesine tek taraflı bir iradenin de örneğin TTK'nın 669. maddesinde düzenlenen *ödemedən men kararıyla aynı sonuçlara sebebiyet verdiği* de ortadır.¹¹⁰ Hemen belirtelim, çekler yönünden söz konusu istisnai düzenleme olduğu sürece, *kanımızca da keşidecinin* bunun yerine mahkemeden bir karar verilmesini talep etmekte –*tamamlayıcı bir merasime ayrıca gerek olup olmadığı tartışmaları bir yana*– hiçbir hukuki yarar yoktu.¹¹¹ *Lâkin 5838 s.K'la yapılan değişikliğin ardından artık, keşideciler yönünden de mahkemeye başvurup derhâl bir ödemedən men kararı almaktan başka bir yol kalmamıştır.*

Anılan hükmün yürürlükten kaldırılmasının nedeni, genel olarak *böyle bir tek taraflı iradenin kötüye kullanımı; bu yolla karşılıksızlık hâlinin gizlenmeye çalışılmasıydı.* Meseleyi değerlendirirken çekin en son kimin elinde olduğuna göre (*keşidecinin mi? hâmilin mi?*) bir ayırım yapmak yararlı olur. Uygulamada, keşidecilerin daha ziyade *kendileri için* böyle usule başvurduklarını söylemek yanlış olmasa gerek.

Keşideci, böyle bir talimata rağmen hâmilin başvurabileceği dava/ takip yolları karşısında hiçbir koruma elde edebilmiş değildi. Zira söz konusu çekin, –*ödemedən men talimatı nedeniyle de olsa*– ödenmemesi, müracaat haklarının kullanımı bakımından her hâlde “*karşılıksızlık*” sonucu doğurur.¹¹² Süresi içinde çekin bankaya ibraz edilmiş olması kaydıyla hâmil, örneğin İİK'nın 167 vd. maddesi hükümlerine göre

lu/Altop, s. 489. Bir kimsenin hakkını korumak için kuvvet kullanmasının hukuka aykırı sayılmaması için istisnai durumların gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan biri de, kuvvete başvurmadığı takdirde, hak sahibinin hakkını kaybetmesi veya hakkının kullanmasının çok güçleşmesi tehlikesinin bulunmasıdır. Bu tehlike, hak sahibinin şahsına veya malına yönelmiş bir tehlike değil; bir hakkı elde edememe tehlikesidir (Oğuzman/Öz, s. 508). Oysa TTK'nın 711/III. maddesi özelinde, borçlu (!) çek keşidecisi bakımından bir hakkı elde edememe tehlikesi yoktur; ödemedən men talimatının üçüncü kişi hâmil lehine verilmesi durumunda ise zaten üçüncü kişinin hakkını korumak için kuvvet kullanılamaz. Görülüyor ki, ödemedən men talimatının teorik olarak hakkı korumak için kuvvet kullanma müessesesine (BK m. 52/III) oturtulması olası gözükmemektedir.

¹¹⁰ Ayrıca bkz. Postacıoğlu, s. 127, 129; Kendigelen, s. 266.

¹¹¹ 11. HD 11.03.2002, 9393/2136 (Eriş, s. 249).

¹¹² Kendigelen, s. 285,339, 340. Bu esnada hesapta çek tutarı kadar karşılığın olup olmaması, çek bedelinin tahsili dışında, ayrıca karşılıksız çek keşidesi suçunun da olup oluşmaması bakımından önem kazanır. Ayrıca bkz. İnan, *Batider* 1981, s. 111; 10. CD. 22.03.2005, 04-13476/3159 (KazancıİBB).

kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip başlatabilir ve gerekiyorsa yine İİK'nın 257 vd. maddesi hükümlerine göre ihtiyati haciz talep edebilir. Bu esnada özellikle çekle işleyen hesapta, çek bedeli kadar nakit varsa aynı miktardaki paranın bu vesileyle ihtiyaten haczedilebilmesi de mümkündür. Şu halde, keşidecinin *öğretide de önerildiği gibi*¹¹³ ödemededen men talimatıyla birlikte başvurması gereken başkaca bir hukuki yol var mıydı? TTK'nın 711/III. maddesinin bu konuda keşideciye açık bir yükümlülük yüklediği ortadadır. *Bunu da bir boşluk olarak görmüyoruz. Nasıl ki, -çeki ibraz eden- hâmilin salt haksız ödemededen men talimatının kaldırılması konusunda mahkemeye başvurmakta (doğrudan alacağın tahsili konusunda dava/takip yoluna başvurmak varken) herhangi bir hukuki yararı yoksa*¹¹⁴ keşidecinin de ödemen men talimatının ertesinde, mahkemeye başvurması gerekmemektedir; en azından böyle bir zorunluluk içinde değildi.

Şöyle ki, hâmil, i. müracaat hakkı kapsamında çek bedelinin tahsili için alacak davası açmışsa (*ki, bu ihtimal nadiren gerçekleşecektir*) keşideci, TTK'nın 704. maddesine dayalı savunmasını, bu dava içinde yapabirdi. Burada davalı keşideci, davacı hâmilin çeki kötü niyetle iktisap ettiğini veya iktisabında ağır bir kusuru olduğunu iddia edip kendisine karşı borçlu olmadığını savunacaktı.¹¹⁵ Hâmil, ii. icra takibi başlatacak olursa keşideci, TTK'nın 704. maddesine dayalı savunmalarını, özellikle İİK'nın 169. maddesine göre icra mahkemesinde ispatlamakta zorluk çekeceğinden; bu noktada keşideci yönünden yapılması tavsiye edilebilecek husus, mümkünse icra takibinden önce (*çek bu aşamada muhatap bankaya da ibraz edilmiş olduğundan; çeki bankaya ibraz edenin kimliği bilinebileceğinden*) bir menfi tespit davası (İİK m. 72/II) açmaktı.¹¹⁶

¹¹³ Örneğin bkz. Narbay, Ödeme Yasası, s. 103; Narbay, Konferans, s. 209; Kendigelen, s. 278; Aker, s. 174. Karş. Postacıoğlu, s. 127; Göle, s. 222-223; Esenkar, s. 35. Ayrıca bkz. Reisoğlu, s. 273.

¹¹⁴ Karş. Postacıoğlu, s. 131; Kendigelen, s. 277.

¹¹⁵ Kaybedilen çeki ciro suretiyle alan hâmil, bu çeki kötüniyetle aldığı sabit olmadıkça yetkili hâmil sayılır (11. HD 05/10/1992, 2657/9584, Eriş, s. 191). Karş. Emre yazılı senetler yönünden senedin borçlunun elinden rızası dışında çıktığı iddiasının (hâmile yazılı senetlerden farklı olarak, TTK m. 571/II, III) her hâmile karşı da ileri sürülüp sürülemeyeceği (karş. TTK m. 598/II) konularındaki tartışma için bkz. Türk, Menfi Tespit, s. 162. Ayrıca bkz. HGK 26/06/1996, 385/508, (1998/196 Yasa, s. 389, 390). Çekin kötüniyetle iktisap edildiği iddiası tanıkla ispat edilebilir (11. HD 24/02/1997, 727/944, Eriş, s. 193).

¹¹⁶ "...keşideci,...ödemekten men edebileceği gibi, elinden rızası hilafına çıkan bir

Açılan bu davada, mahkemece **a.** icra takibi yapılmaması; **b.** çek bedelinin ödenmemesi yahut **c.** “*protesto keşidesinin durdurulması*” veya **ç.** “*keşide edilen protestonun Merkez Bankası’na bildirilmemesi*” konularında ihtiyati tedbir kararı verilip verilemeyeceği meselelerine, bu aşamada değinmiyoruz.¹¹⁷ Ancak hemen belirtmek gerekir, keşideci tarafından zaten ödemedi men talimatı verildiğinden “*karşılıksızlık*” hâlinin Merkez Bankası’na bildirimini engellenmesi ve hatta çek bedelinin muhatapça *davalıya* ödenmemesi konularında derhâl karar alınmasını gerektiren bir aciliyet de gözükmemekteydi. Ödemedi men talimatı veren keşideci, çeki elinde bulunduran kimseye karşı borçlu olmadığı iddiasını taşımaktaydı. Yani davacı, bir anlamda ve en geniş haliyle “*bedelsizlik*” savına dayanmaktaydı.¹¹⁸

Açılabilecek böyle bir menfi tespit davasının hukuki dayanakları konusuna girmeden bu davanın uygulamada, “*senet-çek iptal*” davası olarak nitelendirildiğini belirtmemiz gerekir. Öğretide böyle bir kullanımın yerinde olmadığı belirtilmektedir. Zira bir çekin gerçekten hangi hâlde *iptal* edileceği, kanunda ayrıca düzenlenmiş olup (TTK m. 669-677) anılan menfi tespit davası neticesinde sadece *davacı-borçlu keşidecinin davalıya* karşı borçlu olmadığı hüküm altına alınmaktadır.¹¹⁹ Hatta bu esnada, yine uygulamada, varsa takibin de iptaline (Karş. İİK m. 71) karar verilmesi talep edilmektedir.¹²⁰ Oysa dava, davacı borçlu lehine sonuçlanırsa (varsa) icra takibi derhal durur; hükmün kesinleşmesiyle de ayrıca bir hükme hacet kalmaksızın icra, *-hükmün de içeriğine göre-* iade edilir (İİK m. 72/V). Yani takibin de iptaline karar verilmekle gerçekleşecek hususlar, davanın kabulünün sonuçları olarak *kanunda za-*

başka deyişle imzasını içeren ve fakat kaybettiği çekin bedelinin kendisinden istenmesi halinde, aynı yasanın 704’üncü maddesi hükmüne dayanarak, borçlu olmadığının tespiti yolunda dava açmak hakkına sahiptir. Keşideci davacının zayi nedeniyle çekin iptalini isteme hakkı bulunmadığına göre, iptal davası sırasında çeki ibraz eden Ü’e karşı istirdat davası da açamayacağı gözetilmeden, mahkemece istirdat davasına bakılarak yazılı şekilde karar hüküm tesisi doğru olmamıştır.” 11. HD 11/03/2002, 9393/2136 (Eriş, s. 249).

¹¹⁷ Ayrıntısı için bkz. Kuru, s. 28 vd.; Türk, Menfi Tespit, s. 253 vd.; 5; Sayhan, s. 202.

¹¹⁸ Bedelsizlik savı, çeşitli gerekçelere dayanabilir. Ödemedi men talimatı vermiş olan davacı keşideci bakımından bu iddia, çok daha özel olarak “*senedin bir verme (geçirim-tedavül) anlaşmasına dayanmaksızın elden çıkması*” hadisesini esas almaktadır. Ayrıntısı için bkz. Türk, *Menfi Tespit*, s. 161; Sayhan, s. 99. Ayrıca bkz. Öztan, s. 106 vd.; Yeşilova, s. 50 vd.

¹¹⁹ Türk, *Menfi Tespit*, s. 130, 131; Sayhan, s. 164 vd.

¹²⁰ Kuru, s. 29, dn. 53.

ten düzenlenmiştir. Ne var ki, gerek “*senet-çek iptal*” gerekse “*takibin iptali*” taleplerinin ardında, aslında son derece yerinde; bir başka ihtiyaç ve istek daha vardır: Menfi tespit davasının davacı borçlu lehine sonuçlanması durumunda, borçlu-keşideci hakkında başlatılmış takip durmakta ve hatta hükmün kesinleşmesiyle icranın iadesine karar verilmekteyse de takip konusu çekin de keşideciye iadesi gerekir (Karş. İİK m. 144). Alt ilişkiden dolayı keşidecinin davalıya karşı borçlu olmadığı tespit edilmişse de –*tedavül anlaşmasına konu- çek*, hükümden düşmüş değildir; hâlâ *tedavül kabiliyetini haizdir*. Bu nedenle davacı keşidecinin, çeki *tedavülden çekebilmesi*, iradesi dışında elinde çıkmış çeki tekrar sahip olabilmesi için – “*senedin/çekin*” *iptalini istemek yerine- hâlihazırda açılmış olan menfi tespit davasının hukuki dayanağıyla da uyum içinde, sebepsiz zenginleşme def'i yanında senedin iadesini de talep etmesi uygun olur* (BK m. 61 vd.).¹²¹

Çekin *hâmilin* elinden rızası dışında çıkmış olması durumunda ise hâmil yönünden ayrıca yapılması gerekenlerin olduğu açıktır. Bu esnada, *keşidecinin hâmil adına, onun lehine zıya nedeniyle iptal yahut (çekin kimin elinde olduğu biliniyorsa) istirdat davası açması usul hukuku yönünden (aktif husumetten ziyade, davayı takip yetkisi yoksunluğu) mümkün değildir.*¹²² Hâmilin alacak hakkı ise *sözde hâmilin ele geçirdiği çeki, muhataba her an ibraz edebilecek olması nedeniyle tehdit altındadır*. Gerçi, keşidecinin ödemedi men talimatıyla (*varsın*) çekin karşılığını, hızla güvence altına almak mümkündür de (*aksi hâlde*, TTK m. 669) *hem sözde hâmilin dava/takip hakları devam etmektedir hem de meşru hâmilin halen elinde olmayan çekten kaynaklanan haklarını koruyup kullanabilmesi gerekir.*¹²³ Bu nedenle de *bir görüşe göre çek hâmili, kendisi için zıya nedeniyle iptal yoluna başvurmalı; aynı talep içerisinde “ibraz ve ödeme” yerine geçmek üzere çek bedelinin tayin edilen yere tevdiine karar verilmesini (ibraz süresi içinde muhataba tebliğ edilmesi kaydıyla) talep etmelidir*. Bu esnada çekin karşılığı olmadığı anlaşılrsa dahi meşru hâmil, bu yolla müracaat haklarını muhafaza etmiş sayılacaktır.¹²⁴ Meşru hâmil, zıya nedeniyle iptal talebi yanında (*kimliği de bilindikten sonra*) sözde hâmilin çek bedelini tahsiline engel

¹²¹ Ayrıntısı için bkz. Sayhan, s. 167, 169, 201.

¹²² Ayrıca bkz. Seven, s. 293, 294.

¹²³ Ayrıca bkz. 11. HD 04/0272002, 8697/765 (Eriş, s. 248).

¹²⁴ Karayalçın, s. 374, 375; İnan, s. 87; Esenkar, s. 54, 55. Ayrıca bkz. Göle, s. 127.

olabilmek için istirdat davası açmalı (TTK m. 670, 675);¹²⁵ çekin olası bir icra takibine konu edilmesine mani olmalıdır.

Bu noktada özellikle TTK'nın 711/III. maddesindeki (*iddia edilen*) boşluğun doldurulması; bozulan (*bozulduğu düşünülen*) menfaatler dengesinin yeniden tesisi için ödemededen men talimatı üzerine örneğin *çek bedelinin muhatap bankada bloke edilmesine* ihtiyaç var mıydı?¹²⁶ Kanunda bu yönde açık bir hüküm yer almamaktaydı. İleri sürülen görüşleri tartışmaksızın şöyle bir olası etkiyi de göz ardı etmemek gerekir: Sözde hâmilin (*meşru hâmil olabileceği ihtimali nedeniyle*), alacak hakkını, *-bugün de-* ihtiyati haciz yoluyla (İİK m. 257) güvence altına alması mümkündür. Şu hâlde, sözde hâmilin müracaat hakları kapsamında çek bedelinin tahsilini, ihtiyati haciz yoluyla güvence altına alabilmesi mümkün olduğu hâlde, öğretilerde *yine* sözde hamilin *meşru hamil* olabileceği ihtimali üzerine hesaptaki paranın, *-ödemeden men talimatı üzerine-* onun lehine bloke edilmesi önerilmekteydi. Oysa sözde hâmil lehine hesapta bloke edilen paranın ihtiyati haciz talep edilmesine engel durumlardan olup olmadığı (*özellikle alacağın rehinle güvence altına alınmamış olması bakımından*) son derece tartışmalıdır (İİK m. 257, 265). Aynı alacak için iki farklı güvencenin yine aynı anda tesis edilebilecek olması, sözde hâmil lehine para bloke edilmesi ile ihtiyati haciz talepleri arasında bir bağın; öncelik/sonralık ilişkisinin kurulmasını zorunlu kılmaktaydı. Öte yandan şu soruyu da sormak gerekir: *Keşideci, özellikle kendisi için; kendisiyle ilgili durumlarda, ödemededen men talimatı vermek yerine hesaptaki parayı çekerek de kendisini koruyabilir mi?* Bu soruya ilk bakışta iki gerekçeyle olumsuz yanıt vermek mümkündür. Buna göre *hem* keşideci çekle işleyen hesapta keşide ettiği (ileri tarihli de olsa) çekin karşılığını bulundurmalıdır *hem de* aksi durum, pratik olup olmadığı bir yana karşılıksız çek keşidesi suçuna sebebiyet verebilir.¹²⁷ Oysa keşideci, *iddiasında haklı ise* yaratılan karşılıksızlık halinin *ne* müracaat haklarının kullanımı *ne de* cezai sorumluluk noktasında¹²⁸ hiçbir olumsuz sonucu olmayacaktı. Sonuç olarak soruyu bir kez daha yineleyelim: *Keşidecinin -haksız çıkması ve bu hâlde özellikle karşılaşacağı cezai*

¹²⁵ İstirdat davası hakkında bkz. Dirikkan, İptal, s. 51 vd.

¹²⁶ Karayalçın, s. 294; Postacıoğlu, s. 128 vd; Şimşek, s. 451; Reisoğlu, s. 275-276; Göle, s. 127, 222; Narbay, Ödeme Yasağı, s. 97; Kendigelen, s. 277; Esenkar, s. 45-46; Aker, s. 163.

¹²⁷ Bu son ihtimal yönünden bkz. Türk, Menfi Tespit, s. 139.

¹²⁸ Güleç, s. 150.

sorumluluk ihtimali bir yana- sözde hâmillere karşı hesapta karşılık tutması şart mıdır?¹²⁹

C. Ödemeden Men Talimatının Karşılıksız Çek Keşidesi Suçunda Şikâyet Hakkına Etkisi

Çalışmanın bu kısmında, biri doğrudan diğeri de dolaylı olarak TTK'nın 711/III. maddesini ilgilendiren iki meseleye değinilecektir:

Karşılıksız kalan çek nedeniyle düzenlenen cezai sorumluluğun işletilebilmesi, şikâyet hakkının kullanılmasına bağlıdır. Bu noktada Çek Kanunu'nun 16b/II. maddesi, şikâyet hakkının ne zamandan itibaren kullanılacağı konusunda bir düzenleme getirmektedir:¹³⁰ "... şikâyet hakkı, ...; ihtiyati tedbir kararı veya ödeme yasağı nedeniyle süresi içinde ibrazında çek hakkında işlem yapılmaması halinde ise, ihtiyati tedbir kararının veya ödeme yasağının kalktığı tarihte doğar." Öğretide, metinde geçen ödeme yasağı ibaresinin TTK'nın 711/III. maddesini kapsamadığı; tıpkı ihtiyati tedbir kararlarında olduğu gibi (HUMK m. 101 vd.) *sadece mahkemelerce verilen* (TTK m. 699) *ödemeden men kararlarının* hükmün uygulama alanına girdiği iddia edilmişti.¹³¹

Gerek TTK'nın gerek 669., gerekse 711. maddelerinde "*ödemeden men*" ibaresi kullanılmıştır. Çek Kanunu m. 16b/II hükmünde sözü edilen "*ödeme yasağı*" ifadesinin ise en azından lâfzen her iki durumu da kapsayacak kadar geniş olduğu kabul edilmiştir.¹³² Kaldı ki, aynı hükümde "*ihtiyati tedbir*" gibi son derece geniş bir terminolojinin seçilmiş olması yanında, "*ödeme yasağı*" ibaresiyle yine *sadece mahkemelerce verilen kararların düzenlendiğini kabul etmek, güçtür. Şayet kanun koyucunun iradesi, şikâyet hakkının sadece mahkemelerce verilen kararlar üzerine ertelenebileceğini kabul etmek olsaydı; yalnızca ihtiyati tedbirlerden bahsetmesi yeterliydi. Bu hâlde, hukuki nitelik olarak bir ihtiyati tedbir kararı olan TTK'nın 669. maddesine dayalı ödemeden men kararı,*¹³³ evleviyetle hükmün uygulama alanına girecekti. Hukuki nitelikleri konusundaki farklılığa karşın *işlevsel açıdan TTK'nın 711/III ile*

¹²⁹ Karş. İnan, *Batider* 1981, s. 111.

¹³⁰ Ayrıca bkz. Hacıoğlu, s. 267, 269.

¹³¹ Seven, s. 297-300; 10. CD. 18/06/2007, 6016/7436, (KazancıBB). Karş. Eriş, s. 912.

¹³² Seven, s. 298.

¹³³ Dirikkan, *İptal*, 39.

669. maddelerinin aynı yönde olduğu konusunda tereddüt etmemek gerekir. Bu fonksiyonel eşitlik dikkate alındığında, *ödemedен men talimatı* (TTK m. 711/III), hükmün uygulama alanına *açıkça alınmasaydı dahi* bu kez de eşitlik ilkesinin ihlali söz konusu olabilirdi. Zira TTK'nın 669. maddesi, hangi gerekçeyle şikâyet hakkının kullanımını erteliyor-sa; hükme konu müessesenin çeklerdeki türevi olan TTK'nın 711/III. maddesi de aynı gerekçeyle şikâyet hakkının kullanımını ertelemeliydi. Kaldı ki, kanun hükümlerini, lâfzen bu kadar açık; berrak ve pürüzsüzken yoruma tabi tutup sınırlamaya çalışmak, kanun koyucunun ifade yetersizliği içinde olduğunu; neyi düzenlendiğini bilmediğini ve önceden çıkardığı kanunlardan haberdar olmadığını ileri sürmektir. Örneğin kanun koyucu, ilgili hükümde, sadece ihtiyati tedbirlerden bahsetmiş olsaydı, söz konusu ibareden nelerin anlaşılmasının gerektiği tartışılıp yorumlanabilirdi.

Öte yandan yapılacak amaçsal yorum dahi bizi aksi yöne götürecektir. Şöyle ki, düzenleme, oluşan cezai sorumluluktan ötürü (*zira çek süresi içinde ibraz edilmiş ve karşılıksız kalmıştır*) hâmilin sahip olduğu şikâyet hakkının kullanımını, ertelemektedir. Böyle bir ertelemeyi gerektiren hususlar ise hukuk mahkemelerinden alınmış *ihtiyati tedbir yahut ödemedен men kararlarıyla* savunduğumuz gibi keşidecinin ödemedен men talimatıdır. *Peki Neden?* Dikkat edilirse bu gibi durumların hepsinde, hâmilin *meşruluk* sıfatı tartışmaya açılmaktadır. Sorulması gereken soru şudur: *Karşılıksız kalan çekin sözde hâmilinin şikâyet hakkından bahsedilebilir mi?*¹³⁴ Hâmilin karşılıksız kalan çekten alacaklı olmadığı ortadayken; çek, gerçek bir alacağı temsil etmezken yahut çeki elinde bulunduran, gerçekten alacaklı değilken sözde hâmilin hâlâ şikâyet hakkından bahsedilebilir mi?¹³⁵

Hükmün doğru *ratio legis*'i, şikâyet hakkının çekin *meşru* hak sahibi tarafından kullanılabilmesine olanak vermek; bu yönde yaşanan tartışmaların nihai olarak çözümünün *ardından* ceza yargılamasının başlatılmasını sağlamaktır. Bu vesileyle ceza yargısı, söz konusu uyuşmazlıkları *da* çözmeye zorunluluğundan kurtarılmaktadır.¹³⁶ Anılan gaye

¹³⁴ Soruya verilen olumsuz yanıt için bkz. Bahtiyar, s. 54. Ayrıca bkz. Güleç, s. 150; 10. CD 11.07.2005, 2004-24731/8404, (KazancıBB).

¹³⁵ Ayrıca bkz. ER, s. 368; Hacıoğlu, İnceleme, 148; Özsoy, s. 151. 10. CD 02.05.1995, 3613/4207; 10. CD. 04.07.1995, 6617/6751, (Malkoç/Güler, s. 402).

¹³⁶ Örneğin bkz. 10. CD 27/12/1994, 11548/14936, (Malkoç/Güler, s. 410).

dikkate alındığında, TTK'nun 711/III. maddesini, örneğin TTK'nun 669 uncu maddesine göre bu sefer mahkemelerce hükmedilen *ödemededen men* yahut çoğu kez "*bedelsizlik*" temeline dayalı *ihtiyati tedbir* kararlarından ayırmak mümkün müydü? *Kaldı ki, çekler için keşidecilerin TTK'nun 669 uncu maddesine dayanamadıkları, bunda hukuki yararlarının olmadığı kabul edilmekteydi.*¹³⁷ Şayet ileri sürülen iddia kabul edilecek olursa ve çek, *hâmilin* elinden rızası dışında çıkmışsa mahkemenin vereceği *ödemededen men* kararı ile sözde *hâmilin keşideciyi* şikâyet hakkı ertelenecek; aynı çek, *keşidecinin* elinden rızası dışında çıkmışsa *ödemededen men* talimatına rağmen (TTK m. 711/III) –önceden– *başvurulmasına olanak tanınmayan mahkemededen ödemededen men kararı vermediği için* aynı keşidecinin cezai sorumluluğu yönünden yapılan şikâyet, geçerli kabul edilecekti. *Kurulan bu mantığı, hiçbir amaçsal yorum meşru kılamazdı.* Özetle hükümler (TTK m. 669, 711/III) arasındaki işlevsel eşitlik dikkate alındığında, söz konusu ceza normunun dar yorumlanmasını haklı kılan hiçbir neden yoktu; aksi, *çek keşidecileri yönünden eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ederdi.*

Bu noktada yanıtız bırakılmaması gereken; aksi yöndeki görüşün dayanağı bir diğer gerekçe ise kanun koyucunun şikâyet hakkının kullanılmasını, *kötü niyetle ödemededen men talimatı veren keşidecinin yine tek yanlı iradesiyle ödemededen men talimatını bu sefer kaldırması şartına bırakmış olamayacağıydı.*¹³⁸ Hükümde, gerçekten de ödeme yasağının (*tıpkı ihtiyati tedbir kararı gibi*) kalkmasından bahsedilmektedir. *Ödemededen men talimatını veren keşideci olduğuna göre söz konusu yasağın kalkması yönünde talimat verecek olan da yine kendisiydi.* Ancak hükmün bu *görünen* açmaz karşısında aciz kaldığını düşünmek mümkün olabilir miydi? Yukarıda pek çok vesileyle açıklandığı gibi *ödemededen men talimatı, hâmilin dava/takip hakları konusunda hiçbir sınırlama getirmemekteydi.* Hatta keşideci, *-bugün için de-* İİK'nun 72/II. maddesi hükmünden istifade edebilmek için bir menfi tespit davası açabilir. *Keşidecinin sözde hâmile karşı borçlu; alacaklının da maddi hukuk bağlamında meşru hâmil olduğu sonucuna varıldıktan sonra ödemededen men talimatının kaldırılması; daha yerinde bir ifadeyle kalkmış/hükümsüz sayılması bakımından keşidecinin ayrıca bir talimat vermesini beklemeye gerek var*

¹³⁷ 19. HD 21.02.2003, 2002-4495/1319; 11.HD15/01.2007.2005-13468/246 (Kazancı-İBB).

¹³⁸ SEVEN, s. 301.

*mıydı?*¹³⁹ Burada, salt takip hukuku bağlamında sağlanan; şekli kesinlikle de yetinmemekteyiz (Karş. İİK m. 72/VII). Gerçi bunun şikâyet hakkının kullanılmasını (*ve dolayısıyla ceza yargılamasının başlamasını*) geciktireceği ileri sürebilirse de *keşidecinin bir an evvel cezalandırılmasında nasıl bir hukuki yarar olabilir?* Şikâyet hakkı bakımından kimi nedenlerin erteleyici etkisi, düzenlenip *meşru hâmillik yönünden* kesinliğin sağlanmasından sonra ceza yargılamasının başlamasının bizzat kanun koyucu tarafından öngörüldüğü hatırlandığında, olası bir gecikmenin sorun olarak görülmemesi gerekir. Meşru hâmilliği *maddi anlamda da kesinlik kazanan* alacaklının, şikâyet hakkını kullanırken *-hükümsüz kaldığı aşikâr-* ödemedenden men talimatının *-şeklen de-* kaldırması bakımından keşidecinin rızasını almaya zorlanması, nasıl bir mantıki zorunluluktur? Bu sonuç, tamamlayıcı merasime süresinde geçilememiş diğer *ihtiyati tedbir* (HUMK m. 109) *ve ödemedenden men* kararlarının (TTK m. 670, 675) hukuki akıbetleri için de geçerli değil midir? Sonuç olarak hükümde geçen *"... veya ödeme yasağının kalktığı tarihte doğar."* ibaresinin (*evleviyetle de*) ihtiyati tedbir kararlarının veya ödeme yasaklarının *hukuken kalkmış sayıldığı, hükümsüz kaldığı* halleri de kapsadığı sonucuna varmak gerekir.

Son olarak TTK'nın 711/III. maddesiyle doğrudan olmamakla beraber ilgili ve aslında güncelliğini hala koruyan bir diğer mesele, yine ileri sürüldüğü şekliyle Çek Kanunu m. 16b'de sözü edilen *ihtiyati tedbir* şeklindeki ibarenin kapsamına, mahkemelerce İİK'nın 179 vd. maddelerine göre hükmedilen *iflasın ertelenmesi kararlarının* da girip girmediğidir.¹⁴⁰ Bu meseleye de olumlu yaklaşmak mümkün görünmemektedir. Gerçi, iflasın ertelenmesi kararlarının özel bir geçici hukuki koruma kararı olduğu savına¹⁴¹ katılmakla birlikte bunun Çek Kanunu'nun ilgili hükmünde sözü edilen ihtiyati tedbirlerden olmadığını belirtmek gerekir.

İflasın ertelenmesi kararı üzerine borçlunun, örneğin çekle ilgili icra takipleri karşısında hukuken korunması; ancak aynı çekle ilgili

¹³⁹ Alacaklının daha ziyade, takip yolunu kullanacağı hatırlandığında, meşru hâmillik konusundaki kesinliğin ya keşidecinin açacağı menfi tespit davası sonucunda ya da her halükârda İİK'nın 72/VII nci maddesine göre sağlanabileceği açıktır.

¹⁴⁰ Soruya verilen olumlu yanıt için bkz. Seven, Erteleme, s. 91.

¹⁴¹ Özkes, Erteleme, s. 3257, 3258; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 493; 12. HD 17.02.2006, 13446/19586 (İBD 2006/80, s. 835). Ayrıntısı için ayrıca bkz. Atalay, s. 73; Türk, s. *Borca Batıklık*, s. 275, 317 vd.

cezai sorumluluk taşımaya devam etmesi, nereden bakılırsa bakılsın, kabulü güç bir manzardır. Çeke konu borcun ödenmesi yönünde gayret ve çaba sarf edenlerin, hele bir de mahkemelerce koruma altına alınmasına (*gerek iflasın ertelenmesi yoluyla ve hatta gerekse tasdik edilmiş olan konkordatoya*)¹⁴² rağmen; karşılıksız çek keşidesi suçuyla ve yapılacak cezai takibatla karşı karşıya kalması da aslında bir ölçüde, TTK'nın 711/III. maddesinin anlamını yitirmesine; yolundan saptırılmasına neden olan hususlardandır. Sorulması gereken soru şudur: Bugün için Çek Kanunu'nun 16b/II. maddesinde sözü edilen ihtiyati tedbirlerin yine bir geçici hukuki koruma olduğunu kabul ettiğimiz *iflasın ertelenmesi* kararlarını da kapsamı mümkün müdür?

Sorulan soruya, anılan hükmün ve içinde bulunduğu Kanun'un bugünkü hâliyle olumlu cevap verilmesi güçtür. *Hâmilin şikâyet hakkının ertelenmesine neden olan husus, onun gerçekten de hâmil olup olmadığı yönünde, medeni yargı nezdinde yaratılan şüphedir.*¹⁴³ Şikâyet hakkının, karşılıksız kalan çekin gerçek/meşru hâmili tarafından kullanılması istenmektedir. Çekin, hâmilinin (*keşidecisi de dâhil olmak üzere*) elinden rızası dışında çıkması yahut da bedelsizlik (*alt ilişki dikkate alındığında*) nedeniyle (*tüm müracaat borçluları karşısında*) hükümsüz kalması durumlarında,¹⁴⁴ artık geçerli ve haklı görülebilir bir şikâyet hakkından bahsedilemez. Bu sonucu, anılan düzenlemede, ihtiyati tedbirler yanında ödeme sağından da bahsedilmiş olmasından çıkarmak mümkündür.

İflaşın ertelenmesi kararı, alacaklı hâmilin, hâmillik konumu üzerinde olumsuz hiçbir iddiayı barındırmaz. Tam aksine keşideci, söz konusu borcu pasifinde gösterir ve borca batıklıktan kurtulmak üzere iyileştirme projesi sunar (İİK m. 179). Çek Kanunu, şikâyetten vazgeçilmesi yahut geri alınması konusu bir yana (Çek Kanunu m. 16b/III),¹⁴⁵ karşılıksız kalan çekin *-daha farklı şartlarla-* ödenebilmesi hususunda, *taraflar arasında sağlanan mutabakata*¹⁴⁶ veya *mahkemece alacaklıya çek be-*

¹⁴² 7. CD. 13.07.1987, 2205/10231, (Malkoç/Güler, s. 317).

¹⁴³ 10. CD. 22.05.1995, 3883/4370, (Malkoç/Güler, s. 404).

¹⁴⁴ Ayrıca bkz. Teoman, s. 186-187; 10. CD 19.09.2006, 10357/10241, (YKD 2007/6, s. 1210).

¹⁴⁵ Hacıoğlu, s. 271, 272.

¹⁴⁶ 10. CD. 28.05.1996, 5705/5928; 10. CD 27.05.1996, 5872/5774 (Malkoç/Güler, s. 397, 399).

*delinin takip/tahsili konusunda getirilen tahdide*¹⁴⁷ rağmen fail keşideciyi, şikâyetten ve ceza yargılamasından muaf kılmamıştır. Aynı Kanun'un bu sefer 16c maddesinde, *ceza davasının açılmasına engel olan; açılan ceza davasını düşüren ve hükmedilmişse cezayı ortadan kaldıran nedenler düzenlenmiş ve bunların hiçbirinde, sözünü ettiğimiz ihtimallere yer verilmemiştir.*¹⁴⁸ Kaldı ki, iflasın ertelenmesi kararı üzerine, takip hakkı konusunda yaşanan tahdidin alacaklının rızasıyla meydana gelmediğini de hatırlamak gerekir. Bu bağlamda, hâmilin, *ne hâmillik ne de alacaklılık konumu hakkında hiçbir karşı iddia içermeyen; tam aksine borcun kabullenildiği ve iyileştirme projesi neticesinde genel olarak borca batıklıktan kurtulmaya çalışılacağı*nın iddia edildiği iflasın ertelenmesi taleplerinde, alacaklının takip hakkına sınırlama getirilmekte ise de aynı esnada -karşılıksız çek keşidesi suçuyla ilgili- *şikâyet hakkının* akıbeti konusunda bir hüküm ne İcra ve İflâs Kanunu'nda ne de Çek Kanunu'nda yer almaktadır. Sorunu, Çek Kanunu'nun 16b/II. maddesini amacı dışında yorumlayıp hükme, varsayıma dayalı hedefler yükleyerek çözmek, mümkün gözükmemektedir. Alacaklının iradesi hilafına hükmedilen iflasın ertelenmesi kararıyla hâmilin şikâyet hakkından vazgeçtiğini kabul etmek mümkün olmadığına göre bu yönde, yeni bir kanuni düzenlemeye gitmek en doğru yoldur. Bu esnada sadece iflasın ertelenmesinin değil; örneğin konkordato mühletinin veya tasdik edilen konkordatonun şikâyet hakkı üzerindeki olası etkilerinin de düzenlenmesi gerekebilir.

¹⁴⁷ 7. CD. 13.07.1987, 2205/10231, (Malkoç/Güler, s. 317).

¹⁴⁸ Çek Kanunu'na özel etkin pişmanlık hâlleri hakkında bkz. Hacıoğlu, s. 278 vd; Kocasakal, s. 113-114.

SONUÇ

3167 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi, TTK'nın 707/II. maddesini, belirli bir süreyle askıya alan düzenlemedir. Ancak, ekonomik sıkıntı yaşayan ve kaynak yetersizliği çeken tek borçlu kesiminin çek keşidecileri olmadığı düşünüldüğünde; bu ekonomik sorunun tarafları eksiksiz tespit edilmeden, üstelik mevzuatın öngördüğü başkaca çareler (İİK m. 317 vd.; 330) dikkate alınmadan, bir özel hukuk ilişkisinin tarafları arasındaki menfaatler dengesine, yargı denetiminden uzak biçimde doğrudan taraflardan biri lehine müdahale edilmesi, geçirilen yasama sürecine getirilebilecek eleştirilerdendir.

Gerçek keşide tarihi, 3167 s.K'nın geçici 2. maddesinin yürürlüğe girdiği tarih olan 28.02.2009'dan önceki bir çek için de söz konusu hüküm, uygulama alanı bulacaktır. Kanunların geriye yürümezliği ilkesine istisna olarak kabul edilen *kamu düzeni meselesi*, 5838 s.K'nın konusu ve amacı ile de örtüşmektedir. Kaldı ki, *beklemece haklar meselesi* de yine burada, geriye yürümezlik konusunda kullanılabilir bir başka gerekçe olmaktadır. Öte yandan çek üzerinde görünen keşide tarihinin 28.02.2009 - 31.12.2009 tarihleri arasında olmasına rağmen, gerçek keşide tarihinin 28.02.2009'dan önce olduğunu ispat edebilmek, uygulamada hayli güçlüklerle sebebiyet verebilecek bir başka konudur.

Çekin ödenmek üzere ibrazının, muhatap bankanın dışında takas odasına da yapılabilmesi ve TTK'nın 710. maddesinde takas odasına ibrazın ödeme için ibrazın yerine geçeceği düzenlenmesi karşısında, geçici 2. madde hükmündeki "...*muhatap bankaya ibrazı...*" şeklinde sınırlayıcı bir ifade yerine; "...*keşide tarihinden önce çekin ödenmek için ibrazı geçersizdir*" denilmesi çok daha yerinde olurdu. Bu haliyle, anılan hükümde bir kural içi boşluğun olduğunu kabul etmek kaçınılmazdır.

Alacaklının, 3167 s.K'nın geçici 2. maddesine takılmaksızın, ibraz hakkı -*çekin üzerinde yazılı ileri keşide tarihine kadar*- kanunen ortadan kaldırılmış çekten doğan alacağını, bu sefer temel borç ilişkisine dayanarak talep ve tahsil etmesi mümkün değildir. Kambiyo ilişkisinden doğan alacak, talep edilebilir hale gelmeden, temel alacağın tahsiline yönelmek mümkün değildir. İbrazdan önce çekin bir yana bırakılıp temel alacağın tahsilinin istenmesi, kambiyo ilişkisinin varlığı nedeniyle mümkün değildir. Öte yandan, hamilin, ileri keşide tarihinden önce muhataba ibraz edemediği çeki bir tarafa bırakarak bu sefer *temel ala-*

cağını talep ve takip etmesini mümkün kılmak, hükmün *ratio legis*'ine aykırı olacağı gibi yine hükmün, kötü niyetli alacaklılar tarafından dolandırılması anlamına gelir.

Gerek TTK'nın gerekse Çek Kanunu'nun yürürlükten kaldırılmamış hükümleri gereği, çekin *bugün dahi* üzerindeki ileri keşide tarihinden önce ibrazını ve tahsilini *-çekin de muhatap bankada karşılığı varsa-* mümkün görmek gerekir. Aksini kabul etmek yani, 3167 s.K'nun geçici 2. maddesinin "*ibrazın geçersiz sayılacağı*" şeklindeki lafzına harfiyen uymak, çek keşidecilerinin getirilen yeni hükmü *ratio legis*'inin dışında kötüniyetle kullanmalarına neden olacaktır.

3167 s.K'nun geçici 2. maddesinin lafzı bakımından zayıf olan ve amacıyla ters düşen yönlerini kapatabilmek bakımından şöyle bir karşı öneri getirmek mümkündür:

"31.12.2009 tarihinde kadar üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ödenmek için ibraz edilen çek, tamamen veya kısmen karşılıksız kalmışsa varsa kısmi ödemeye ilişkin kaydın konulması dışında, hiçbir işlem yapılmadan ve 3167 sayılı Kanunu'nun 9. maddesi uygulanmaksızın hâmile geri verilir; üzerinde yazılı keşide tarihine kadar herhangi bir hukuki işleme de konu olamaz.

Hâmilin müracaat borçlularına karşı ihtiyati haciz hakkı saklıdır. Bu hâlde, tamamlayıcı merasim için geçerli süre çekin üzerinde yazılı keşide tarihine göre belirlenecek ibraz sürelerine uygun olarak yapılan ibrazdan itibaren işlemeye başlar.

5838 s.K'la TTK m. 711/III hükmünün yürürlükten kaldırılmasının ardından, keşideciler için de mahkemeye başvurup ödemedenden kararı almaktan başka bir yol kalmamıştır. TTK'nun 711/III. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının altında yatan gerekçelerden birisi olan hükmün yorum güçlüklerine ve tartışmalara yol açmış olduğu iddiası ile kanaatimizce hükme haksızlık edilmiştir. Uygulamada daha ziyade keşidecilerin, kendileri için ve özellikle de muhatap nezdinde çekin karşılığının bulunmadığı ve bulunma ihtimalinin de olmadığı anlarda, *ödemeden men talimatı ile ekonomik olarak nefes alabilme ve karşılıksız çek keşide etme suçunun oluşumunu engelleme gayesiyle* hükmü, amacının dışında kullandığı bir gerçektir. Ancak, bu durumda dahi meşru hâmilin haklarının zarar görmemesi için gerek müracaat haklarının kullanılabilmesi gerek ihtiyati haciz talep edebilmesi ve gerekse karşılıksız çek keşide etme suçunda şikâyet hakkının kullanılabilme-

si konularında, TTK'nın kaldırılan 711/III. maddesi hükmü, bugüne kadar ortaya atılmış soruların cevaplanmasına mani olmayan; iyi bir amaca hizmet eden hükümdü.

Ödemedenden men talimatı, tıpkı mahkemelerce hükmedilen ihtiyati tedbir ve ödeme yasağı kararlarında olduğu gibi karşılıksız çek keşidesi suçunda, şikâyet hakkının kullanılmasını ertelemekteydi (Çek Kanunu m. 16b/III). Bu yönde, ödemedenden men talimatını, hükmün uygulama alanında görmemek, *hükmün açık lafzına ve amacına aykırı hareket etmek yanında keşideciler aleyhinde eşitlik ilkesini ihlal etmek* demektir.

Öte yandan yine Çek Kanunu'nun 16b/III. maddesinde geçen *ihtiyati tedbir* terimine, iflasın ertelenmesi kararlarını da dâhil etmek mümkün gözükmemektedir. Burada temel gerekçe, yine aynı hükmün amacıdır. Şikâyet hakkının ertelenmesine neden olan temel durum, hâmillin meşruluk sıfatı üzerinde yaratılan şüphe dir. Oysa iflasın ertelenmesi kararları, çek hâmilinin meşruluk sıfatı üzerinde bir karşı iddiayı barındırmamaktadır. Dile getirilen haklı gerekçelere ve hatta zorunluluklara katılmakla beraber, bu yönde açık bir kanuni düzenlemeye gitmek kaçınılmazdır; aksi bir *contra legem* yorum olur.

KAYNAKLAR

- Aker, Yeşim, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı*, 2. Bası, İstanbul 2008.
- Akın, Murat Yusuf, *Türk Hukukunda Karşılıksız Çek*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları, Cilt 9, Sayı 1-3, 1995.
- Akyazan, Sıtkı, *Çekin Muhataba İbrazı Zorunluluğu ve Çekten Cayma*, 1972/4 *Batider*, C. VI.
- Araç, İbrahim/İBA, Şeref, *Türkiye'de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine*, 2003/3 *AÜHFD*, C. 58.
- Arkan, Sabih, 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hâmillerinin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan Değişiklikler, 2003/1 *Batider*, C. XXII.
- Atalay, Oğuz, *Borca Batıklık ve İflâsın Ertelemesi*, 2. Baskı, İzmir 2007.
- Bahtiyar, Mehmet, *İleri Tarihli Çekten Doğan Hukuku ve Cezai Sorumluluk*, *Makaleler I*, İstanbul 2008.
- Bayram, Erdin, Kanun Sistematiğinde "*Madde*", 2008/8 *Yasama Dergisi*.

- Bozer, Ali, *Tartışmalar, Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu*, Ankara, 12 Ocak 2002, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2002.
- ÇÖL, Hüseyin Cem, İleri Tarihli Çeke İlişkin Sorunlar, 2004/1 *AÜHFD*, C. 53.
- Dirikkan, Hanife, Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hâmillerinin Korunması Hakkında Kanun İle İcra İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Eleştirisi, 2002/1 *DEÜHFD* Cilt 4.
- Dirikkan, Hanife, *Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali*, Ankara, 1990 (Dirikkan, *İptal*).
- Doğanay, İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 2. Cilt, Madde 420-815, 4. Bası, İstanbul 2004.
- Domaniç, Hayri, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi-IV*, İstanbul 1990.
- Domaniç, Hayri, *3167 Sayılı Kanununun Değiştirilmesi Hakkında Tasarı ve Gerekçeleri*, 1990/34 MBD, (Domaniç, *Tasarı*).
- Edis, Seyfullah, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümler*, Ankara 1993.
- Er, Refik, Çekten Cayma ve Çekin Ödenmesinin Men'i, 1996/3 *YD*, C. 22.
- Erem, Faruk/Kalpsüz, Turgut/Çelebican, *Gürgan, İktisadi ve Hukuki Yönden Çek*, Genişletilmiş 2. Basım, Ankara 1974.
- Eriş, Gönen, *Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2004.
- Erman, Sahir, Karşılıksız Çek, Çek Hukukunda Gelişmeler Sempozyumu 18-19 Aralık 1981, (*Özel Sayı*), 1981/2 *Batider*, C. XI.
- Esener, *Turhan, Hukuk Başlangıcı*, 7 Baskı, 2004, İstanbul 2004.
- Esenkar, Burhanettin, *Çekin Ziyai ve Özellikle Çalınma Hali*, Ankara 2007.
- Gökçe, Teoman, İleri Keşide Tarihli Çeklerin Keşide Tarihinden Önce İbraz Edilmesine Bağlanacak Hukuki Sonuca İlişkin Düşünceler, 2002/11 *AdD*.
- Göle, Celal, *Çek Hukuku*, Ankara 1989.
- Göle, Celal, *Tartışmalar, Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu*, Ankara 12 Ocak 2002, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, An-

- kara 2002, (Göle, *Sempozyum*).
- Güleç Soyer, Sesim, *Borç için Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu*, Ankara 2007.
- Hacıoğlu Caner, Burhan, Son Yasal Değişiklikler Açısından Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçunun Soruşturma ve Kovuşturma Usulü, 2003/3-4 *AÜEHFD*, C. VII.
- Hacıoğlu Caner, Burhan, Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu Üzerine Bir İnceleme, 2003/1 *AÜEHFD*, C. VII, (Hacıoğlu, *İnceleme*).
- İnan, Nurkut, *Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk*, Ankara 1981.
- İnan, Nurkut, İstirdat Davasında İsbat Yükü-Çekin İktisadi Niteliği, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt V, Sayı 1, Şubat 1969, (İNAN, *Batider* 1969).
- İnan, Nurkut, Özel Hukukta Karşılıksız Çek, Çek Hukukunda Gelişmeler Sempozyumu 18-19 Aralık 1981, Aralık 1981 (Özel Sayı), 1981/2 *Batider*, C. XI, (İnan, *Batider* 1981).
- İpekçi, Nizam, *Açıklamalı İçtihatlı TTK Şerhi*, 3. Cilt, Ankara 2003
- Kalpsüz, Turgut, *Tartışmalar*, Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Ankara 12 Ocak 2002, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2002.
- Kalpsüz, Turgut, Çek Hukukuna İlişkin Bazı Meseleler Hakkında Yargıtay Kararlarının Tahlili, Çek Hukukunda Gelişmeler Sempozyumu 18-19 Aralık 1981, (Özel Sayı), 1981/2 *Batider*, C. XI, (Kalpsüz, *Meseleler*).
- Kalpsüz, Turgut, *Tartışmalar*, Çek Hukukunda Gelişmeler Sempozyumu 18-19 Aralık 1981, (Özel Sayı), 1981/2 *Batider*, C. XI, (Kalpsüz, *Batider* 1981).
- Karayalçın, Yaşar, 3167 Sayılı Kanunun Hazırlanması ve Uygulanması Hakkında Açıklamalar, Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Ankara 12 Ocak 2002, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2002, (Karayalçın, *Sempozyum*).
- Karayalçın, Yaşar, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'ın İleri Tarihli Çeklerle İlgili Görüşü, Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Ankara 12 Ocak 2002, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2002, ayrıca bkz. 1982/3 *Batider* C. XI, (Karayalçın, *Görüş*).

- Karayalçın, Yaşar, *Tartışmalar, Çek Hukukunda Gelişmeler Sempozyumu*, 18-19 Aralık 1981, (Özel Sayı), 1981/2, Batider, C. XI, S.2, (Karayalçın, *Batider* 1981).
- Karayalçın, Yaşar, *Ticaret Hukuku III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)*, 4. Baskı, Ankara 1970.
- Kaynar, İbrahim, *Çek Özellikle Vadeli Yazılan Çek Açısından Uygulamada Çıkan Sorunlar ve Soruları Tartışmaya Açan Sorular*, 1989/1 *İzBD*.
- Kendigelen, Abuzer, *Çek Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2007
- Kendigelen, Abuzer, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı (TK m. 711)*, *Makalelerim Cilt I*, 1986-2001, 2. Bası, İstanbul 2006 (Kendigelen, *Makalelerim*).
- Kocasakal, Ümit, 4814 Sayılı "Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"un Cezai Hükümleri Üzerine Düşünceler, 2003/1 *GalatasarayÜHFD*.
- Konuralp, Halûk, *Medenî Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*, *Tıpkı Basım*, Ankara, 2009.
- Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası*, Ankara, 2003.
- Malkoç, İsmail/Güler Mahmut, *Ceza Uygulamasında Çek Yasası ve Ticari Senetlerle İşlenen Suçlar*, Ankara, 1996.
- Moroğlu, Erdoğan, 3167 Sayılı Çek Kanunu'nda 4814 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler, *Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan*, Ankara 2004.
- Narbay, Şafak, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kıymetli Evrak Hukuku Kitabında Yapılan Düzenlemeler ve Değişiklik Önerilerimiz*, *Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan*, İzmir 2005.
- Narbay, Şafak, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı*, 2. Bası, İstanbul, 1999, (Narbay, *Ödeme Yasağı*).
- Narbay, Şafak, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Kıymetli Evrak Hukuku Kitabında Yapılan Düzenlemeler ve Değişiklik Önerilerimiz*, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar*, 13-14 Mayıs 2005, (Narbay, *Konferans*).
- Özekes, Muhammet, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Ankara, 1999.
- Özekes, Muhammet, *İflasın Ertelenmesi*, *Legal HD* 2005/33, (Özekes, *Erteleme*).

- Özsoy, Nevzat, Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu, (4814 Sayılı Yasanın Uygulama Açısından Değerlendirilmesi), 2003/14 *AdD*.
- Öztan, Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 1997.
- Öztürk, Sinan, *Çekte İbraz*, 2001/3 YD, C. 27.
- Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Bası, Ankara, 2008.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 16. Bası, İstanbul 2005.
- Postacıoğlu, İlhan E., Çekin İbrazı ve İlgili Bazı Problemler -13 Kasım 1974 Tarihli Hukuk Genel Kurul Kararı Münasebeti ile-, 1976/3 *Batider*, C. VIII.
- Pulaşlı, Hasan, Çek Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Yeni Çek Kanun Tasarılarının Getirdikleri, 1983/40 *TNBHD*.
- Reisoğlu, Seza, *Tartışmalar*, Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Ankara 12 Ocak 2002, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2002, (Reisoğlu, *Sempozyum*).
- Reisoğlu, Seza, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek*, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2003.
- Sayhan, İsmet, *Kambiyo Senetlerinde Mücerretlik İlkesi ve Bedel İlişkisi*, Ankara, 2006.
- Seven, Vural, Çek Keşidecisinin TTK m. 711/3'e Göre Verdiği Ödemeden Men Talimatının Hukukî Niteliği ve Ceza Kovuşturmasına Etkisi, 2007/70 *TBB D*.
- Seven, Vural, İflâsın Ertelenmesi Kararının Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçundan Doğan Şikayet Hakkına Etkisi, 2009/73 *Legal HD*, (Seven, *Erteleme*).
- Somer, Mehmet/(Kaboğlu, İbrahim/Centel, Nur), 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hâmillerinin Korunması Hakkındaki Kanunda Yapılan Değişikliklerin Anayasa, Ceza ve Ticaret Hukuku Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Uluslararası Çalışmalar Kulübü, İstanbul 2002.
- Şimşek, Edip, *Hukukta ve Cezada Ticari Senetler*, Ankara 1982.
- Tandoğan, Haluk, Sonraki Tarihli Çekler ve Uygulamada Ortaya Çıkarıldıkları Sorunlar, Çek Hukukunda Gelişmeler Sempozyumu, 18-19 Aralık 1981, (Özel Sayı), 1981/2, *Batider*, C. XI.
- Tekinalp, Ünal, "Çekle ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hâmillerinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Ka-

- nun Tasarısı"nın İleri Keşide Tarihli Çeklere İlişkin Sisteminin Değerlendirilmesi, Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Ankara 12 Ocak 2002, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2002, (Tekinalp, *Sempozyum*).
- Tekinalp, Ünal, İleri Keşide Tarihli (Vadeli) Çeklere İlişkin Bir Öneri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Yıl 19-20, S.1-2, 1999-2000.
- Tekinay, S. Selahattin/ Akman Sermet/ Burcuoğlu Halûk/ Altop Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Teoman, Ömer, *Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukukî Mütalâalar*, Kitap 5, 1992-1993, Ankara 1995.
- Türk, Ahmet, *Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası*, Ankara, 2006, (Türk, *Menfi Tespit*).
- Türk, Ahmet, *Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları (TTK m. 324)*, Ankara, 1999, (TÜRK, *Borca Batıklık*).
- Türk, Hikmet Sami, *Adalet Bakanı Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'ün 4 Ocak 2002 Günü İstanbul'da "Çek Hukukunun Genel Sorunları Sempozyumu"nda Yaptığı Açık Konuşması, Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu*, Ankara 12 Ocak 2002, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2002
- Oğuzman M. Kemal/ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul, 2005.
- Uyar, Talih, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 9, (İİK. 167-170b), 2. Baskı*, Ankara, 2008.
- Ülgen, Hüseyin/helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul 2008.
- Yasaman, Hamdi, *Çek, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu*, İstanbul 1997.
- Yeşilova, Ecehan, *Konişmentonun İspat Kuvveti*, İzmir, 2006.
- Yılmaz, Ejder, *Olağanüstü Durumlarda Borçlulara Süre Verilmesi ve İcra Takiplerinin Durdurulması, 1977/1, Batider, C. IX*.
- Yurddaşer, Selda Ormanlı, *İleri Tarihli (Postdate) Çek Ve Uygulamadaki Sorunlar, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/1, İstanbul*.
- Zevkliler Aydın/ Acabey Beşir/Gökyayla Emre, *Zevkliler Medeni Hukuk*, 6 Baskı, Ankara 2000.

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

Güneş OKUYUCU-ERGÜN*

I. GENEL OLARAK

Görevi kötüye kullanma suçu, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 2. kitabının "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" başlıklı 4. kısmının "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı 1. bölümünde yer almaktadır. Söz konusu suç, kanunun 257. maddesinde üç fıkra halinde düzenlenmektedir. Buna göre, "Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

İrtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükümlerine göre cezalandırılır."

Görüldüğü gibi, TCK'nın 257. maddesinde, görevi kötüye kullanma suçuyla ilgili olarak üç ayrı ipotez öngörülmüştür. Bunlar "görevin gereklerine aykırı hareket etme", "görevin gereklerini ihmâl veya geciktirme" ve "görevin yapılması için çıkar sağlama"dır.¹ Bu ipotezler esasen mülga TCK'nın 228. maddesinde düzenlenen "kişilere karşı keyfî ve sert mua-

* Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2008, s. 301.

mele", 240. maddesinde düzenlenen "görevi kötüye kullanma", 230. maddesinde düzenlenen "görevi ihmâl" ve 212. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen "basit rüşvet" suçlarının karşılığını oluşturmaktadır. Belirtmek gerekir ki görevin gereklerine aykırı hareket etme ve görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçlarının aynı maddede düzenlenmesi kabul edilebilir olsa da yapısı ve unsurları bakımından bu iki suç tipinden farklı bir nitelik taşıyan basit rüşvet suçunun, görevi kötüye kullanmanın bir türü olarak düzenlenmesi isabetli sayılmaz.²

Bu suçları öngörmekle, kamu görevinde disiplini sağlamak suretiyle kamu idaresinin düzenli bir biçimde işlemesi ve kamu görevlilerinin görevlerinin gereklerine uygun davranmalarının sağlanması amaçlanmaktadır.³ Dolayısıyla bu suçların hukukî konusu, kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir biçimde yerine getirilmesine ilişkin devlete ait menfaattir.⁴ Buna bağlı olarak, söz konusu suçun

² Bu konudaki eleştiriler için bkz. Hafızoğulları, Zeki/Güngör, Devrim, "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", *TBB*, yıl: 2007, sayı: 69, ss. 21-50, s. 37; Tezcan, Mahmut/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2008, s. 747; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2006, s. 751.

³ Erman, Sahir/Özek, Çetin, *Ceza Hukuku, Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1992, s. 208; Toroslu, *Özel Kısım*, s. 301; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 747-748.

⁴ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 301; Benussi, Carlo, *Trattato di diritto penale, Parte speciale, I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, vol. I, tomo I, Milano 2001, s. 559; Riccio, Stefano, "Abuso di ufficio", *Noviss. dig. it.*, vol. I, Torino 1957, 107-120, s. 109. İtalyan ceza hukukunda, tipik fiilin aynı zamanda özel kişilere de zarar verdiği hallerde söz konusu suçun, kamu idaresinin düzgün işlemesindeki devlete ait menfaatin yanı sıra, kamu görevlisinin belirtilen davranışına maruz kalan özel kişinin de menfaatine zarar verdiği, bu nedenle inceleme konusu suçun çift hukuki konulu olduğu ve burada korunan hukuki varlık veya menfaatin bir yandan kamu idaresinin düzenli ve düzgün işlemesindeki devlete ait menfaat, diğer yandan ise kamu görevlisinin gayrimeşru ve haksız davranışlarına karşı anayasal garanti altına alınan bireysel varlık veya menfaati olduğu savunulmaktadır (Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 560-561.). Ancak, bir suçun birden fazla hukuki varlık veya menfaati ihlal etmesi, onun birden fazla hukuki konusu olduğu anlamına gelmez. Birden fazla hukukî varlık veya menfaati ihlal eden suçlarda, bunlardan yalnızca biri suçun hukukî konusunu teşkil eder (Toroslu, Nevzat, "İftira Cürmünün Hukukî Konusu", *AÜHFD*, yıl: 1980, c. XXXVII, S. 1-4, s. 107-128, s. 110.). İşte, bir suçun muhtelif hukukî varlık ya da menfaati ihlal ettiği bu gibi hallerde, söz konusu suçun hukukî konusu, üstünlük ölçütüne göre belirlenir (Toroslu, "İftira Cürmünün Hukukî Konusu", s. 110; Toroslu, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu*, Ankara 1970, s. 288-289.). Bu belirlemeyi yapacak olan ise, kanunkoyucudur. Suçun hukukî konusu, ihlal ettiği muhtelif

pasif süjesi, belirtilen menfaatin sahibi olan devlettir ve suçtan zarar gören birey ise, suçun pasif süjesi değildir.⁵

Görevi kötüye kullanma suçu sadece kamu görevlisi tarafından yahut özel kanunlarda kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı öngörülen kimseler tarafından işlenebilen bir suçtur, yani özgül bir suçtur.⁶ Kimlerin kamu görevlisi olduğu ya da özel kanunlar uyarınca kamu görevlisi gibi cezalandırıldığı tartışılması bu çalışmanın kapsamını aşacağından burada sadece bazı belirlemeler yapmakla yetinilecektir.⁷ TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendi uyarınca kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir. Bu konuda uzun tartışmalara girmeden belirtmek gerekirse, kamusal faaliyet kavramı, mülga TCK zamanında uygulama ve öğretisi tarafından geliştirilmiş bulunan kamu görevi kavramı şeklinde anlaşılmalı ve devam edilmeli, dolayısıyla kamu görevlisi kavramı da mülga TCK dönemindeki memur kavramıyla örtüşür biçimde ele alınmalıdır.⁸ Buna göre, kamu hizmetiyle görevli kişiler bu kapsama dâhil değildir; bu nedenle bunlar, kanunda aksini bir hüküm bulunmadıkça, görevi

hukukî varlık veya menfaatlerden kanunkoyucunun değerlendirmesine göre daha önemli, daha karakteristik, daha uygun olandır ve bu şekilde kesin olarak tespit edildikten sonra, yorumcu bu seçimi kabul etmek ve suça ilişkin araştırma ve değerlendirmelerini bu seçim etrafında toplamak zorundadır. Kanunkoyucu, muhtelif hukuki varlık veya menfaati ihlal eden suçları, ihlal edilen hukuki varlık veya menfaatlerden hangisine üstünlük tanımışsa ona göre kanunun sistematüğinde bir yere oturtmuştur. Kanunkoyucu, görevi kötüye kullanma suçlarını, devlete karşı suçlar arasına yerleştirdiğine göre, bu suçların hukuki konusunu belirlerken devlete ait menfaate üstünlük tanımıştır. Bu suçlardan dolayı zarar gören kişiler ise, ancak suçtan zarar gören kişiler olarak anlaşılabilir ve buna bağlı olarak da sadece muhakeme hukuku yönünden bir takım haklara (örneğin, davaya katılma gibi) sahip olabilirler (Toroslu, "İftira Cürmünün Hukukî Konusu", s. 110.).

⁵ Pagliaro, Antonio, *Principi di diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano 1998, s. 232. Aksi yönde olmak üzere bkz. Bevilacqua, Benedetto, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, vol II, Milano 2003, s. 851; Riccio, "Abuso di ufficio", s. 109; Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 563.

⁶ Contieri, Enrico, "Abuso innominato di ufficio", *Enc. del dir.*, vol. I, Milano 1958, s. 187-191, s. 188.

⁷ Bu konuyla ilgili ayrıntılı inceleme ve değerlendirmeler için bkz. Okuyucu-Ergün, Güneş, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, Ankara 2008, s. 13 vd., özl. 30-44.

⁸ Okuyucu-Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 40.

kötüye kullanma suçunun faili olamazlar.⁹

Yukarıda da belirtildiği gibi, kimlerin kamu görevlisi olduğu TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde belirlenmiştir. Buna göre, kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir. TCK'nın 5. maddesinde ise, *bu kanunun genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı* öngörülmüştür. Bu hüküm, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun geçici 1. maddesi uyarınca 31.12.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kimi özel kanunlarda (örneğin, İcra ve İflas Kanunu, Tebligat Kanunu gibi) bazı kişilerin kamu görevlisi sayılacakları veya kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları öngörülmüştür. İşte bu kanunlarda 31.12.2008 tarihine kadar gerekli değişiklikler yapılmamışsa, kamu görevlisi sayılan veya kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı öngörülen kişiler, ancak gerçekleştirdikleri faaliyet kamusal faaliyet niteliğindeyse ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılacak ve kendilerine, kamu görevlisi sıfatına bağlanan sonuçlar uygulanmaya devam edilecektir.¹⁰ Böylece, bu kimseler, gerçekleştirdikleri faaliyet kamusal faaliyet niteliğinde olmadıkça, 31.12.2008 tarihinden itibaren görevi kötüye kullanma suçunu işleyemeyeceklerdir.¹¹

Kamu görevlisi olmayan kişiler, tek başlarına bu suçların faili olamazlarsa da söz konusu suçlara iştirak edebilirler. TCK'nın özgü suçlara iştiraki düzenleyen 40. maddesinin 2. fıkrasında, özgü suçlar bakımından ancak özel faillik niteliğini taşıyan kimselerin fail olabileceği, bu niteliği taşımayan kişilerin ise azmettiren veya yardım eden olarak iştirak eden sayılacaklarının öngörülmüş bulunması karşısında, kamu görevlisi niteliğine sahip olmayanlar, görevi kötüye kullanma suçuna ancak azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak edebileceklerdir.¹² Bununla beraber, belirtmek gerekir ki şahsen gerçekleştirilmesi gereken suçlar dışında, özgü suça ilişkin tipik davranışın mutlaka gerekli nitelikleri taşıyan kişi tarafından gerçekleştirilmesi

⁹ Aksi yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel*, s. 748.

¹⁰ Okuyucu-Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 43; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 739.

¹¹ Bkz. Okuyucu-Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 43.

¹² Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 768.

şart değildir. Gerçekten de zimmet gibi şahsen gerçekleştirilmesi gerekemeyen suçlarda tipik davranış, gerekli niteliği taşıyan kişiler tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, söz konusu niteliği taşımayan kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir.¹³ İşte tipik davranışın kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından gerçekleştirildiği özgü suçlarda, bu kişileri azmettiren veya sadece yardım eden olarak sorumlu tutmak, isabetli bir çözüm değildir.

Görevi kötüye kullanma, esasen tek failli bir suçtur ve davranışın muhatabının herhangi bir biçimde bu suça katılması şart değildir. Bununla beraber, suçun kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesinin, görevin kötüye kullanılması suretiyle kendisine haksız kazanç sağlanan kişiyle kamu görevlisi arasındaki anlaşmanın icrası niteliğinde olması veya kendisine haksız kazanç sağlanan kişinin suça azmettirme, suç kararını kuvvetlendirme ya da suçun işlenişini kolaylaştırma niteliği taşıyan faaliyetlerde bulunması hallerinde bu kişi, suça iştirak etmiş olacaktır.¹⁴ Ancak kendisine haksız kazanç sağlanan kişinin nedensel bir katkısı yoksa, hukuken bu sonucu önleme yükümlüğü bulunmadıkça, sadece kamu görevlisinin davranışının hukuka aykırı olduğunu bilmesi veya kendisine sağlanan haksız kazancı kabul etmesi, iştirak nedeniyle sorumlu tutulmasını gerektirmez.¹⁵

Kişinin gerçekte kamu görevlisi olmadığı halde, usulsüz bir biçimde ya da hileli yollarla kamu görevlisi gibi davranması halinde söz konusu kişi, koşulları varsa, dolandırıcılık ya da başka suçlardan sorumlu olabilir de görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olamaz.¹⁶

257. madde kapsamında yer alan fiili gerçekleştirdiği sırada kamu görevlisi sıfatına sahip olmak kaydıyla, failin sonradan bu sıfatını kaybetmesi, örneğin istifa etmesi, emekliye ayrılması, kendisine görevden el çektilmesi 257. maddenin uygulanmasını engellemez.¹⁷

¹³ Okuyucu-Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 133.

¹⁴ Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 626; Pagliaro, *Parte speciale*, s. 261; Segreto, Antonio/De Luca, Gaetano, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano 1999, s. 485.

¹⁵ Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 626; Pagliaro, *Parte speciale*, s. 261-262; Segreto/De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali*, s. 485.

¹⁶ Aynı yönde bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 764.

¹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 764.

II. GÖREVİN GEREKLERİNE AYKIRI HAREKET ETME SUÇU

1. Genel Olarak

TCK'nın 257. maddesinde görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin olarak öngörülen üç ipotezden birincisi, görevin gereklerine aykırı hareket etme suçudur. Söz konusu maddenin 1. fıkrasında düzenlenen görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu, kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız kazanç sağlaması suretiyle gerçekleşmektedir.

Burada genel ve tamamlayıcı nitelikte bir suç söz konusudur.¹⁸ Bu nedenle, 257. maddenin 1. fıkrası hükmünün uygulanabilmesi için görevin gereklerine aykırı hareket etmek, özel bir hükümle başka bir suç olarak düzenlenmemiş olmalıdır.¹⁹

Öğretide, bu suçtan söz edilebilmesi için, fiilin başka bir suçta vücut vermemesinin ön şart olduğu savunulmuşsa da esasen bu, normlar çatışmasına ilişkin bir düzenleme niteliğindedir.²⁰ Görevin gereklerine aykırı hareket etmek, ayrıca özel bir düzenlemenin konusu yapılmışsa, orada belirlenen cezanın daha ağır ya da daha hafif olmasına bakılmaksızın fail, özel hükme göre cezalandırılacaktır.²¹ Zira görevin gereklerine aykırı hareket etmeyi özel olarak düzenleyen hükümde belirlenen cezanın 257. maddenin 1. fıkrasında belirlenenden daha hafif olduğu hallerde daha ağır ceza öngören 257. maddenin uygulanabilmesi için, İtalyan Ceza Kanunu'nda (İCK) olduğu gibi, maddede bu yönde açık bir şart yer alması gerekirdi. Nitekim İCK'nın 323. maddesinde, daha ağır bir suçta vücut vermedikçe fiilin 323. maddeye göre cezalandırılacağı açıkça öngörülmüştür.

¹⁸ Riccio, "Abuso di ufficio", s. 108; Antolisei, Francesco, *Manuale di diritto penale, parte speciale, II*, Milano 1997, s. 323.

¹⁹ Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 129-130.

²⁰ Antolisei, *Par. spec., II*, s. 323.

²¹ Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 130; Toroslu, *Özel Kısım*, s. 302.

2. Maddi Unsur

A. Kamu Görevlisinin Yaptığı İş veya Fiilin Görevi ile İlgili Olması

Görevin gereklerine aykırı hareket etme suçundan bahsedebilmek için öncelikle kamu görevlisinin yaptığı iş veya fiil görevi ile ilgili olmalıdır.²² Gerçekten de ortada kamu görevlisinin görevine giren bir iş veya fiil bulunmalıdır ki görevin kötüye kullanılması söz konusu olabilsin. Olmayan bir şeyin iyiye ya da kötüye kullanılması söz konusu olamayacağından, görev kapsamında yer almayan bir iş veya fiilin gerçekleştirilmesi bu suça vücut vermez.²³ Dolayısıyla, kamu gö-

²² Toroslu, *Özel Kısım*, s. 302; Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 131, 209-210; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 755; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 748-749. İCK'nın 323. maddesinde "görevin icrasında" ibaresi kullanılmaktadır. Söz konusu ibareye dayanan İtalyan yazarlar, böylece kamu ajanının, yürüttüğü faaliyetten herhangi bir biçimde yararlanmak veya sıfatını yahut pozisyonunu kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirilebileceği ihlallerin bu madde kapsamı dışında kalacağını belirtmektedirler (bkz. Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 566).

Öğretide bu unsurun önşart niteliğinde olduğu savunulmuşsa da (Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 157; Bevilacqua, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 854.) bu suçta davranış, görevin gereklerine aykırı hareket etmekten ibaret bulunduğundan söz konusu görüşe katılmamaktayız. Bilindiği gibi, davranışın ön şartları, davranışa öngelen, suçun gerçekleşmesi için bulunması zorunlu olan hukukî ya da fiilî durumlardır (Mantovani, Ferrando, *Diritto penale, parte generale*, 2001 Padova, s. 140.). Gerçekten de belirli suçların gerçekleşebilmesi için kanun ya da doğa kuralları öncelikle belirli unsurların bulunmasını gerektirebilir (Mantovani, *Par. gen.*, s. 140.). Bunlar, kanunun öngördüğü suç fiiline yabancı olmayan, ancak failin davranışından bağımsız unsurlar olup ilgili oldukları suçun yapısına dâhildirler; dolayısıyla suçun aslî unsurlarındandır (Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2008, s. 110.). Bu unsurların bulunmaması halinde ceza normunun ihlâl edildiğinden ve ilgili suçun gerçekleştiğinden bahsedilemez (Toroslu, *Genel Kısım*, s. 110.). Örneğin, çocuk düşürme suçu yönünden kadının gebe olması, birden çok evlilik suçu yönünden daha önceden bir evlilik yapılmış olması, hırsızlık suçu yönünden şeyin başkasına ait olması, güveni kötüye kullanma suçu yönünden failin şeye zilyet olması davranışın ön şartı niteliğindedir (Toroslu, *Genel Kısım*, s. 110; Mantovani, *Par. gen.*, s. 141.). Davranışın ön şartı şeklindeki kategori özellikle manevî unsur bakımından önem taşımaktadır. Bunlar da kastın konusu olmakla birlikte failin davranışından bağımsız olduklarından fail tarafından sadece bilinebilirler, ancak istenemezler (Mantovani, *Par. gen.*, s. 141.). Tüm bu söylenenler ışığında, davranışın dışında bulunmayıp davranışa dâhil olan kamu görevlisinin görevine giren bir işin bulunması unsurunun, davranışın ön şartı olarak kabul edilemeyeceği ortaya çıkmaktadır.

²³ İCK'ya ilişkin olmak üzere görevi kötüye kullanma suçunun maddî unsurunun gerçekleştiğinden bahsedebilmek için kötüye kullanmanın, kamu görevlisi tara-

revlisinin görevli olmadığı bir işi yapması halinde, TCK'nın 262. maddesinde öngörülen kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçü söz konusu olabilirse de inceleme konusu suç gerçekleşmeyecektir.²⁴ Demek ki kamu görevlisi olmak, her zaman yapılan işle görevli olma koşulunu sağlamadığına göre, her somut olayda kamu görevlisinin yaptığı işin görevine giren bir iş veya fiil olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.²⁵

Takdir yetkisinin kötüye kullanılması da inceleme konusu suçü vücut verebilir. Takdir yetkisinin kamu yararı gözetilerek değil, özel yarar gözetilerek kullanılması halinde görevin gereklerine aykırılık söz konusu olacaktır.²⁶ Buna göre, kamu görevlisinin kendisine tanınan takdir yetkisini, bu yetkinin tanınmasındaki amaç dışında başka amaçlarla, örneğin intikam almak, kişisel üstünlüğünü ispatlamak gibi amaçlarla kötüye kullanması halinde de, diğer unsurlar da gerçekleşmişse, görevi kötüye kullanma suçunun varlığı kabul edilmelidir.²⁷

fından, kendisine tanınan yetkinin görevin doğası dışında başka amaçlarla kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerektiği; dolayısıyla kamu görevlisinin tamamen görevinin icrası kapsamı dışında hareket ettiği hallerde bu suçun gerçekleşmeyeceği hakkında bkz. Cass. pen., sez. II, 2 marzo 2006, n. 7600 (Alibrandi, Luigi, *Il codice penale, Aggiornato con tutte le ultime novità normative*, Piacenza 2007, s. 827.).

²⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 755; Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 131.

²⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 755.

²⁶ Riccio, "Abuso di ufficio", s. 110.

²⁷ Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 212. İtalyan ceza hukukunda, takdiri bir işlem söz konusu olduğunda, bu işlemin kamu görevlisi tarafından, kanunda öngörülen amaçlardan birine ulaşmak için, yani kendisine veya başkasına maddi olmayan haksız bir "avantaj" sağlamak amacıyla ya da başkasını haksız bir zarara uğratmak için gerçekleştirilmiş olması halinde hukuka aykırı olacağı savunulmuştur (bkz. Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 326, dn. 160). İtalyan Ceza Kanunu'nun görevin kötüye kullanılması suçunu öngören 323. maddesinin 1997 tarihinden önceki haline dayanarak yapılan bu belirleme, maddenin belirtilen hali için doğru olsa da TCK'nın 257. maddesinin 1. fıkrası bakımından geçerli sayılmaz. Nitekim İCK'nın 323. maddesi, 1997 yılında yapılan değişiklikten önce şu şekildeydi: "Kendisine veya başkasına maddi olmayan haksız bir "avantaj" sağlamak amacıyla ya da başkasını haksız bir zarara uğratmak için görevini kötüye kullanan kamu görevlisi yahut kamu hizmetiyle görevli kimse, fiil daha ağır bir suç oluşturmadığı takdirde, iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır." Ancak, burada failin belirli amaçlara ulaşmak için hareket etmesi, başka bir deyişle özel kast arandığından, gerçekten de kamu görevlisinin, kendisine tanınan takdir yetkisini söz konusu amaçlara ulaşmak için kullanması, görevi kötüye kullanma sayılabilecekti. Buna karşın, aşağıda da belirtildiği gibi, TCK'nın 257. maddesinin 1. fıkrasında, failin belirli amaçlara ulaşmak için hareket etmesi, yani özel kast aranmadığından söz konusu belirleme Türk ceza hukuku bakımın-

B. Kamu Görevlisinin Fiilinin veya Yaptığı İşin Görevinin Gereklerine Aykırılık Oluşturması

Kamu görevlisinin yaptığı işin veya fiilinin görevi ile ilgili olmasından başka, aynı zamanda görevinin gereklerine aykırılık oluşturması da gerekir.²⁸ Ceza hukuku anlamında görevin gereklerine aykırılık, kamu görevlisine kamunun yararına kullanması için verilen yetkinin, kamu görevlisi tarafından göreviyle ve kamunun yararına olarak değil, özel menfaat güdülerek kötüye kullanılmasıdır.²⁹ Ancak, yetkinin hukuka ve görevin gereklerine uygun bir kullanımı niteliğinde olan hareketler, özel bir menfaat güdülerek yapılmış olsalar bile inceleme konusu suçu oluşturmazlar.³⁰ Hareket, yapıldığı anda hukuka ve görevin gereklerine uygunsa, sonradan hukuka aykırı hale gelmiş olsa bile görevin gereklerine aykırılık suçundan bahsedilemez.³¹ Buna karşın yetkinin, bunun tanınmasındaki amaç dışında veya kullanılması gereken sınırlar aşılmak suretiyle kullanılması hallerinde, görevin gereklerine aykırılık söz konusu olacaktır.³²

Kamu görevlisinin görevinin neden ibaret olduğu ve bu görevin gerekleri, kanunla, idarî düzenlemelerle veya idarî usul veya gelenekle belirlenir.³³ Hatta bu nedenle, görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunu düzenleyen norm, “açık ceza normu” olarak da değerlendirilmektedir.³⁴ Dolayısıyla, kamu görevlisinin normlara veya öngörülen formalitelere yahut kendisine verilen talimatlara aykırı davranması ve göreviyle ilgili olarak kendisine verilen yetkileri verilmiş amacı dışında bir amaç için kullanması halinde, görevin gereklerine

dan geçerli sayılmaz.

²⁸ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 302.

²⁹ Riccio, “Abuso di ufficio”, s. 109.

³⁰ Riccio, “Abuso di ufficio”, s. 109.

³¹ Riccio, “Abuso di ufficio”, s. 110.

³² Riccio, “Abuso di ufficio”, s. 109.

³³ Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 158; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 756.

³⁴ Riccio, “Abuso di ufficio”, s. 109. Antolisei ise, İCK’ya ilişkin olmak üzere, söz konusu normun tipiklikten uzak ve belirsiz olması, normda yer alan emrin açıklanmaya ihtiyaç göstermesi gibi nedenlerle söz konusu normun, açık ceza normu olmanın ötesinde, açık yapılı norm (“norma a struttura aperta”) olduğunu savunmaktadır (bkz. Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 325-326, dn. 159.). Aksi yönde bkz. Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 365.

aykırılık unsuru gerçekleşmiş olacaktır.³⁵

Görüldüğü gibi, burada icrai, yani hareketle işlenebilen bir suç söz konusudur. Zira inceleme konusu suç, kamu görevlisinin kanunlara, idarî düzenlemelere veya talimatlara, bir başka deyişle, görevin gereklerine aykırı bir harekette bulunmasıyla gerçekleşmektedir.³⁶ Ancak, bu hareketin ne surette gerçekleştirildiği, yani modalitesi önem taşımaz. Başka bir deyişle, görevin gereklerine aykırılık suçunu oluşturacak hareket, belirtilen şartları taşımak ve kanunda öngörülen sonuçları doğurmak şartıyla, her şekilde gerçekleştirilebilir.³⁷ Örneğin, bir devlet hastanesinde radyoloji uzmanı olan kişinin, hastanenin yetkili olduğu servisinde evvelce 20 hasta kabulü yaparken, hasta sayısını beşe indirerek, diğer hastaları kendisine ait özel görüntüleme merkezine yönlendirmesi;³⁸ bir kamu idaresinde çalışan kamu görevlilerinin verdikleri ihale gününün tatile rastladığını anlamaları üzerine bu tarihi değiştirmelerinden sonra, bu değişikliği yasaya uygun biçimde üçüncü kişilere duyurmayarak çoğulcu katılımı sağlamadan ihale satış işlemlerini gerçekleştirmeleri,³⁹ bir kamu idaresinde lojman tahsis komisyonu başkanı olan kamu görevlisinin görev tahsisli verilmesi gereken bir lojmanı sıra tahsisli olarak vermesi veya kamu konutları yönergesine aykırı olarak, lojmanın daha yüksek puanlı kimselere tahsis edilmesi gerekirken puanı düşük bir kimseye tahsis edilmesi,⁴⁰ belediye başkanı olan failin, görevinin gereklerine aykırı biçimde ihale yapmadan dükkan kiralaması⁴¹ hallerinde görevin gereklerine aykırılık söz konusudur.

³⁵ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 303; Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 324-325.

³⁶ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 303.

³⁷ İtalyan Hukukuna ilişkin olmak üzere bkz. Riccio, "Abuso di ufficio", s. 110.

³⁸ Yargıtay 4. CD. E. 2004/7672, K. 2006/8125, T. 21.3.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

³⁹ Yargıtay 4. CD. E. 2005/12930, K. 2007/1426, T. 12.2.2007 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁴⁰ YCGK, E. 2005/4-50, K. 2005/86, T. 28.06.2005 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁴¹ Yargıtay 4. CD. E. 2007/1258, K. 2007/2323, T. 12.3.2007 (Kazancı içtihat veri tabanı). Bir inşaat işinin ihaleyle yüklenici firmaya verildikten sonra % 248 proje artışına ihalesiz onay vermek şeklindeki olayda (Yargıtay 4. CD. E. 2004/3185, K. 2006/9382, T. 12.4.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı)) da aynı şekilde düşünülmelidir.

C. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklere Aykırı Hareketinin Bir Kamu Zararı veya Kişiler Yönünden Mağduriyet ya da Haksız Kazanç Doğurması

Mülga TCK döneminde sırf davranış suçu olarak düzenlenen görevin gereklere aykırı hareket etme suçu, kamu görevlisinin görevinin gereklere aykırı hareket etmesiyle gerçekleşmekte, dolayısıyla suçun varlığından söz edilebilmesi için herhangi bir sonucun, örneğin bir zararın, kazancın ya da mağduriyetin doğması aranmamaktaydı. Oysa görevi kötüye kullanma suçu, yürürlükteki TCK'da sonuçlu bir suç olarak düzenlenmiştir.

Buna göre, söz konusu suçun varlığından söz edebilmek için kamu görevlisinin görevinin gereklere aykırı bir harekette bulunması yeterli değildir. Ayrıca, bu hareketin kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmuş ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması da şarttır.⁴²

Öğretide objektif cezalandırılabilme şartı olarak da değerlendirilmesine karşın,⁴³ kanunda sayılan bu unsurlar, suçun sonucu niteliğindedirler. Zira cezalandırılabilme şartı, bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş bir suçtan sonra söz konusu olan, devletin cezalandırma yetkisini kullanabilmesinin ve cezanın uygulanabilmesinin geleceğe ilişkin, kesin olmayan ve suçu oluşturan fiilin dışında kalan bir olaya bağlanmasıdır.⁴⁴ Dolayısıyla, suçun gerçekleşip gerçekleşmemesi bakımından etkili değildir. Oysa görevin gereklere aykırı davranış suçu bakımından kanunda aranan söz konusu davranışın kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmuş ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması kanunî tipe yabancı, kanunî tipin dışında bir unsur olmayıp bizzat suçun kurucu unsurlarındandır.⁴⁵ Çünkü belirtilen sonuçlardan biri doğmadıkça, görevin gereklere aykırı davran-

⁴² Aynı yönde bkz. YCGK E. 2007/11-59, K. 2007/105, T. 1.5.2007 (Kazancı içtihat veri tabanı); YCGK E. 2005/4-28, K. 2005/66, T. 14.6.2005 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁴³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükmeler*, s. 758.

⁴⁴ Toroslu, Nevzat, "Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları", *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, İstanbul 2008, s. 705-709, s. 706-707; Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2008, s. 45; Keyman, Selahattin, "Tipiklik ve Ceza Hukuku", *AÜHFHD*, yıl: 1980, c. 37, sy. 1-4, ss. 59-106, s. 96; Antolisei, Francesco, *Parte generale*, s. 750-754; Okuyucu-Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 185-191.

⁴⁵ Suçun kurucu unsurları hakkında bkz. Toroslu, *Genel Kısım*, s. 105-106.

ma suçu gerçekleşmiş sayılmayacaktır. Dolayısıyla, burada sayılanlar teknik anlamda “sonuç” niteliğindedirler.⁴⁶

Görevi kötüye kullanma suçundan söz edebilmek için kanunda belirtilen bu üç sonuçtan en az birinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketi nedeniyle bu sonuçlardan birkaçının ya da tümünün gerçekleşmiş olması halinde de fail, tek bir görevin gereklerine aykırı hareket etme suçundan sorumlu tutulacaktır.

Kanunda aranan bu sonuçların kamu görevlisinin davranışından kaynaklanması; daha açık bir ifadeyle kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışı ile belirtilen sonuçlar arasında nedensellik bağı bulunması gerekir.⁴⁷

a. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklerine Aykırı Hareketinin Kişilerin Mağduriyetine Neden Olması

Buradaki mağduriyet kavramının kapsamı, sadece ekonomik zararlarla sınırlı değildir.⁴⁸ Ekonomik zarardan daha geniş olmak üzere, kişilerin herhangi bir hak veya çıkarının⁴⁹ örneğin medenî, siyasî veya sosyal haklarının ihlâlî suretiyle⁵⁰ herhangi bir biçimde mağduriyetine neden olunması yeterlidir. Ancak, sınırları bu derece belirsiz olan bir suçun gerçekleşmesi için aranan sonucun da son derece geniş kapsamlı bir kavram olan “mağduriyet” kavramıyla ifade edilmesi, suçun kapsamını daha da belirsizleştirmektedir.

⁴⁶ Teknik anlamda sonuç, (doğalcı anlayışa uygun olarak ele alındığında) insan davranışının dış dünyada meydana getirdiği ve hukuk düzeninin cezai sonuçlar bağlamak suretiyle nazara aldığı, yani kanun tarafından suçun kurucu unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olarak öngörülen doğal değişikliklerdir (Toroslu, *Genel Kısım*, s. 121; Mantovani, *Par. gen.*, s. 142.).

⁴⁷ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 754.

⁴⁸ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 303; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 750. Aynı yönde bkz. YCGK E. 2006/4-196, K. 2006/204, T. 3.10.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁴⁹ YCGK E. 2007/4-88, K. 2007/94, T. 17.4.2007 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁵⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 758.

b. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklere Aykırı Hareketinin Kamu Zararına Neden Olması

Kamu zararı ibaresi de oldukça belirsiz ve geniş bir terimdir. Kamu görevlisinin görevinin gereklere aykırı davranışı hemen her durumda kamunun bir zararına yol açar. Nitekim burada aranan kamu idaresinin bir zararı değil, kapsamı bundan daha geniş olmak üzere, kamunun bir zararıdır. Kaldı ki maddede kamu idaresinin bir zararı aranmış olsaydı da sorun çözümlenmiş olmayacaktı. Zira kamu görevlisinin görevinin gereklere aykırı davranması, her durumda, kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir biçimde yerine getirilmesine ilişkin devlete ait menfaate aykırılık teşkil etmek suretiyle, kamu idaresinin zararını ifade edecekti. Burada aranan zararın, malvarlığına ilişkin olma kaydına bağlanmaksızın, son derece geniş bir kavram olan kamu zararı kavramıyla ifade edilmiş olması da ayrıca eleştirilmiştir. Tüm bu eleştiriler ışığında belirtmek gerekir ki burada aranan zarar, malvarlığına ait bir zarar olarak değerlendirilmelidir.⁵¹ Gerçekten de buradaki zararın somut bir zarar olarak anlaşılıp değerlendirilmesi zorunludur. Çünkü kamunun malvarlığına ilişkin olmayan, yani manevi nitelikteki zararlarını tespit etmek hem çok güçtür hem de kamu görevlisinin görevinin gereklere aykırı davrandığı her durumda kamunun böyle bir zararı varsayılacaktır. Bu da kanunun, görevin gereklere aykırı davranışın suç teşkil etmesini, kamunun zararına neden olmaya bağlaması ile bağdaşmayacaktır. Nitekim İCK'nın 323. maddesi de görevi kötüye kullanma suçunun gerçekleşmesi bakımından görevi kötüye kullanma davranışıyla amaçlanan avantajın malvarlığına ilişkin olmasını ararken zarar bakımından böyle bir kayıt içermemesi bakımından eleştirilmektedir.⁵²

c. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklere Aykırı Hareketinin Kişilere Haksız Kazanç Sağlaması

Görevin gereklere aykırı hareket etme suçunun tamamlanması için gerçekleşmesi gereken sonuçlardan biri de kişilere haksız kazanç sağlanmasıdır. Kişilere *kazanç* sağlanmış olması değil, ancak *haksız ka-*

⁵¹ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 753-754; YCGK E. 2007/4-88, K. 2007/94, T. 17.4.2007 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁵² Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 557.

zanç sağlanmış olması, inceleme konusu suçu oluşturmaya elverişli bir sonuçtur. Bu nedenle, buradaki "haksız" kavramının anlamı üzerinde durulmalıdır. Yargıtay haksız kazanç kavramını, kişinin bir husustan yararlanmaya hakkı olmadığı halde yararlandırılması suretiyle sağladığı kazanç şeklinde anlamaktadır.⁵³ Buradaki haksızlık deyimi, her şeyden önce görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilere sağlanan kazancın hukuka aykırı olmasını ifade eder.⁵⁴ Kamu görevlisinin görevini kötüye kullanarak sağladığı bir kazancın hukuka uygun yani haklı bir kazanç olamayacağı düşüncesinin her zaman doğru olmayacağı;⁵⁵ söz konusu kazancın sadece hukuka aykırı olarak sağlanmasının yeterli olmadığı, ayrıca kazancın bizatihi kendisinin de hukuka aykırı, başka bir deyişle haksız olmasının gerektiği;⁵⁶ kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketi sonucu kişilere hukuka uygun bir kazanç sağlanmışsa, inceleme konusu suçun gerçekleşmiş sayılmayacağı⁵⁷ savunulmuş olmasına karşın, söz konusu görüş isabetli sayılmaz. Zira kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle kişilere sağladığı bir kazancın hukuka uygun, yani haklı bir kazanç sayılması düşünülemez. Örneğin, bir icra memurunun, ilgili kuralları hiçe sayarak A'nın B'den olan alacağını tahsil etmesi durumunda, gerçekten de tahsil edilen alacak A'nın B'den alacağı olsa bile, buradaki kazancın haklı, hukuka uygun bir kazanç olduğu ve burada görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunun gerçekleşmediği iddia edilemez.

Buradaki haksızlık, kamu görevlisinin veya kendisine kazanç sağlanan kişinin değerlendirmesine göre değil, konuya ilişkin objektif düzenlemelere göre belirlenecektir.⁵⁸ Görevin gereklerine uygun hareket edilmiş olmak kaydıyla, kamu görevlisi ile özel kişi arasındaki dostluk veya düşmanlık kazancın haksız sayılması için yeterli değildir.⁵⁹

⁵³ Bkz. YCGK E. 2007/4-88, K. 2007/94, T. 17.4.2007 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁵⁴ Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 610-613.

⁵⁵ Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. I, Bologna 2001, s. 239.

⁵⁶ Segreto/De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali* s. 534; Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 610-611.

⁵⁷ Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 611.

⁵⁸ Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 611.

⁵⁹ Fiandaca/Musco, *Par. spec., I*, s. 239-240; Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 611-612.

D. Suçun Tamamlanma Anı

İnceleme konusu suç, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı bir harekette bulunduğu anda değil, söz konusu hareketten dolayı kişiler yönünden bir mağduriyetin veya kamu zararının doğduğu ya da kişilere haksız bir kazanç sağlandığı anda tamamlanır.⁶⁰ Bu andan önce teşebbüs hükümleri gündeme gelebilirse de suçun tamamlanmış hali söz konusu olmaz. Dolayısıyla bu suça teşebbüs mümkündür.⁶¹

E. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Bulunmaması

Tüm suçlarda olduğu gibi, görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunda da suçun gerçekleştiğinden bahsedebilmek için, fiilin hukuka aykırı olması, yani olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekir. Aksi halde fiil hukuka uygun sayılacak, dolayısıyla ortada bir suç olmayacaktır. Zira hukuka uygunluk nedenleri, kural olarak ceza kanunları tarafından yasaklanan bir fiilin işlenmesine yetki veren veya işlenmesini emreden bir normun varlığı nedeniyle suç sayılmasını engelleyen hallerdir.⁶²

Görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu bakımından özellikle, amirin emrinden kaynaklanan görevin yerine getirilmesi (amirin emrini ifa) ve mağdurun rızası şeklindeki hukuka uygunluk nedenleri önem taşımaktadır.

a. Amirin Emrinden Kaynaklanan Görevin Yerine Getirilmesi

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketinin amirinin emrinden kaynaklanması, söz konusu fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Zira bilindiği gibi, Anayasa'nın 137. maddesinin 2. fı-

⁶⁰ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 304. Görevi kötüye kullanma suçunun gerçekleşmiş sayılması için kamu görevlisinin kendisine veya bir başkasına, malvarlığına ilişkin haksız bir avantaj sağlamasını veya başkalarının haksız bir zarara uğramasına neden olmasını arayan İtalyan Ceza Kanununa ilişkin olmak üzere bkz. Cass. pen., sez. VI, 4 guigno 1998, n. 6561 (Alibrandi: *Il codice penale*, s. 826.).

⁶¹ Kanunda sayılan sonuçların suçun sonucu değil, cezalandırılabilme şartı olduğunu savunan yazarlar, bu görüşlerine paralel olarak bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını savunmaktadırlar (Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 767).

⁶² Antolisei, *Par. gen.*, s. 266; Toroslu, *Genel Kısım*, s. 136.

rası ile TCK'nın 24. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, konusu suç teşkil eden emirler hiçbir surette yerine getirilmez; aksi takdirde hem emri veren hem de emri yerine getiren sorumlu olur. Bu nedenle, kamu görevlisinin, amirinin emrine dayanarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi halinde, hem emri veren amir hem de emri yerine getiren kamu görevlisi, görevin gereklerine aykırı hareket etme suçundan dolayı sorumlu tutulacaklardır.⁶³ Ancak, Anayasa'nın 137. maddesinin 3. fıkrası ve TCK'nın 24. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, bağlayıcı gayrimeşru emirler bu durumun istisnasıdır. Daha çok askerlik ve kolluk hizmetleri alanında rastlanan bağlayıcı gayrimeşru emirler, kanunun, emrin içeriğinin meşruluğu üzerinde herhangi bir araştırma yapılmasına rıza göstermediği hallerde söz konusu olur ve bu gibi hallerde sadece emri veren sorumludur.⁶⁴

Bir mahkeme kararının yerine getirilmemesinin emredilmesi halinde de ortada konusu suç teşkil eden bir emir bulunacağından hem bu emri veren hem de bu emri yerine getiren sorumlu tutulacaktır.⁶⁵

Belirtmek gerekir ki sadece hukuka aykırı bir emrin verilmesi, söz konusu emir memur tarafından yerine getirilmedikçe, başlı başına görevin gereklerine aykırılık suçunu oluşturmaz. Hukuka aykırı emrin verilmesinin görevin gereklerine aykırılık suçunu oluşturabilmesi için, bu emre dayanarak bir kamu görevlisinin görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunu gerçekleştirmesi şarttır.⁶⁶

b. Mağdurun Rızası

Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı hareket ettiği hallerde bu davranışa maruz kalan kişilerin buna karşı gelmemeleri, yani rıza göstermeleri, mağdurun rızası şeklindeki hukuka uygunluk nedenini oluşturmaz.⁶⁷ Zira her şeyden önce, burada kamu idaresine karşı bir suç söz konusu olup suçun mağduru kamu görevlisinin davranışı-

⁶³ Aynı doğrultuda olmak üzere bkz. Danıştay 1. Daire, E. 2005/1377, K. 2006/83, T. 24.01.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁶⁴ Toroslu, *Genel Kısım*, s. 140-141.

⁶⁵ Aynı yönde bkz. Danıştay 1. Daire, E. 2005/1377, K. 2006/83, T. 24.1.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁶⁶ Riccio, "Abuso di ufficio", s. 110.

⁶⁷ Riccio, "Abuso di ufficio", s. 110.

na maruz kalan kişi değil, devlettir.⁶⁸ Dolayısıyla, bu kişinin belirtilen davranışlara gösterdiği rızanın hukukî açıdan bir değeri yoktur. Kaldı ki kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışlarına karşı tepki göstermemek, her zaman gerçek anlamda bir rızanın bulunduğu şeklinde yorumlanamaz.⁶⁹

3. Manevi Unsur

A. Kast

Görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu ancak kastla işlenmişse cezalandırılır. Dolayısıyla, taksirli şeklinin cezalandırılması mümkün değildir. Buna göre, kamu görevlisinin taksirli davranışlarıyla söz konusu fiili gerçekleştirilmesi, disiplin sorumluluğunu yahut medenî sorumluluğu gerektirse bile, ceza hukuku bakımından görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunu oluşturmaz. Buradaki kast, doğrudan kast biçiminde olabileceği gibi, dolaylı kast şeklinde de olabilir. Örneğin, kamu görevlisinin, görevin gereklerine aykırı hareket ederken, bundan doğacak sonuçları (kamu zararı, kişiler bakımından haksız kazanç, mağduriyet) sadece öngörmüş olması durumunda olduğu gibi.

Genel kast kuralları uyarınca, failin suçun kurucu unsurlarını bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekir. Daha açık bir ifadeyle fail, kamu görevlisi olduğunu, yaptığı hareketin görevinin gereklerine aykırılık oluşturduğunu bilmeli, ayrıca kişilerin mağduriyetine veya kamu zararına neden olmak ya da kişilere haksız kazanç sağlamak bilinç ve iradesine de sahip bulunmalıdır.⁷⁰ Dolayısıyla, hareketinin görevi ile ilgili olmadığı veya görevinin sınırları içinde kaldığı veya

⁶⁸ Contieri, "Abuso di ufficio", s. 187.

⁶⁹ Bu nedenle, silah ruhsatı alma isteminde bulunanların bir kısmına kamu kurumlarının ortağı olduğu Zonguldak Gelişim AŞ'ye gönüllü borç para vermelerinin önerilmesi karşısında başvuru sahiplerinden hiç kimsenin şikâyetçi olmadığı, söz konusu işlemlerin gönüllü olarak gerçekleştirildiği gerekçesiyle bu işlemleri rıza ile gerçekleştirilmiş kabul eden Yargıtay kararı isabetli sayılmaz (YCGK, E. 2005/4-118, K. 2006/9, T. 31.1.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı)).

⁷⁰ Kanunda sayılan sonuçların suçun sonucu değil, cezalandırılabilme şartı olduğunu savunan yazarlar, bu görüşlerine paralel olarak failin kastının söz konusu sonuçları kapsamamasının gerekli olmadığını da savunmaktadırlar (Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 766.).

kişilerin mağduriyetine veya kamu zararına neden olmayacağı ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamayacağı inancı ile hareket eden kamu görevlisinin görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu bakımından kastı söz konusu değildir.⁷¹

Aksi de savunulmasına rağmen,⁷² görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu bakımından genel kast yeterli olup özel kast aranmaz.⁷³ Özel kast, kanun tarafından failin, suçun varlığı için gerçekleşmesi şart olmayan özel bir amaçla, başka bir deyişle suç teşkil eden fiilin dışında bir amaçla hareket etmesinin arandığı hallerde söz konusu olduğuna,⁷⁴ 257. maddenin 1. fıkrasında failin ayrıca böyle bir amaçla hareket etmesi aranmadığına göre, bu suç genel kastla işlenebilen bir suçtur. Gerçekten de TCK'nın 257. maddesinin 1. fıkrasında genel kast yeterli görülmüş, failin özel bir amaçla hareket etmesi, yani özel kast aranmamıştır. Belirtilen fıkrada aranan kamu görevlisinin hareketinin kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmuş ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması şartı, davranışın bir sonucu olup suçun maddî unsuruna dâhildir. Bu sonuçlar suçun maddî unsuruna dahil olduğundan suçun tamamlanması için bunların gerçekleşmesi şarttır. Oysa bu sonuçları istemek özel kast şeklinde anlaşılacak olursa, suçun tamamlanması için bu sonuçların gerçekleşmesi gerekmez; failin bu sonuçları gerçekleştirmek amacıyla görevin gereklerine aykırı davranması suçun tamamlanması için yeterli olur. Ancak bu sonuncu anlayışın yasal düzenlemeyle bağdaşmadığı ortadadır. Dolayısıyla bunun özel kast biçiminde değerlendirilmesi mümkün değildir.

Görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu bakımından özel kast aranmadığı gibi, failin saiki de önem taşımaz. Bu nedenle, örneğin, bir yönetmelik değişikliği ile can güvenliği tehlikede olan kişilere silah

⁷¹ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 304.

⁷² Failde görevin gereklerine aykırı hareket etme bilinç ve iradesinden başka kişilerin mağduriyetine veya haksız kazanç sağlamalarına veya kamunun zararına neden olma bilinç ve iradesinin de aranmasının özel kastı oluşturduğuna dair bkz. Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 138.

⁷³ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 763; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 765.

⁷⁴ Antolisei, *Par. gen.*, s. 356. Gerçekten de suçun gerçekleşmesi için fiilin bilinçli ve iradi olmasından başka, failin suçu belli amaçla işlemesinin arandığı durumlarda, amaç da manevî unsurun bir parçası haline gelecek ve özel kast söz konusu olacaktır (Toroslu, Haluk, "Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik", *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, İstanbul 2008, ss.697-703, s. 702.)

taşıma izni verme yetkisine kavuşan bir valinin, silah ruhsatı talebinde bulunanların istekleri halinde, bu ilin gelişimi için kurulmuş bulunan AŞ'ye belirli bir miktar parayı borç olarak verebilecekleri hususunun istekte bulunanlara duyurulması şeklinde gerçekleşen olayda, şirketin niteliğine ve içinde bulunduğu zor durumdan kurtarılmaya çalışılmasına dayanarak "güdülen amaç" göz önünde bulundurulduğunda kastın gerçekleşmediği yönündeki Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı isabetli sayılmaz.⁷⁵ Zira bu kararında Yargıtay, esasen kastı değil, saiki değerlendirmek suretiyle karar vermiştir.

B. Hatanın Etkisi

Bu noktada kamu görevlisinin kastının kapsaması gereken unsurlar üzerinde yapacağı hatanın etkisini araştırmak gerekmektedir. TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrasında "İşlediği fiilin haksızlığı konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi"nin cezalandırılmayacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla, "işlediği fiilin antisosyalliği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırıl"mayacaktır. Ancak işlenen fiilin antisosyalliği konusunda düşülen hatanın ne zaman kaçınılmaz olacağı sorununun çözülmesi oldukça güçtür.⁷⁶

Suç teşkil eden fiilin kurucu unsurları üzerinde yapılan hata, esaslı hatadır ve fiil üzerinde hata olarak adlandırılan bu hata mazeret sayılır.⁷⁷ Fiil üzerinde hatanın konusunu oluşturan suçun kurucu unsurları, aynı zamanda kastın da konusunu oluştururlar ve bu unsurlar üzerinde yapılan hata, bunlar suçun kanunî tanımında yer aldığı hallerde esaslı hata sayılarak kastı kaldırır.⁷⁸

TCK'nın 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, *ceza kanunlarını bilmemek*

⁷⁵ YCGK, E. 2005/4-118, K. 2006/9, T. 31.1.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁷⁶ Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, Devrim, "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", *TBB*, yıl: 2007, S. 68, s. 135-160, s. 146 vd.

⁷⁷ Toroslu, *Genel Kısım*, s. 228; Hafızoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 300; Güngör, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, s. 54; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Ankara 2006, s. 431; Antolisei, *Par. gen.*, s. 413; Dönmezer/Erman: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, c. II, İstanbul 1997, s. 317.

⁷⁸ Antolisei, *Par. gen.*, s. 413-414; Toroslu, *Genel Kısım*, s. 229 ve 181-186; Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 58.

*mazeret sayılmayacaktır.*⁷⁹ Buna göre, ceza kanunları dışındaki kanunlar üzerindeki hatalar, ceza kanunu üzerinde hata olarak kaldıkları sürece mazeret sayılmayacak; buna karşın, ceza kanunı üzerinde hata olarak kalmayıp fiil üzerinde hataya dönüşecek olursa mazeret sayılacaktır.⁸⁰ Bu noktada, ceza kanunları dışındaki kanunlarda yapılan hatanın ne zaman kural üzerinde hata olarak kalacağı, ne zaman fiil üzerinde hataya dönüşeceği belirlenmelidir. Bilindiği gibi, suç fiilinin ceza normu tarafından yapılan tanımı içinde hem maddi nitelikte unsurlar hem de normatif nitelikteki unsurlar bulunabilir.⁸¹ Bu normatif unsurlar ise, bizzat ceza normunun kendisi tarafından tanımlanabileceği gibi, görevin gereklerine aykırılık suçunda olduğu gibi, ceza normu dışında kalan bir norm tarafından da tanımlanabilir.⁸² Fiilin normatif unsurları hakkında yapılan hatanın ne zaman fiil üzerinde hataya dönüşeceği sorunu a priori olarak çözümlenemez; bu sorun, her bir somut olaya göre çözümlenmelidir.⁸³ İşte ceza normları dışında kalan normlar üzerinde yapılan hatanın fiil üzerinde hataya dönüşüp dönüşmediği, bu hatanın her bir somut olaydaki psikolojik etkisine bakarak değerlendirilmelidir.⁸⁴ Suç fiilinin normatif unsuru haline gelen ceza kanunu dışındaki normlar, aynı zamanda suç fiiline özel bir nitelik kazandırır. Dolayısıyla, failin ceza kuralının dışında kalan bir normu bilmemesi veya yanlış bilmesi nedeniyle ceza normu tarafından yasaklanandan farklı bir fiil gerçekleştirdiği inancıyla hareket etmesi halinde, fiili hatadan kaynaklanan hatayla aynı sonucu doğuran bir hata, yani fiil üzerinde hata söz konusudur. Böyle bir hata, yani suçun esaslı unsurları üzerinde düşünülen bu hata, failin kastını kaldıracaktır.⁸⁵

⁷⁹ Söz konusu kural, 765 sayılı mülga TCK'nın 44. maddesinde *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* şeklinde ifade edilmişti. Ancak, esas itibariyle ceza kanunları dışındaki kanunlar üzerinde yapılan hata ya fiil üzerinde hataya dönüşür ve dolayısıyla mazeret sayılır ya da ceza kanunları üzerindeki hata olarak kalmaya devam eder ve mazeret sayılmaz (Toroslu, *Genel Kısım*, s. 232-233; Güngör, "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", s. 146.). Bu nedenle, iki düzenleme arasında sonuç itibariyle bir fark bulunmamaktadır.

⁸⁰ Ersoy, *Ignoranza ed errore nel diritto penale*, Ankara 1968, s. 71.

⁸¹ Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 109.

⁸² Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 109.

⁸³ Toroslu, *Genel Kısım*, s. 232.

⁸⁴ Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 115.

⁸⁵ Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 115. Aksini savunan yazarlara göre, ceza kanunları dışındaki kanunlar ceza kanunlarını tamamlar, dolayısıyla bunlar üzerindeki hata, fiil üzerinde hataya dönüşmeyip kural üzerinde hata olarak kalmaya devam eder

Buna karşın, fiilin normatif unsurunun ne anlama geldiğinin bilinmemesi veya yanlış bilinmesi halinde veya ceza kanunu dışındaki kanun üzerindeki hatanın suçun kurucu unsurları üzerindeki bir hataya dönüşmediği hallerde ise, kural üzerinde hata olarak kalan bir hata söz konusu olacaktır. Görevin gereklerine aykırılık suçunda görevin gereklerini düzenleyen ve ceza kanunu dışında kalan kanunlar, suç fiilinin normatif unsurunu teşkil ederler ve bunlar üzerinde yapılan hata suçun kurucu unsuru üzerinde yapılan bir hatadır ve mazeret sayılır. Bu nedenle, kamu görevlisinin, görevinin gereklerini veya davranışının görevinin gereklerine aykırılık teşkil ettiğini bilmediği için, görevinin gereklerine aykırı davranmadığı inancıyla hareket ettiği hallerde fiil üzerinde hataya dönüşen bir hata söz konusudur ve failin kastı ortadan kalkmış olacaktır.⁸⁶

Aynı şekilde, failin niteliği, yani kamu görevlisi olması, görevin gereklerine aykırılık suçunun kurucu unsuru olduğundan, kendisinin kamu görevlisi niteliği hakkında hataya düşen kişinin hatası da fiil üzerinde hatadır ve mazeret sayılır.⁸⁷

III. GÖREVİNİN GEREKLERİNİ İHMÂL VEYA GECİKTİRME SUÇU

1. Genel Olarak

TCK'nın 257. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında görevinin gereklerini yapmakta ihmâl veya ge-*

(Bolognini, Sabrina/D'avirro, Antonino/Ducci, Tommaso/Lucibello, Pier Matteo/Pinucci, Neri/ Ravagnan, Luigi/Zilletti, Lorenzo, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova 1999, s. 112. İtalyan Yargıtayına göre, ceza kanunları dışındaki kanunlar üzerinde yapılan hata, ancak ceza kanunları tarafından söz konusu kanuna açık ya da örtülü biçimde atf yapılmadığı durumlarda mazeret sayılabilir (bkz. Cass. sez. pen. V, 11.01.2000, in *L'ind. pen.*, Nuovo serie, anno VII, n. 1, Gennaio-Aprile 2004, s. 357).).

⁸⁶ Toroslu, Genel Kısım, s. 231; Fiandaca/Musco, *Par. spec.*, I, s. 246. Aksi yönde bkz. Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 164. Hatanın, kişinin icra ettiği mesleğe ilişkin kurallara yönelik olduğu hallerde mazeret olarak kabul edilmeyeceğine dair bkz. Cass. sez. pen. I, 02.02.1994, n. 1214, (Beltrani/Marino/Petrucci, *Codice penale*, s. 71.)

⁸⁷ Segreto/De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali*, s. 121; Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 119. Özgü suçlarda, failin niteliğini tanımlayan normlar üzerinde hatanın etkisi hakkında ayrıntılı değerlendirme için ayrıca bkz. Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 117-119. Aksi yönde bkz. Iannelli, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 34.

cikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan bir kamu görevlisi” cezalandırılır.

Bu suç da tıpkı görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu gibi genel ve tamamlayıcı bir suçtur.⁸⁸ Dolayısıyla, failin TCK’nın 257. maddesinin 2. fıkrası uyarınca cezalandırılabilmesi için, görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek, özel bir cezalandırmanın konusunu oluşturmamalıdır. Eğer görevi ihmal veya geciktirme fiilleri, kanunla özel olarak ayrıca düzenlenmişse, belirlenen ceza daha az olsa bile, fail özel hükme göre cezalandırılacaktır.⁸⁹

2. Maddi Unsur

A. Kamu Görevlisinin Görevine Giren Bir İşin Bulunması

Görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunda olduğu gibi, görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçunun varlığı için de öncelikle, kamu görevlisinin görevi ile ilgili olan, görevine giren bir işin bulunması gerekir.⁹⁰

Kamu görevlisinin görevinin ne olduğunun ve kapsamının kanunlarla veya idarî düzenlemelerle belirleneceği belirtilmişti. İşte kamu görevlisinin görevi ile ilgili olan, görevine giren bu iş, kanunî yahut idarî düzenlemeler uyarınca kamu görevlisinin yapmakla yükümlü bulunduğu bir iş olmalıdır. Başka bir deyişle kamu görevlisinin görevi gereği yapmakla yükümlü olduğu, yani kamu görevlisinin yetki alanına giren ve hukuk düzeni tarafından yapılması kendisinden istenen bir iş söz konusu olmalıdır.⁹¹

B. Kamu Görevlisinin Görevi Gereği Yapmakla Yükümlü Olduğu İş İhmal Etmesi veya Geciktirmesi

Görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçuna asıl özelliğini veren unsur, kamu görevlisinin görevi gereği yapmakla yükümlü ol-

⁸⁸ Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 1987, s. 202.

⁸⁹ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 305.

⁹⁰ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 305; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 757. görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu bakımından, bu unsurun davranışın önşartı olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin açıklamalar burada da geçerlidir.

⁹¹ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 305.

duğu bir işi ihmal etmesi veya geciktirmesidir. Bilindiği gibi, ihmali davranış, hukuk düzeni tarafından yapılması emredilen hareketlerin yapılmamasıdır.⁹² Dolayısıyla, “Görevin gereklerini yapmakta ihmal” ibaresi, kamu görevlisinin hukuk düzeni tarafından yapılması kendisinden istenen, görevi gereği yapmak zorunda olduğu bir işi yapmamasını, böyle bir görevi yerine getirmemesini ifade eder.⁹³

Görevin gereklerini yapmakta gecikme göstermek ise, kamu görevlisinin yukarıda belirtilen şekilde hukuk düzeni tarafından yapılması kendisinden istenen, görevi gereği yapmak zorunda olduğu bir işi geç yapmasını, başka bir deyişle yapılması gereken zaman geçtikten sonra yapmasını ifade eder.⁹⁴ Ancak görevin gereklerini yapmakta gecikme göstermenin bu suçu oluşturabilmesi için, işin, o işin yapılması yönünden belirlenen sürenin geçmesinden sonra yapılması gerekir.⁹⁵ Bu süre, kanunla veya idarî düzenlemelerle belirlenmiş olabileceği gibi, somut olayın gereklerinden de kaynaklanabilir.⁹⁶

Görüldüğü gibi, görevin gereklerine aykırı hareket etme ipotezinin aksine, burada ihmali davranışla işlenen bir suç, yani ihmali bir suç söz konusudur.⁹⁷ Örneğin, 2004 sayılı Kanun’un 85. maddesi uyarınca, alacaklı vekilinin gösterdiği yerde haciz yapmak zorunda olduğu halde, icra müdür yardımcısının o yerde borçlunun oturmadığı gerekçesiyle haciz yapmaması⁹⁸; kolluk görevlilerinin kendi sorumluluk bölgelerinde meydana gelen ölümlü trafik kazasına müdahale etmemeleri⁹⁹ hallerinde 257. maddenin 2. fıkrasında öngörülen suç gerçekleşmiş olacaktır.

⁹² Toroslu, *Genel Kısım*, s. 117.

⁹³ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 306; Demirbaş, “Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri”, *Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı*, Ankara 1987, ss. 249-278, s. 260.

⁹⁴ Demirbaş, “Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri”, s. 260.

⁹⁵ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 306.

⁹⁶ Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 160; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 758.

⁹⁷ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 306.

⁹⁸ Yargıtay 4. CD. E. 2004/7934, K. 2006/9415, T. 17.4.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁹⁹ Yargıtay 4. CD. E. 2005/11350, K. 2006/17044, T. 29.11.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

Zaman zaman görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu ile görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçunun birbirine karıştırılmasının nedeni, bu iki suç arasındaki önemli bir farkın gözden kaçırılmasından kaynaklanmaktadır. Esasen, görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçu da görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu gibi, görevin gereklerine aykırı bir davranıştır. Fakat buradaki ayrım söz konusu aykırılığın icrai bir davranışla mı yoksa ihmali bir davranışla mı gerçekleştirildiğine dayanmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçuna asıl özelliğini veren unsur, kamu görevlisinin görevi gereği yapmakla yükümlü olduğu bir şeyi yapmaması veya geciktirmesi, yani ihmaldir. Dolayısıyla, görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçunda, görevin gereklerine aykırılık, ihmali bir davranışla ortaya konurken; görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunda görevin gereklerine aykırılık, icrai bir davranışla ortaya konmaktadır.

C. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklerin İhmal Etmesi veya Geciktirmesinin Bir Kamu Zararı ya da Kişiler Yönünden Mağduriyet yahut Haksız Kazanç Doğurması

Görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçunun gerçekleşebilmesi için, görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunda olduğu gibi, kamu görevlisinin görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesi sonucu kişiler bakımından mağduriyet ortaya çıkmış veya kamu zarara uğramış yahut kişilere haksız bir kazanç sağlanmış olmalıdır.¹⁰⁰ Buradaki mağduriyet, kamu zararı ve haksız kazanç kavramları, görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu ile ortak niteliğe, anlama ve kapsama sahip olduklarından yeniden inceleme konusu yapılmayarak görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu ile ilgili değerlendirmelere göndermede bulunmakla yetinilecektir.

D. Suçun Tamamlanma Anı

İnceleme konusu suç, ihmal veya geciktirmenin gerçekleştiği anda değil, kişilerin mağduriyetinin veya kamu zararının ya da haksız kazancın gerçekleştiği anda tamamlanmış olur. İhmal suretiyle işlenen

¹⁰⁰ Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. CD. E. 2007/1879, K. 2007/3436, T. 16.4.2007 (Kazancı içtihat veri tabanı).

bir icra suçu¹⁰¹ söz konusu olduğundan bu suça teşebbüs mümkündür.

3. Manevi Unsur

Görevi ihmal, *kasıtlı* bir suçtur. Yukarıda da belirtildiği gibi, genel kast kuralları uyarınca, failin kastının suçun bütün unsurlarını kapsaması gerektiğinden, kamu görevlisinin kendi görevine giren bir işi yerine getirmemek iradesiyle davranması yeterli değildir; ayrıca kişilerin mağduriyetine veya kamu zararına neden olmak ya da kişilere haksız kazanç sağlamak bilinç ve iradesine de sahip olması gerekir.¹⁰² Dolayısıyla, kamu görevlisinin görevi gereği yapması gereken bir iş olmadığını zannederek ihmali davranışta bulunması veya görevinin gereği yapmak zorunda olduğu bir işi ihmal ettiğini veya geciktirdiğini bilmesine rağmen, bundan bir kamu zararı veya kişiler bakımından bir mağduriyet ya da haksız kazanç doğmasını istememiş olması halinde kastın varlığından söz edilemez.

IV. MAHKEME KARARLARININ YERİNE GETİRİLMEMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi konusu üzerinde ayrıca durulmalıdır. Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca, "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*" Görüldüğü gibi, mahkeme kararlarının gecikmeksizin yerine getirilmesi, kamu görevlilerine Anayasa hükmü ile yüklenmiş bir görevdir. Her ne kadar mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi, mülga TCK döneminde söz konusu kanunun 228. maddesinde düzenlenen (ve yürürlükteki TCK'nın 257. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen görevin gereklerine aykırı hareket etme suçuyla benzer yanları fazla olan) keyfi muamele suçu kapsamında değerlendirilmekte idiyse de¹⁰³ bunun her durumda doğru olduğu söylenemez.

¹⁰¹ Failin, hareketsiz kalarak, meydana gelmesini istediği ve kanunda öngörülmüş bulunan neticeye sebep olduğu hallerde ihmal suretiyle icra veya başka bir deyişle garantörsel ihmali suçtan söz edilir (Hakeri, Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalin Çeşitleri*, Ankara 2003, s. 108-109.)

¹⁰² Toroslu, *Özel Kısım*, s. 309.

¹⁰³ Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 133; Yargıtay 4. CD. E. 2005/10428,

Burada hukuken yapılması gereken, mahkeme kararlarına uygun davranarak bunları yerine getirmektir. Ancak, mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi, kararda öngörülenin niteliğine bağlı olarak, ihmal bir davranışla olabileceği gibi, icraibir davranışla da olabilir. Yani buradaki suç, mahkeme kararına ve karar karşısındaki davranışa göre değişir. Mahkeme kararı, ihmal bir davranış gerektirmesine rağmen, kamu görevlisi hareketle mahkeme kararının gereklerine aykırı davranmışsa, yani icrai bir davranışla mahkeme kararını yerine getirmişse görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunu işlemiş olur. Ancak, mahkeme kararı, kamu görevlisinin icrai bir davranışını gerektirmesine rağmen, kamu görevlisi söz konusu icrai davranış gerçekleş-tirmediginde görevin gereklerini ihmal suçunu işlemiş olur. Zira daha önce de belirtildiği üzere, burada hukuken yapılması gerekenin yapılmaması, yani ihmal vardır ve dolayısıyla görevin gereklerini ihmal suçu gerçekleşmiştir. İşte bu nedenle, her mahkeme kararının yerine getirilmemesi olayında peşinen görevin gereklerine aykırılık suçunun varlığını kabul etmek doğru değildir. Mahkeme kararına ve karar karşısında gerçekleştirilmesi gereken davranışa göre görevin gereklerini ihmal suçu da söz konusu olabilir. Örneğin, mahkeme kararında bir binanın yıkılması kararı iptal edilmişse, bu kararın yerine getirilmemesi icrai bir davranışla, yani söz konusu binanın yıkılmasıyla olur ve burada görevin gereklerine aykırı davranış suçundan bahsedilir. Buna karşın, idare mahkemesinin, ihalenin iptaline ilişkin kararının yerine getirilmemesi, ihaleyi iptal etmemek şeklindeki ihmal davranışla olur ve dolayısıyla bu durumda görevin gereklerini ihmal suçu gerçekleşir.

Aynı şekilde mahkeme kararına uymuş gibi görünmekle beraber, gerçekte mahkeme kararının gereklerini yerine getirmeyen veya mahkeme kararını etkisiz bırakan kamu görevlisi de mahkeme kararına ve karar karşısındaki davranışa göre, görevin gereklerine aykırı hareket suçunu işlemiş olabileceği gibi, görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme suçunu da işlemiş olabilir. Örneğin, mahkeme kararı ile görevine iade edilen ve göreve başlatılan kişiyi aynı gün geçici görevle bir başka ilçede süresiz olarak görevlendirmek durumunda mahkeme kararına uyulmuş gibi görünse de aslında uyulmamış, bu aykırılık da

K.2006/16655, T. 22.11.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

icrai bir davranışla yani hareketle gerçekleştirilmiştir.¹⁰⁴

V. GÖREVİN YAPILMASI İÇİN ÇIKAR SAĞLAMA SUÇU

1. Genel Olarak

TCK'nın 257. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen bu ipotez, kamu görevlisinin "*İrtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağla*"masıyla gerçekleşmektedir. Esasen mülga TCK'da "*basit rüşvet*" olarak düzenlenen bu durum, burada görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şekli haline getirilmiştir.¹⁰⁵ Ancak, daha önce de belirtildiği gibi, görevin yapılması için çıkar sağlama suçu, yapısı ve unsurları bakımından 257. maddenin ilk iki fıkrasında düzenlenen suçlardan çok farklıdır. Bu suç, esasen rüşvet suçuyla benzer bir yapı sergilemekte, rüşvet suçuyla ihlal edilen hukuki varlık ve menfaatle benzer menfaatleri ihlal etmektedir. Dolayısıyla, mülga TCK'da olduğu gibi, bu suçun rüşvetin bir türü olarak ve TCK'nın rüşvete ilişkin 252. maddesinde düzenlenmelidir.¹⁰⁶

Bu hükümlerle, daha ziyade, kamu görevlisinin dürüstlüğü korunmak suretiyle, kamu idaresinin saygınlığı ve buna ilişkin devlete ait menfaat korunmaktadır.¹⁰⁷

Bu suçun varlığının araştırılabilmesi için, öncelikle fiilin irtikâp suçuna ya da herhangi başka bir suça vücut vermemesi gerekir. Dolayısıyla, kamu görevlisinin karşı tarafı kendisine bir menfaat sağlamaya icbar ya da hileli davranışlarıyla ikna etmiş olması durumunda bu suç değil, irtikâp suçu söz konusu olacaktır. Bu nedenle, görevin gerekleri-

¹⁰⁴ YCGK E. 2006/4-196, K. 2006/204, T. 3.10.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı); aynı yönde bkz. Yargıtay 4. CD. E. 2005/10428, K. 2006/16655, T. 22.11.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

¹⁰⁵ Yargıtay 5. CD. E. 2006/6032, K. 2006/5755, T. 19.6.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı); Yargıtay 5. CD. E. 2007/84, K. 2007/3195, T. 3.5.2007 (Kazancı içtihat veri tabanı).

¹⁰⁶ Bkz. Hafizoğulları/Güngör, "*Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi*", s. 37.

¹⁰⁷ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 307; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino 1962, s. 202; Fiandaca/Musco, *Par. spec.*, I, s. 224; Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 313; Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 429.

ne uygun davranması için kamu görevlisine sağlanan çıkar, iki tarafın karşılıklı rızasına dayanmalıdır.¹⁰⁸

2. Maddi Unsur

Diğer iki ipotezde olduğu gibi bu ipotezde de kamu görevlisinin görevine giren bir iş söz konusu olmalıdır.¹⁰⁹ Eğer kamu görevlisinin görevine giren bir iş söz konusu değilse, başka bir deyişle kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranması için değil, görevinin gereklerine aykırı davranması için menfaat sağlanması söz konusuysa TCK'nın 257. maddesinin 3. fıkrası değil, rüşvete ilişkin 252. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Ancak burada özel bir yetki şart olmayıp, davranışın kamu görevlisinin genel olarak görevine ve dolayısıyla yetkisine girmesi yeterlidir. Başka bir deyişle, kamu görevlisinin görevi gereği söz konusu davranışı veya işlemi yapması veya yapma ihtimalinin bulunması ya da başka bir kamu görevlisi tarafından yapılmasına katkıda bulunması yeterlidir.¹¹⁰

Bu noktada kamu görevlisine sağlanan çıkarın, kamu görevlisinin görevine giren belirli bir iş için sağlanmasının şart olup olmadığı tartışmalıdır. Çıkarın, kamu görevlisinin görevine giren belirli bir iş için sağlanmasının şart olmadığını savunan yazarlara göre, örneğin belirli bir devlet dairesine çok işi düştüğü ve orada çalışan kamu görevlileriyle ilişkilerini iyi tutmak için onlara zaman zaman çıkarlar sağlanması, hediyeler verilmesi de bu suçu oluşturacaktır.¹¹¹ Buna karşın belirtmek gerekir ki 257. maddenin 3. fıkrasında öngörülen suçun gerçekleşebilmesi bakımından, kamu görevlisine sağlanan çıkarın, kamu görevlisinin görevine giren belirli bir iş veya en azından belirlenebilir bir iş için sağlanması gerekir. Dolayısıyla, burada en azından içeriği veya türü bakımından belirlenebilir bir iş için kamu görevlisine çıkar sağlanmalıdır.¹¹²

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine nasıl uygun davranacağı,

¹⁰⁸ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 308.

¹⁰⁹ Önder, *Özel Hükümler*, İstanbul 1987, s. 196.

¹¹⁰ Fiandaca/Musco, *Par. spec.*, I, s. 169; Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 320; Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 437.

¹¹¹ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 761.

¹¹² Manzini, *Trattato V*, s. 204; Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 437-438; Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 313; Segreto/De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali*, 315.

görevin içeriğine göre belirlenecektir. Zira görevin gereklerine uygun davranmak, kamu görevlisinin görevi gereği yapması gerekeni yapması veya yapmaması gerekeni yapmamasını ifade eder ve görevin içeriğine göre icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi, ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebilir. Buna göre, kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmak için, başka bir deyişle görevi gereği yapması gerekeni yapmak, yapmaması gerekeni yapmamak için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya başkasına çıkar sağlaması halinde 257. maddenin 3. fıkrası söz konusu olacaktır.¹¹³

Mülga TCK'nın basit rüşveti düzenleyen hükmünden farklı olarak yürürlükteki TCK'da sadece görevin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlamaktan değil, "bu nedenle" yani görevin gereklerine uygun davranıldığı için çıkar sağlamaktan da bahsedilmektedir. Dolayısıyla, daha önce hiçbir anlaşma olmaksızın görevin gereği yerine getirildikten sonra iş sahibinden menfaat sağlanması halinde de kamu görevlisi 3. fıkra hükmü uyarınca cezalandırılacaktır.¹¹⁴

Kamu görevlisine veya bir başkasına sağlanan çıkar, kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak sağlanmalı; başka bir deyişle, görevle çıkar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Söz konusu çıkarın kamu görevlisine değil de bir başka kişiye sağlanması halinde bu suçun gerçekleşebilmesi için, kamu görevlisinin bir başkasına çıkar sağlanacağı bilinç ve iradesine sahip olması gerekir. Aksi halde, örneğin kamu görevlisinin bilgisi dışında bir üçüncü kişiye böyle bir çıkar sağlanmışsa, inceleme konusu suç değil, diğer koşullarının da bulunması şartıyla, TCK'nın nitelikli dolandırıcılık suçunu öngören 158. maddenin 2. fıkrası gerçekleşmiş olacaktır.¹¹⁵

Görevinin gereklerine uygun davranması veya davrandığı için kamu görevlisine veya başkasına sağlanan çıkar, görev gereği sağlanması gerekli olmayan bir çıkar olmalıdır.¹¹⁶ Yani, böyle bir çıkarı kabul etmek konusunda kamu görevlisinin ne yetkisi, ne hakkı ne de zorunluluğu bulunmalıdır.¹¹⁷ Dolayısıyla, çıkar sağlamanın, hukuk düzeni tarafından sadece açıkça yasaklanması halinde değil, açıkça buna izin

¹¹³ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 307.

¹¹⁴ Aksi yönde bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 763.

¹¹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 763.

¹¹⁶ Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 314.

¹¹⁷ Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 440-441.

verilmemesi halinde de bu koşul gerçekleşmiş olacaktır. Bir hukuk normu veya idari bir işlem veya hukuka uygunluk sebebi teşkil eden bir geleneğin bulunduğu hallerde ise, izin verilen miktarın aşılması, çıkar sağlanmasını hukuka aykırı hale getirecektir.¹¹⁸

Mutat olmayan bir iş için kamu görevlisine çıkar sağlanmasının, belirli koşulların varlığı halinde hukuka aykırı sayılmayacağı ve inceleme konusu suçu oluşturmayacağı savunulmuştur.¹¹⁹ Söz konusu örüşe göre, örneğin, müdafii, kalemden acil olarak bir belgenin fotokopisini istemesi ve kalemin bunun için gece veya tatil günü çalışmak zorunda kalması gibi hallerde, belirli koşulların varlığına bağlı olarak kamu görevlisine çıkar sağlanması, hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Bunun için aranan koşullar ise, söz konusu işin kamu görevlisi tarafından bedelsiz olarak veya belirli bir bedel karşılığı yapılması zorunlu bir iş olmaması, mutat olmayan bu işin gerçekleştirilmesinin kamu görevlisinin görevine giren diğer işleri aksatmamış, yani engellememiş ve geciktirmemiş olması ve ayrıca böyle bir çıkarın kabul edilmesinin kamu görevlisinin saygınlığına zarar vermemiş olması gereklidir.¹²⁰ Ancak, burada zaten kamu görevlisinin görevinin gereği olan bir iş söz konusu olmadığından, inceleme konusu suçun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tartışılması isabetli sayılmaz.

Görevinin gereklerine uygun davranması veya davrandığı için kamu görevlisine veya başkasına sağlanan çıkarın ekonomik bir çıkar olmasının gerekip gerekmediği oldukça tartışmalıdır.¹²¹ Ancak, kanun maddesinde böyle bir kayıt yer almadığına göre, buradaki çıkar kavramı sadece ekonomik çıkarla sınırlı olmayıp kişiye herhangi bir yarar sağlayan her türlü çıkarı kapsamaktadır.¹²² Hatta cinsel ilişki de bu kapsamda değerlendirilmektedir.¹²³

¹¹⁸ Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 314; Manzini, *Trattato V*, s. 212; Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 441; Segreto/De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali*, s. 310.

¹¹⁹ Manzini, *Trattato V*, s. 213; Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 314; Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 441-442; Pagliaro, *Parte speciale*, s. 182.

¹²⁰ Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 314; Manzini, *Trattato V*, s. 213.

¹²¹ Bkz. Fiandaca/Musco, *Par. spec.*, I, s. 220.

¹²² Riccio, "Corruzione (Delitti di)", *Noviss. Dig. It.*, vol. IV, Torino 1957, ss. 898-905, s. 901; Venditti, "Corruzione (Delitti di)", *Enc. di dir. Pen.*, vol. X, Milano 1962, ss. 753-765, s. 757; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 762; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 763.

¹²³ Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 313.

Sağlanan çıkarla kamu görevlisinin davranışı arasında bir oran bulunmalıdır. Bu ikisi arasında açık bir oransızlığın söz konusu olduğu hallerde inceleme konusu suç gerçekleşmiş olmayacaktır; örneğin, nezaket veya memnuniyet ifadesi olan küçük hediyeler verilmesinde olduğu gibi.¹²⁴ Ancak buradaki oran ilişkisi, kamu görevlisinin konumu, ilişkinin derecesi gibi sosyal uygunluk ölçütlerine göre belirlenmelidir.¹²⁵

3. Suçun Tamamlanma Anı

Bu suç, görevinin gereklerine uygun davranması için ya da uygun davrandığı için kamu görevlisine veya başkasına bir çıkar sağlandığı anda tamamlanmış olur.¹²⁶ Dolayısıyla, mülga TCK'dan farklı olarak, yürürlükteki TCK bakımından kamu görevlisi ile iş sahibi arasındaki çıkar anlaşması suçun tamamlanması için yeterli değildir.¹²⁷ Çok zor olmakla beraber, bu suça teşebbüs mümkündür.¹²⁸

Kamu görevlisine veya başkasına belirtilen şekilde çıkar sağlandıktan sonra, kamu görevlisinin görevin gereklerine uygun davranıp davranmaması suçun tamamlanması bakımından önemli değildir.¹²⁹

4. Manevi Unsur

Bu suç da kasıtlı bir suçtur. Kastın varlığı bakımından, kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranması için veya davrandığı için kendisine veya başkasına, görevin gereği olmayan bir çıkar sağlamak bilinç ve iradesine sahip olması gereklidir.¹³⁰

¹²⁴ Antolisei, *Par. spec., II*, s. 313-314; Fiandaca/Musco, *Par. spec., I*, s. 225; Manzini, 224, Pagliaro, *Parte speciale*, s. 171; Segreto/De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali*, s. 304, Venditti, "Corruzione (Delitti di)" s. 757.

¹²⁵ Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 440; Fiandaca/Musco, *Par. spec., I*, s. 225.

¹²⁶ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 765.

¹²⁷ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 308.

¹²⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 767.

¹²⁹ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 308-309.

¹³⁰ Antolisei, *Par. spec., II*, s. 315.

TÜRK CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA İDDİANAMENİN İADESİ

Ahu KARAKURT*

GİRİŞ

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) getirdiği yeniliklerden birisi de, iddianamenin iadesi kurumudur. İddianamenin iadesi, soruşturma evresinde sunulan iddianamenin mahkemece muhakemeden geçirildikten sonra kanunda sayılan sınırlı nedenlere bağlı olarak savcılığa geri gönderilmesi anlamını taşır.

Soruşturma evresinde delillerin toplanmasında eksik kalındığı, başlangıç şüphesiyle kamu davası açıldığı, iddianamede yer verilmesi gereken unsurlara çoğu kez yer verilmediği, bazen sanık ve şüpheli haklarının ihlal edildiği, kovuşturma evresinin yavaş ilerlediği geçmiş dönemler düşünüldüğünde ceza muhakememiz bakımından iddianamenin iadesi olanağının değerinin oldukça büyük olduğu ortaya çıkmaktadır.

Bu çalışmada CMK'nın iddianamenin iadesine ilişkin düzenlemesinin ele alınmasının nedeni, iddianamenin iadesinin ceza muhakemesindeki işlevini ana hatları ile tanıtmak ve CMK'nın 174. maddesindeki düzenleniş biçimiyle kendisinden beklenen işlevi yeterince yerine getirip getiremeyeceğini sorgulamaktır.

Çalışmada öncelikle iddianamenin iadesi kurumu hakkında bilgi verilmiş, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu döneminde iddianamenin iadesi kurumuna duyulan ihtiyaç ve bu hususla ilgili olarak getirilen öneriler ele alınmıştır. Daha sonra 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Değişiklik Yapan Kanun'un ve 5560 sayılı Çeşitli Kanun-

* Ar. Gör., Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri ABD.

larda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un ilgili hükümleri dikkate alınarak, iddianamenin iadesinin şartları, yasak olduğu haller, usulü, sonuçları açıklanmaya ve tartışmalı olduğu düşünülen yönleri irdelenmeye çalışılmıştır.

I. TÜRK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA İDDİANAMENİN İADESİNE DUYULAN İHTİYAÇ VE İDDİANMENİN İADESİ KURUMUNUN KABULÜ

A. Soruşturma Evresi ve İşlevi

Soruşturma evresi, CMK'nın 2. maddesinde, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen süreç olarak tanımlanmıştır.¹ Maddi gerçeğe ulaşmak amacını taşıyan ceza muhakemesinin olmazsa olmazı, ilk ve belki de en önemli aşaması soruşturma evresidir. Şöyle ki; ön şartı olduğu kovuşturma evresinin sağlıklı ve sonuç getirebilecek bir şekilde yürütülmesi soruşturma evresine bağlıdır.

Bu evrenin beyni Cumhuriyet savcısıdır. CMK'nın 160. maddesine göre, cumhuriyet savcısının görevi, kamu davası açıp açmamaya karar vermek üzere gereken incelemeyi yapıp, maddi gerçeğin araştırılmasına ve adil bir yargılama yapılmasına imkan sağlayacak şüphelinin lehine veya aleyhine olan delilleri toplayarak, onları muhafaza altına almak, iddianameyi hazırlamak, şüphelinin haklarını korumaktır.

Soruşturma evresinin ayıklayıcılık ve hazırlayıcılık olmak üzere iki işlevi vardır. Ayıklayıcılık işlevi, hangi olaylar hakkında kovuşturma yapılıp, hangileri hakkında yapılmayacağını değerlendirilmesini anlatır.² Hazırlayıcılık işlevi ise bir üst evre olan kovuşturma evresine geçilmesine karar verilmesi halinde bu dönemin en kısa sürede, en sağlıklı şekilde sonuçlanması için şüpheyi oluşturan tüm olgu ve delillerin ortaya konmasını ifade eder.³

¹ CMK'da soruşturma evresi tanımlanırken "suç şüphesinin öğrenilmesi" ibaresine yer verilmesinin yerinde olmadığı, çünkü şüphenin öğrenilemeyeceği, bu ifade yerine "bir suçun işlendiğinin öğrenilmesi" deyimine yer verilmesinin daha doğru olacağı yönündeki eleştiri için bkz. Özbek, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s. 184.

² Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul 2005, s. 368.

³ Yurtcan, s. 368.

B. Soruşturma Evresinin İşlevlerini Yerine Getirmemesinin Nedenleri ve Sonuçları

Soruşturma evresinde yapılan hatalar; yetersiz ya da dikkatsiz araştırma ve incelemeye dayalı olarak gerekli delillerin toplanamaması, kamu davasının yeterli şüpheye ulaşılmadan açılması, iddianamede bulunması gereken unsurların eksikliği şeklinde özetlenebilir.

Soruşturma evresinin yukarıda açıklanan ayıklayıcılık ve hazırlayıcılık işlevlerini tam olarak yerine getirmemesine neden olan bu hataların bedelleri, birçok açıdan ağır olduğu gibi çoğu kez sanık ve şüpheliyi aşarak toplumsal sorunlara yol açmaları sebebiyle geniş olumsuz etkiler de içermektedir.

Türk ceza muhakemesinde geçtiğimiz yıllarda sıklıkla yaşanan sorunlar dikkate alındığında bu hataların neden olduğu sonuçlara örnek olarak; suçun asıl failleri yerine sanık sandalyesinde başkalarının oturması, lekelenmeme hakkının ihlali, aslında suç teşkil etmeyen bir fiilden dolayı senelerce haksız yere yargılanmak, suç işlenmesiyle bozulan toplumsal barışın faillerin cezalandırılması suretiyle yeniden tesisinin, zamanında elde edilmeyen ve artık elde edilmesi imkansız olan bir delilin yokluğu nedeniyle olanaksız hale gelmesi, bu nedenle suçtan zarar görenlerin devlete olan güveninin azalması, bireylerin suçluları bizzat cezalandırmak maksadıyla yeni suçlar işlemesi, makul süre sınırını aşan yargılamalara dayalı insan hakları ihlalleri, zamanaşımına uğramış davalar gösterilebilir. Ayrıca beş dakika gibi kısa sürede biten, okunması gereken belgelerin duruşma zabıtlarında okunduğu yazılı olmasına rağmen okunmadığı, süre sıkıntısı nedeniyle avukatların, tanıkların, sanıkların yeterince konuşmasına fırsat verilmeyen, sürekli bazı belgelerin gelmesi için ertelenen duruşmaların yanı sıra emek, para ve zaman kaybı da sıklıkla karşılaşılan diğer örneklerdir.

Soruşturma evresinin birinci derece yöneticisi cumhuriyet savcısıdır, sorumluluk da ona aittir. Ancak yukarıda belirtilen örnekler dikkate alındığında sorumluluğun kime ait olduğundan ziyade sakıncalı sonuçlardan uzak durulabilmesinin daha önemli olduğu, ortaya çıkmaktadır ki; bu bağlamda soruşturma evresinin fonksiyonlarının ne ölçüde yerine getirildiğinin münferiden her olayda denetlenmesi hayati önem taşımaktadır.

C. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Döneminde Soruşturma Evresinin İşlevini Yerine Getirip Getirmediğinin Denetlenmesine Duyulan İhtiyaç ve Getirilen Çözüm Önerileri

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda (CMUK) 1985 yılında 3506 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde ceza muhakemesi, hazırlık soruşturması ve ilk soruşturmanın birleşiminden meydana gelen ön soruşturma ile son soruşturmanın toplamından oluşmaktaydı. İlk soruşturma, hazırlık soruşturmasının hazırlayıcılık ve ayıklayıcılık işlevlerini tam olarak yerine getirip getirmediğini denetlemekteydi.

Ayrıca gereksiz duruşma yapılmasını da engellemekteydi. Özellikle ağır suçlar için kabul edilen bu evrede, delil toplanmaktaydı ve her türlü koruma tedbirine başvurulabilmekteydi.⁴

Şöyle ki; hazırlık soruşturmasının neticesinde cumhuriyet savcısı talepname düzenleyerek sorgu hakiminden ilk soruşturmanın açılmasını, bir başka ifade ile son soruşturma evresine geçilmesi açısından delillerin yeterliliğine karar verilmesini isterdi. Sorgu hakimi de bu istemi kabul ederse delil toplayarak Cumhuriyet savcısından soruşturmaya geçilip geçilmemesi bakımından mütalaasını sunmasını isterdi. Savcının son soruşturma açılması talebini içeren iddianame şüpheliye tebliğ edilir ve kendisinden üç gün içinde savunmasını bildirmesi istenirdi. Sorgu hakimi bu aşamadan sonra iddia ve savunmaları inceleyerek son soruşturma açılmasına ya da ek soruşturma yapılmasına veya son soruşturmaya geçilmemesine karar verirdi.⁵ Böylece kişinin sadece yürütmenin bir ajanı olan savcının iddiası ile mahkeme önüne çıkarılması ve aleni duruşmada lekelenmesi engellenmekte,⁶ ara muhakeme ile hakim güvencesi sağlanmaktaydı.⁷ 1985 yılında ilk soruşturma devresi ve sorgu hakimliği, gereksiz yere muhakemeyi uzattığı temel gerekçesi ile kaldırıldı. Ön soruşturma aşaması sadece hazırlık soruşturmasından ibaret kaldı. Bu sonuç savcının düzenlediği iddia-

⁴ Centel, Nur / Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2005, s. 365.

⁵ İlk soruşturma hakkında geniş bilgi için bkz. Tosun, Öztekin, *Türk Ceza Muhakemesi Dersleri C.II Muhakemenin Yürüyüşü*, İstanbul 1976, s. 65 vd.

⁶ Cihan, Erol/Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1997, s. 20.

⁷ Kühne Hans- Heiner, *Strafprozeßlehre*, 4. Bası, Heidelberg 1993, 329'dan aktaran Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2005), s.366.

name ile kamu davasının açılması anlamını taşıyordu ve öğretilerde kimi yazarlarca eleştirilmişti.⁸

1985 sonrasında savcılık kurumu, CMUK'da hazırlık soruşturması olarak isimlendirilen soruşturma evresinde, şüphelinin üzerine atılı suç ile ilgili olarak lehe ve aleyhe delilleri toplamak, yeterli şüpheye ulaşıldığında kanunda sayılan tüm unsurları içeren bir iddianame hazırlayarak dava açmak şeklinde sıralayabileceğimiz görevlerini tam olarak yerine getirmekten uzaklaşmıştı. Ülkemizde o dönemde mahkeme önüne giden davalarda Türkiye'ye özgü yüksek beraat kararı oranının (%30)⁹ ortaya koyduğu gerçek, soruşturma evresinin neredeyse hiç yapılmadığı, davaların olgunlaşmadan, yeterli delil, iz, eser ve emare toplanmadan, hukuka aykırı olarak basit şüphe ile açıldığıydı.¹⁰ Bu durumun lekelenmeme hakkını ihlal ettiği ortadaydı. İddia faaliyetinin madde numarasını söyleyerek en ağır cezayı talep etmekten ibaret olduğu gibi yanlış bir anlayış mevcuttu.¹¹ Ayrıca, hazırlık soruşturmasında yapılan hususların büyük bir çoğunluğunun son soruşturma safhasında tekrarlandığı, ayrıntılı işlemler bir yana nüfus ve sabıka kaydı gibi pek çok temel belgenin bile hazırlık soruşturması sırasında toplanmayıp mahkemeye bırakıldığı, bu uygulamaların neden olduğu parçalı muhakemenin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında da belirtildiği üzere, insan haklarına aykırı olduğu¹² getirilen diğer eleştirilerdi.

Doktrinde, yapılacak bir kanun değişikliği ile yeni bir ara muha-

⁸ Yenisey, Feridun, *Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Duruşma ve Kanunoyolları*, İstanbul 1990, s.5., Kunter, Nurullah /Yenisey, Feridun /Nuhoglu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2006, s. 1147.

⁹ Öğretilerde YÜCEL mahkumiyet oranının İngiltere'de %90.5 (1995), İsveç'te %94.7 (1992), Fransa'da %98.9(1992), Japonya'da %99.9 (1994) olduğunu belirtmektedir. YÜCEL Ceza Muhakemesi Kanununun Tasarısı'nın madde gerekçelerinde belirtile- nin aksine Türkiye'de beraat oranının %30 değil, 1959 yılında %28.88, son yıllarda ise %17.66 olduğunu ifade etmektedir. Yücel, Mustafa Tören, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (YCMK) Karşısında Ceza Adaleti Sisteminin -de facto- Görünümü ve Sosyolojik Çıkmazlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 18, S. 57, Mart-Nisan 2005, s. 39.

¹⁰ Ceza Muhakemesi Kanununun Tasarısı Madde Gerekçeleri, [www. ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/cmkmaddegerekcedoc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/cmkmaddegerekcedoc) (28.10.2005)

¹¹ Özkorul, İsmet, "Ceza Muhakemesi Kanunu", [http://www.ceza-bb.adalet.gov. tr/makale/173doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/173doc), (28.10.2005)

¹² Aydın, Murat, *Kamu Davasının Açılması ve İddianame*, Ankara 2003, s. 106.

keme kurumunun yaratılması gerektiğini, bu suretle ilk soruşturmanın kaldırılmasıyla oluşan sorunların giderilebileceğini ve en önemlisi şüphelinin elde yeterli delil yokken, halka açık duruşmada lekelenmesinin önlenebileceğini ifade eden yazarlar bulunmaktaydı.¹³ Ayrıca sorunun, sadece iddianamenin unsurlarından bazılarında iddianamede yer verilmemesi hali ile sınırlı olmak üzere, mahkemece CMUK'nın 258. maddesinin 4. fıkrasına dayalı olarak ara karar vermek suretiyle giderilebileceğini savunan yazarlar da bulunmaktaydı.¹⁴ Bu öneriler o dönemlerde hazırlanan Ceza Muhakemesi Kanunu tasarılarına da yansımaktaydı.¹⁵ Sorunun çözümüne yönelik olarak uygulamada ise iddianamede hangi suçtan dolayı dava açıldığının anlaşılmadığı hallerle sınırlı olmak üzere dosyanın Cumhuriyet savcılığına geri gönderildiği görülmekteydi.¹⁶

D. İddianamenin İadesi ve Ceza Muhakemesi İçindeki Yeri

CMUK'ta 1985 yılında yapılan değişiklik sonrasında yaşanan sorunları gidermek, bu bağlamda soruşturmanın eksiksiz yapılması ve iddianamenin düzgün hazırlanmasını sağlamak için kanun koyucu, CMK'nın ikinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümünde iddianamenin iadesine¹⁷ yer vermiş, isnadın yargılama sırasında değil, soruştur-

¹³ Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/ Özbek, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2004, s.762., Yurtcan, s.369., Yenisey, s.6.

¹⁴ Centel, Nur / Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2003, s. 304.

¹⁵ 1999 tarihli CMUK Tasarısı'nın konuya ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesi için bkz. Hacıoğlu, B. Caner, "1999 Tarihli CMUK Tasarısı'nda Muhakemenin Yürütüşüne İlişkin Düzenlenen Ara Soruşturma Devresi (Orta Aşama) Üzerine Bir İnceleme", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VI, S. 1-4, Erzincan 2002, s. 147 vd.

¹⁶ Yenisey, s. 6.

¹⁷ Öğretide ÖZAR kurumun kanundaki isimlendirilmesinin doğru olmadığı düşüncesindedir. İddianamenin "iadesi" yerine "reddi" ibaresinin tercih edilmesinin daha uygun olacağını savunarak bu görüşünü şöyle gerekçelendirmektedir: "İade için önce "kabul" etmek lazım, kabul edilmemiş bir şey iade edilmez. Bu duruma ise, kabul etmemek anlamına gelen "ret" kelimesi uygun düşer. Hem, iddianamenin iadesi üzerine iddianameye kaldığı yerden devam edilmemesi, soruşturma defterine yeniden kayıt yapılması, sonraki iddianameye yeni numara verilmesi gibi pratik sonuçlar da, olan-bitenin "ret" işlemi olduğunu doğrulamaktadır", bkz. Özar, Süleyman, "İddianamenin İadesi Tespitler, Sorunlar ve Öneriler", http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20icerik/Suleyman%20OZAR.htm, (30.09.2008)

manın sonunda somutlaşmasını sağlamayı amaçlamıştır.¹⁸ İddianamenin iadesi, soruşturma evresinde sunulan iddianamenin mahkemece muhakemeden geçirildikten sonra kanunda sayılan sınırlı nedenlere bağlı olarak savcılığa geri gönderilmesi anlamını taşır.

İddianamenin iadesine ya da kabulüne karar verilmesi için iddianamenin mahkemece değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Kanımızca iddianamenin değerlendirilmesine ilişkin sürecin muhakemenin hangi evresine dahil olduğu tartışılması gereken bir konudur.

Bu bağlamda doktrinde ileri sürülen ilk görüşe göre iddianamenin değerlendirilmesi süreci ne kovuşturma ne de soruşturma evresi içerisindedir, kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da ancak ara bir muhakeme olarak nitelendirilebilir.¹⁹ Bu görüşün temel gerekçeleri şunlardır: CMK'nın 170. maddesinin 2. fıkrası hükmü, soruşturma evresinin sonunda toplanan deliller suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturuyorsa savcı tarafından iddianamenin düzenleneceğini öngörmektedir. Bu açıklama dolaylı olarak soruşturma evresinin bitiş anını da göstermektedir. Şöyle ki, soruşturma evresi, yeterli şüpheye ulaşıldığında savcı tarafından iddianamenin düzenlenmesi ile sona erecektir. Mahkemece iddianamenin kabulü ya da iadesi bakımından yapılacak olan değerlendirme, savcılıkça iddianamenin düzenlenmesinden de sonraki bir aşamadır. O halde bu süreç soruşturma evresinin dışında yer almaktadır.²⁰ Öte yandan CMK'nın 2. maddesinde kovuşturma evresi iddianamenin kabulünden hükmün kesinleşmesine kadar süren süreç olarak tanımlandığından, iddianamenin değerlendirilmesi kovuşturma evresine de dahil değildir. Çünkü iddianamenin değerlendirilmesi iddianamenin kabulünden önceki bir aşamadır.

¹⁸ Feyzioğlu, Metin, "Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre, İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.1, S.1, Ekim 2006, s. 31.

¹⁹ Bkz. Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s.640., Centel/Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2005), s. 369., Keskin, İbrahim, "İddianamenin İadesi", *Adalet Dergisi*, Y. 97, S. 25, Mayıs-2006, s. 144., Gültekin, Özkan, "İddianamenin İadesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, S.3, Kasım 2006, s. 57., Yenidünya, A. Caner, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi", *E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, S.60, Şubat 2007, <http://www.e-akademi.org/makaleler/acyenidunya-1.htm>, (20.08.2008)

²⁰ Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2005), s. 368.

İleri sürülen bizim de katıldığımız aksi görüşe göre iddianamenin iadesi soruşturma aşamasına dahildir. Bu aşamayı bir ara muhakeme olarak nitelendirmek kanunun düzenleme biçimine uygun düşmez. Çünkü söz konusu aşama CMK'nın 2. maddesinde soruşturma evresinin içinde tanımlanmıştır.²¹ Şöyle ki; CMK'nın 2. maddesine göre soruşturma evresi, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen süreçtir. İddianamenin kabulü kararı, mahkemece iddianamenin değerlendirilmesi süreci sonrasında verilen bir karar olduğundan, söz konusu süreç soruşturma evresinin içerisinde yer almaktadır. Aynı sav kanunun sistematığıyla de desteklenebilir. Çünkü iddianamenin iadesi soruşturma evresi başlığını taşıyan CMK'nın ikinci kitabında düzenlenmiştir.²²

II. İDDİANAMENİN İADESİNİN ŞARTLARI, YASAK OLDUĞU HALLER, USULÜ VE SONUÇLARI

A. İddianamenin İadesinin Şartları

1. Ön Şart: Bir İddianamenin Varlığı

İddianamenin iadesinin konusu ancak bir iddianame olabilir. Mahkemeye yöneltilen ve bir talep içeren her belge, iddianame niteliği taşımamaktadır. Bir istemin iddianame olarak değerlendirilebilmesi, öncelikle onun savcı tarafından mahkemeye sunulmasına ve ayrıca kamu davası açmaya yönelik olmasına bağlıdır.²³ O halde savcı dışına

²¹ Şahin, *Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, Ankara 2007, s. 21,22.

²² Bu görüşün benimsenmesi halinde soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunu düzenleyen TCK'nın 285. maddesinin 1. fıkrasının iddianamenin mahkemece incelendiği aşamada gerçekleşen gizlilik ihlallerine uygulanması mümkün olacaktır. Oysa karşıt görüş benimsenirse aynı sonuca ulaşılamayacaktır. Özellikle üzerinde geniş biçimde toplumsal duyarlılık oluşmuş konularda şüpheli olanlar hakkındaki iddianamede yer alan iddiaların, iddianamenin mahkemeye sunulmasıyla birlikte henüz iddianamenin kabulüne karar verilmeden, basın yoluyla alenileştirilmesi lekelenmeme hakkının ciddi biçimde ihlali anlamını taşımaktadır. Bu ihlallerin önüne geçilmesi iddianamenin iadesi kurumunun temel amaçlarındanıdır. Bu açıdan bakıldığında da mahkemece iddianamenin incelendiği aşamanın soruşturma evresi içinde değerlendirilmesi iddianamenin iadesi kurumunun ruhuna uygun olacaktır.

²³ Öğretide iddianame yerine geçen belge bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Öztürk ve Erdem iddianame yerine geçen bir belge bulunmadığını, tüm ceza davalarının ancak iddianameyle açılabileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre özel soruşturma kuralları gereği soruşturma işlemlerinin bir kısmının veya tamamının

bir kimsenin mahkemeye sunduğu belgenin iddianamenin iadesi yoluyla geri çevrilemeyeceği ortadadır.²⁴ Öte yandan savcının iddianame dışında mahkemeye takdim ettiği diğer belgeler de iddianamenin iadesine konu olamaz. Nitekim Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi'nin 04.10.2005 tarihli 2005/2622 Esas, 2005/9017 Karar numaralı kararında, görülmekte olan davayla ilgili olarak, bulundurulması başlı başına suç teşkil eden eşyanın müsaderesine yönelik savcılığın istemini içeren belgenin iddianame niteliği taşımadığı, bu nedenle de CMK'nın 170. maddesinde belirtilen unsurları içermediği gerekçesi ile iadesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.²⁵

2. İddianamenin İadesi Nedenlerinden En Az Birinin Mevcut Olması

Kanun koyucu iddianamenin iadesi nedenlerini CMK'nın 174. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde sıralamıştır. Şöyle ki;

a. İddianamenin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170. Maddesine Aykırı Olarak Düzenlenmesi

1. Yeterli Şüpheye Ulaşılmadan İddianame Düzenlenmiş Olması

CMK'da 5353 sayılı Kanun'la 174. madde değiştirilmeden önce iddianamenin iadesine sebep olan ilk neden, "iddianamenin CMK'nın 170. maddesindeki unsurları içermediğinin tespit edilmiş olması" şeklinde

savcı dışında yetkili kurul veya kimse tarafından yapılması halinde fezleke doğrudan mahkemeye değil, savcılığa verilecektir. Öztürk/Erdem, s. 640-641., Toroslu ve Feyzioğlu ise iddianame yerine geçen belge bulunduğunu belirterek 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 114. maddesini örnek göstermektedir., Bkz. Toroslu, Nevzat/ Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s. 34.

²⁴ Devletin, Cumhuriyet Başsavcılığı makamları dışında kalan makamları tarafından işin doğrudan mahkemeye gönderilebileceği durumlarda, bu makamların iddianamenin yerine geçen dava açan belgeleri iade edemeyeceği, çünkü kanunda sadece iddianamenin iadesinin düzenlendiği hakkındaki görüş için bkz. Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2005), s.371., Toroslu/ Feyzioğlu, s. 271.

²⁵ Y.8.CD., E.2005/2622, K.2005/9017, T.04.10.2005, www.adalet.org/ yenickarar20.php (28.10.2005)

ifade edilmişti.²⁶ O dönemde bu iade sebebinin savcının yeterli şüpheye ulaşmadan iddianame düzenlemesi halini kapsamadığı söylenmekteydi. CMK'nın 170. maddesinin 2. fıkrasının savcının yeterli şüpheye ulaştığında iddianame düzenlemesini sağlamaya yönelik bir yükümlülüğü içerdiği, bu hususun iddianamenin bir unsurunu teşkil etmeyeceği ifade ediliyordu.²⁷ Kanımızca o dönem için yapılan bu yorumun kanun değişikliğinden sonra bir geçerliliği kalmamıştır.²⁸ Çünkü kanun koyucu unsur teriminden vazgeçerek CMK'nın 170. maddesinin bütününe yollama yapmıştır. CMK'nın 170. maddesinin ikinci fıkrasında cumhuriyet savcısının soruşturma evresinin sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyor ise iddianame düzenleyeceği ifade edilmiştir. Bu nedenle artık mahkeme, savcının yeterli şüpheye²⁹ ulaşmadığından bahisle iddianameyi iade edebilecektir.

Kanımızca, mahkemenin savcının yeterli şüpheye ulaşmadan id-

²⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu Tasarısı'nda hem iddianamenin iadesine hem de iddianamenin reddine yer verilmişti. Yeterli şüpheye ulaşılmadan hazırlanan iddianamenin mahkemeye sunulması iddianamenin iadesi sebebi olarak değil, iddianamenin reddi nedeni olarak düzenlenmişti. Kanunlaşan metinde ise; iddianamenin iadesi ile iddianamenin reddi, iddianamenin iadesi başlığı altında birleştirilmiştir.

²⁷ Feyzioğlu, Metin, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", <http://www.law.ankara.edu.tr/yazicidostu.php?yad=1340>, (28.10.2005)

²⁸ Aksi yönde bkz. Özar, "İddianamenin İadesi Tespitler, Sorunlar ve Öneriler", http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20icerik/Suleyman%20ÖZAR.htm, (30.09.2008)

Mevcut yasal düzenleme karşısında iddianamenin yeterli şüpheye ulaşılmadan düzenlendiği gerekçesiyle iade edilip edilemeyeceğini bağımsız olarak tartışmayan Feyzioğlu, kovuşturma yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delile ulaşılmadıkça kamu davası açılmayacağını düzenleyen CMK'nın 172. maddesinin 2. fıkrasına aykırılığın iddianamenin iadesi nedeni olduğunu belirtirken konuyu dolaylı olarak ele almaktadır. Şöyle ki; Feyzioğlu'na göre mahkemenin iddianamenin iadesi muhakemesinde suçun işlendiği konusuna yeterli şüphe ölçütünün oluşup oluşmadığını değerlendirme yetkisi olmamalıdır. Çünkü bu değerlendirme işin esasına ilişkindir. Esasa ilişkin değerlendirmeler ise yalnız kovuşturma evresinde ve çelişme yöntemi uygulanarak yapılmalıdır. Bkz. Feyzioğlu, "Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre, İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler", s. 35.

²⁹ Eldeki delillere nazaran, yapılacak bir duruşmada sanığın mahkum olma ihtimali beraat etme ihtimalinden daha kuvvetli görülüyor ise yeterli şüphe, mahkum olma olasılığı kuvvetle muhtemel ise kuvvetli şüphe söz konusudur. Tanımlar için bkz. Öztürk /Erdem, s. 485.

dianameyi düzenlemiş olduğu gerekçesiyle iade kararı vermesi, ihsası rey niteliği taşımaz.³⁰ Aksi bir yorum, mahkemenin hükümden önce sanık hakkındaki şüphenin yoğunluğunu takdir ettiği diğer tüm durumlarda da ihsası reyde bulunulduğunun kabulünü gerekli kılar. Bilindiği üzere kovuşturma esnasında yargılamayı yürüten mahkeme birçok koruma tedbirleri hakkında karar verirken, şüphenin kanunda her bir koruma tedbiri için öngörülen yoğunluğa ulaşmış olmadığını takdir etmektedir. Bu bağlamda tutuklama, iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması gibi bazı koruma tedbirlerinin uygulanmasına karar vermek için olayda yeterli şüpheden çok daha fazlasını ifade eden kuvvetli şüphenin var olup olmadığını tartışmaktadır. Hükümden önce mahkemenin kuvvetli şüphenin varlığına yönelik yaptığı tespitine sonuç bağlayarak karar vermesi ihsası rey niteliğinde değilse, yeterli şüphenin olup olmadığı yönündeki görüşüne dayalı kararları (örneğin iddianamenin iadesi kararı) evleviyetle ihsası rey olarak değerlendirilemez.

2. Görevli ya da Yetkili Olmayan Bir Mahkemeye Hitaben İddianamenin Düzenlenmiş ve Sunulmuş Olması

Bu iade sebebini, iddianamede yer alan ifadelerden dolayı ek bir araştırmaya gerek kalmaksızın mahkemenin açıkça ve tartışmasız olarak görevsiz veya yetkisiz olduğunun anlaşılması durumu ile sınırlı tutarak yorumlamak gerekir. Nitekim bu husus, 5353 sayılı Kanun'un 27. maddesinin gerekçesinde de "*görevsizlik ve yetkisizlik konusunda iddianamede bariz çelişki ya da yanlışlık bulunması*" şeklinde ifade edilmiştir. Mahkeme, görevli ve yetkili mahkeme konusunda, sadece savcıdan farklı bir hukuki değerlendirme yapması nedeni ile aksi sonuca varıyorsa, sorun yetki ve görev uyumsuzluğunun konusu olabilecek bir husustur, iddianamenin iadesi ile halledilemez.³¹ Mahkeme böyle bir

³⁰ Özar, savcının yeterli şüpheye ulaşmadığı gerekçesiyle iddianamenin iade edilemeyeceği görüşündedir. Görüşünü delillerin yeterli şüphe oluşturup oluşturmadığı hususunun, maddî meseleyle temasa geçmeyi, kanaati oluşturmayı sonuçladığı tespitiyle gerekçelendirmektedir. Aksi görüşün kabulünün ihsası reye, ön yargılamaya ve adil yargılamamaya neden olacağını ileri sürmektedir. Özar, "İddianamenin İadesi Tespitler, Sorunlar ve Öneriler", http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20icerik/Suleyman%20ÖZAR.htm, (30.09.2008)

³¹ Kilis Milletvekili Hasan Kara ve İki Millet Vekilinin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu, <http://>

durumda görevsiz olduğu kanaatindeyse, iddianamenin kabulünden sonra görevsizlik kararı vermelidir.³² Kanımızca davaya bakan mahkemenin kovuşturmanın her hal ve derecesinde görevli olup olmadığına karar verebileceğini söyleyen CMK'nın 4. maddesi bu yorumu desteklemektedir. Çünkü kovuşturma evresi CMK'nın 175. maddesine göre iddianamenin kabulü ile başlar ve CMK'nın 4. maddesinde bilinçli olarak kovuşturma ibaresine yer verilmiştir.

Ancak hükmün bu şekilde yorumlanması, 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun ile CMK'nın 6. maddesinde yapılan değişiklikten önce asıl görevli mahkemenin alt dereceli bir mahkeme olduğu gerekçesine dayalı olarak görevsizlik kararı verilmesine engel olmaktadır. Şöyle ki; *“söz konusu maddede iddianamenin kabulünden sonra, yargılamanın alt dereceli bir mahkemeye ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilemeyeceği”* ifade edilmekteydi. Bu durum haklı olarak eleştiri konusu yapılmaktaydı.³³ Yapılan eleştirileri dikkate alan kanun koyucu³⁴ sorunu, 6. maddeyi *“Duruşmada suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez”* şeklinde yeniden formüle ederek giderdi. Yapılan bu değişiklikle birlikte artık ceza mahkemelerinin iddianameyi kabul ettikten sonra, henüz duruşma yapılmadan önce yargılama görevinin alt dereceli mahkemeye ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermesi mümkün hale gelmiştir.

Öte yandan mahkeme yetkisiz olduğu kanaatindeyse, *“yetkisizlik iddiası sanık tarafından ancak ilk derece mahkemelerinde duruşmada sorgusundan, bölge adliye mahkemelerinde incelemenin başlamasından ve duruşmalı işlerde inceleme raporunun okunmasından önce bildirir, bu aşamadan sonra ileri sürülemez, mahkeme de bu hususta re'sen karar veremez”* diyen CMK'nın 18. maddesi dikkate alındığında iddianameyi kabul etmekle yetinecek, sanığın yetkisizlik konusunda harekete geçmesini bekleyecektir. Bu durumun yetkisizliği temyiz bakımından kesin hukuka

www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss903m.htm, (29.10.2005)

³² Aynı yönde bkz. Y. 11.CD., E.2006/5263, K.2006/8292, T.18.10.2006, Y. 3.CD., E.2007/8659, K.2007/5291, T.27.06.2007, <http://www.kazanci.com.tr/>, (08.09.2008)

³³ Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Raporu, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/163doc>, (28.10.2005)

³⁴ Adalet Komisyonu Raporu için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1255m.htm>, (10.01.2007)

aykırılık hallerinden sayan CMK'nın 289 maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi ile bağdaşmadığı da açıktır.

3. İddianamede Ceza Muhakemesi Kanunu'nun

170. Maddesinin 3. Fıkrası Gereğince

Yer Alması Gerekli Olan Hususlara Yer Verilmemiş Olması

Gerek CMK'da, gerekse CMUK'da iddianamede bulunması gereken unsurlar belirtilmiştir. Konuya ilişkin düzenlemenin yapıldığı CMK'nın 170. maddenin 3. fıkrası, CMUK'nın 163. maddesiyle kıyaslandığında; CMK'daki sayımın daha ayrıntılı³⁵ olduğu görülür.

CMK'ya göre iddianamenin unsurları şöyle ifade edilebilir: şüphelinin kimliği, müdafii, maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği, mağdur veya suçtan zarar görenin vekili veya kanuni temsilcisi, açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği, şikayette bulunan kişinin kimliği, şikayetin yapıldığı tarih, yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri, suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, suçun delilleri, şüphelinin tutuklu olup olmadığı, tutuklanmış ise gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri.

CMK'da her ne kadar iddianamenin unsurları arasında zorunlu olanlar ve zorunlu olmayanlar şeklinde bir ayırım yapılmamış olsa da böyle bir ayırım yapmak işin niteliği gereğidir. Şöyle ki; şüphelinin kimliği,³⁶ suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, suçun delilleri,³⁷

³⁵ İddianamenin unsurlarının CMK'da daha ayrıntılı olarak düzenlenmesinin sebebinin CMUK döneminde uygulamada yaşananlar olduğuna ilişkin olarak bkz. Özbek, s. 504.

³⁶ İddianamede şüphelinin sadece fiziki kimliğine yer verilmesinin bir iddianamenin iadesi sebebi olduğuna ilişkin bkz. Öztürk / Erdem, s. 644; Özbek, s. 503; aksi görüş olarak kimliği hakkında konuşmayan şüpheli hakkında iddianame düzenlenebileceğine ilişkin bkz. Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2005), s. 340; Toroslu/ Feyzioğlu, s. 125.

³⁷ CMK'nın 58. maddesi, tanık olarak dinlenecek kişinin kimliğinin ortaya çıkmasının kendisi ya da yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturması halinde kimliğinin saklı tutulması için gerekli önlemlerin alınacağını düzenlemektedir. Olayda böyle bir durum varsa savcı iddianamede deliller kısmında nedenini açıklayarak söz konusu tanığın ismine yer vermeyebilir. Bunun dışındaki hallerde delil olarak tanıklar gösteriliyorsa tanıkların isimlerine iddianamede yer verilmesi zorunludur. Aksi tutum iddianamenin iadesi nedeni olarak değerlendirilmelidir.

şüphelinin tutuklu olup olmadığı, yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri mutlaka istisnasız her iddianamede yer alması gereken zorunlu unsurlar olarak nitelendirilmelidir. Eksiklikleri halinde her halükarda iddianame mahkemece iade edilmelidir.³⁸ Kanunda iddianamede yer alması gereken unsurlar arasında açıkça belirtilmemiş olmamasına rağmen savcının imzasının da iddianamede yer alması gerekir. Kanımızca bu unsur, zorunlu unsurlardan kabul edilmelidir, çünkü bulunmaması halinde iddianame yok hükmünde olacaktır.³⁹

Öte yandan şüpheli gözaltına alma ve tutuklama tarihleri, bunların süreleri, müdafî, maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği, mağdur veya suçtan zarar görenin vekili veya kanuni temsilcisi, açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği, şikayette bulunan kişinin kimliği, şikayetin yapıldığı tarihi unsurları, ancak mevcutlarsa iddianamelerde aranacaktır. Olayda söz konusu unsurlar yoksa bunların iddianamede mevcut olmamasının CMK'nın 170. maddesine aykırılık oluşturduğu söylenemeyecektir.⁴⁰ Bu sebeple yukarıda sayılan bu unsurların eksikliği, olayda var olmalarına rağmen iddianamede yer verilmemiş olmaları haliyle ile sınırlı olmak üzere, iade sebebi teşkil eder.⁴¹

İddianamede yer verilmesi gereken unsurların sadece yazılmış olması bir anlam ifade etmez.⁴² Mahkemece yapılan inceleme sırasında bu bilgilerin elde edilen bulgularla uyumu derin bir araştırmaya girmeksizin iddianamenin içeriğiyle kıyaslanmak suretiyle irdelenecek, olumsuz bir kanaate ulaşılması halinde ise iddianamenin iadesine başvurulacaktır.⁴³ Örneğin, iddianamede yer alması gereken suçun

³⁸ Burada eksiklik, karışıklığa neden olabilecek hataları da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Örneğin isim karışıklığına neden olan hatalar iade sebebi olarak değerlendirilmelidir. Öte yandan hiçbir karışıklığa neden olmayan basit imla hataları iade sebebi teşkil etmez. Bkz. Öztürk /Erdem, s. 645. Öğretide Şahin tarafından ileri sürülen bir görüşe göre deliller kamu davası açılması açısından yeterli ise iddianamede bulunması gereken diğer unsurlara yer verilmemesi sebebiyle iade kararı verilmesi kurumun amacına uygun düşmez. Bkz. Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, s. 115-116.

³⁹ Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku (2005)*, s.367.

⁴⁰ Özbek, s. 504.

⁴¹ Özbek, s. 507.

⁴² Özkorul, İsmet, "Ceza Muhakemesi Kanunu", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/173doc>, (28.10.2005)

⁴³ Ancak Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi, 12.12.2005 tarih ve E:2005/6961,

delilleri unsurunun sadece şeklen bulunması yeterli kabul edilmemelidir. Bu bağlamda iddianamede yer alan deliller kısmında sıralanan delillerin, iddianamenin yüklenen suç oluşturulan olaylar ile mevcut delillerin ilişkilendirilmesine ilişkin kısımlarıyla uyum içerisinde olması gereklidir. İddianamenin delillerle ilişkin bölümünde kendisine olay bakımından sonuç bağlanan bir başka ifade ile ilişki kurulan delillere yer verilmemesi kanımızca bir iade sebebi sayılmalıdır.

Ancak söz konusu iade sebebine ilişkin bu yorumun geçerli olmayacağı bir istisna vardır. Şöyle ki; iddianamede yer alması zorunlu unsurlardan olmakla birlikte yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri bakımından çok daha kısıtlı bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu unsurlar bakımından mahkeme sadece şekli açıdan inceleme yapabilir, ancak mevcut olmamaları halinde iddianame iade edilebilir. Yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddelerinin yanlış olması bir iade sebebi teşkil etmeyecektir. Çünkü suçun hukuki nitelendirilmesine dayalı olarak iddianamenin iadesi mümkün değildir. Bu husus, Yargıtay İkinci Ceza Dairesi'nin 14.06.2006 tarihli E.2006/4907, K.2006/12064 nolu kararında işlendiği iddia edilen suçun öğelerinin oluşup oluşmadığının tek tek tartışılmadığı gerekçesiyle iddianame iade edilemez denerek vurgulanmıştır.⁴⁴

4. İddianamede, Yüklenen Suçu Oluşturan Olaylar ile Mevcut Delillerin İlişkilendirilmemesi

İddianamede yer alması zorunlu olan bölümlerden birisi de yüklenen suç oluşturulan olaylar ile mevcut deliller arasındaki ilişkinin açıklandığı bölümdür. Böyle bir açıklamanın iddianamede yer alması tabii olmakla birlikte, CMUK'da konuya ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemesi sebebiyle olsa gerek, uygulamada sıklıkla aksi tutum sergilenmişti. Bu durum çoğu kez iddianamede sadece soyut bir iddianın bulunmasına ve dolayısıyla şüphelinin iddianameyi tebellüğ ettiği anda kendisini layığı ile savunmasını sağlayacak şekilde üstüne yüklenen suçun içeriğini öğrenememesine neden olmuştu. Ayrıca mahke-

K:2005/9421 no.lu kararında iddianamede suç tarihinin yanlış yazılmasını mahalinde düzeltilmesi mümkün olan bir hata olarak nitelendirmiş, iddianamenin iadesi bakımından yeterli görmemiştir. Karar için bkz www.adalet.org/ckarar.php, (01.03.2006)

⁴⁴ karar için bkz. <http://www.kazanci.com.tr/>, (30.01.2007)

meler de, soruşturma evresinde imkan olmasına rağmen toplanmayan delilleri bizzat toplamak zorunda kalmış, tek celse ilkesinden daha da uzaklaşmıştı.⁴⁵

Bu sakıncaların önüne geçmek isteyen kanun koyucu, iş birliği sistemi ruhuna dayanan CMK'da, açıkça iddianamede yüklenen suçu oluşturan olaylar ile mevcut deliller arasındaki ilişkiye konu olan bir bölümün bulunmasını zorunlu kılan bir düzenleme yapma yolunu seçmiştir. Böylece deliller ve olaylar arasında her hangi bir ilişkilendirmeye gidilmeksizin, delillerin tüm takdirinin mahkemeye bırakılarak iddianamelerin hazırlandığı dönem kapanmıştır.⁴⁶

CMK'nın 174. maddesinin 170. maddeye yaptığı atfa dayalı olarak, yüklenen suçu oluşturan olaylar ile mevcut delillerin ilişkilendirilmemesi, ceza muhakemesi hukukumuz bakımından bir iddianamenin iadesi sebebidir.⁴⁷ Kuşkusuz bu iade sebebinin; deliller ile olaylar arasında hiçbir ilişki kurulmaması durumu ile sınırlı olarak yorumlamak gerekir. Kanımızca esas itibariyle iddianamede şeklen böyle bir bölümün olması yeterli değildir. Söz konusu bölümde ciddi çelişkiler ve tutarsızlıklar varsa iddianamenin iadesi yoluna gidilmelidir. Ancak mahkemenin sadece savcıdan daha farklı bir hukuki değerlendirme yapmasına dayalı olarak aynı görüşte olmaması sebebiyle iddianame iade edilemez.

5. Mevcut Olmasına Rağmen, İddianamenin Sonuç Kısmında, Şüphelinin Lehine Olan Hususların İleri Sürülmemesi

CMK'nın 160. maddesinin 2. fıkrasında savcının görevleri sıralanırken sanığın hem lehine hem de aleyhine olan delilleri toplaması ve şüphelinin haklarını korunması ödevi ifade edilmiştir. Buna paralel

⁴⁵ Davanın tek ve zorunlu hallerde birbirini izleyen oturumlarda ve hatta olanaklı ise bir günde sonuçlanabilmesi için iddianamenin tüm yönleriyle doğru ve eksiksiz olarak mahkemeye verilmesi gerektiği, bu zorunlulukla iddianamenin iadesi kurumunun işlevi arasındaki bağlantı bulunduğu konusunda bkz. Y.2. CD., E. 2006/4907, K.2006/ 12064, T.14.06.2006, <http://www.kazanci.com.tr/>, (30.01.2007)

⁴⁶ Özkurul, İsmet, "Ceza Muhakemesi Kanunu", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/173doc>, (28.10.2005)

⁴⁷ Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, s.117., Özbek, s.507-508., Aydın, Murat, "İddianamenin Unsurları ve İadesi", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.6, Mayıs 2006, s.172.

olarak CMK'nın 170. maddesinin 5. fıkrasında olayda mevcut olması halinde iddianamenin sonuç kısmında şüphelinin lehine olan hususların da yer alması gerektiği düzenlenmiştir. CMK'nın 174. maddesinin 170. maddeye yaptığı yollama sebebiyle savcının aksi tutumu, iddianamenin iadesi sebebi teşkil eder.⁴⁸ Örneğin sanık aleyhine olup, kanuna aykırı elde edilen delilin bu niteliğine iddianamede yer verilmemesi, bir iddianamenin iadesi sebebi olarak değerlendirilmelidir.⁴⁹

Mahkeme, şüphelinin lehine olan hususlara iddianamede yer verilip verilmediğine ilişkin denetimi yaparken sadece iddianamenin içeriği ve soruşturma evraklarından yararlanacaktır, bunun dışında kendisi bizzat yeni bir araştırmaya girişmeyecektir. Yani şüpheli lehine olan hususlara eğer savcı iddianamede yer vermediyse ve soruşturma evrakında da bu hususlar anlaşılmıyorsa, mahkemenin mevcut olmasına rağmen şüphelinin lehine olan hususlara yer verilmemiş olması sebebine dayanarak iddianameyi iade etmesi mümkün olmayacaktır. Kanımızca bu iade sebebi savcının şüpheli lehine delil toplama görevini yerine getirip getirmediğinin denetlenmesi bakımından sonuç getirebilecek nitelikte değildir. Sadece bir temenninin yansımasıdır.

6. İddianamenin Sonuç Kısmında, İşlenen Suç Dolayısıyla İlgili Kanunda Öngörülen Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinden Hangilerinin Hükmedilmesinin İstendiğine Açıkça Yer Verilmemesi

İddianamede savcılık makamınca mahkemeden işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerinin hükmedilmesinin istendiğine ilişkin bilgiye yer verilmemesi, iddianamenin iadesi nedenidir. Bu iade nedeni, iddianamenin daha dikkatli bir şekilde hazırlanmasını sağlayacağı gibi, şüphelinin ne ile cezalandırılma tehlikesi altında olduğunu iddianamenin tebellüğü ettiği anda öğrenmesine ve savunmasını ciddiye almasına imkan tanıyacaktır. Ayrıca CMK'da alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından mecburi müdafilik sistemi öngörülmüştür. Bu durumun olayda var olup olmadığının daha kolay denetlenebilmesi

⁴⁸ Y.11.CD., E. 2006/3835, K. 2006/6168, T. 3.7.2006, [http:// www.kazanci.com.tr/](http://www.kazanci.com.tr/), (30.08.2008)

⁴⁹ Öztürk /Erdem, s. 646.

bakımından da söz konusu iade sebebinin varlığı kanımızca oldukça yerindedir.

7. Suçun Tüzel Kişinin Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi Halinde, İddianamenin Sonuç Kısmında İlgili Tüzel Kişi Hakkında Uygulanabilecek Olan Güvenlik Tedbirlerine Açıkça Yer Verilmemesi

Suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda iddianamenin sonuç kısmında ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbirlerine açıkça yer verilmesi gerekir. Aksi tutum iddianamenin iadesi nedenidir.

Bu iade sebebine dayalı olarak mahkemenin iddianamenin iadesine karar verebilmesi için iki şartın varlığı gerekir. Bunlardan ilki; işlendiği iddia olunan suçun kanunda tüzel kişi aleyhine güvenlik tedbirine hükmedilebileceği belirtilen suçlardan olmasıdır. Ancak mahkeme savcıdan farklı bir hukuki nitelendirme yaparak işlendiği iddia olunan suçun iddianamede belirtilenden farklı olduğu ve bu sebeple tüzel kişiler aleyhine güvenlik tedbiri uygulanmasını gerektirdiğinden bahisle iade kararı veremez. Çünkü kanunda suçun hukuki niteliğinin farklı olduğu gerekçesiyle iddianamenin iadesi yasaklanmıştır. Bulunması gereken ikinci şart; suçun tüzel kişinin yararına ve onun faaliyeti çerçevesinde organ veya temsilcilerinin iştirakiyle işlendiği konusunda savcılık tarafından yeterli şüphenin ortaya konmasıdır.

a. İddianamenin, Suçun Sübutuna, Mutlak Etki Edeceği Muhakkak Olan Delilin Toplanmadan Düzenlenmiş Olması

İddianamenin suçun sübutuna mutlak etki edeceği muhakkak olan delil toplanmadan düzenlenmiş olması, 5353 sayılı Kanun ile getirilen yeni bir iddianamenin iadesi sebebidir.

Bu iade sebebinin, toplanma imkanı bulunduğu halde Cumhuriyet savcısı tarafından suçun sübutuna etki edecek mevcut bir delilin toplanmamış olması haliyle sınırlı olarak yorumlamak lazımdır.⁵⁰ Yani

⁵⁰ Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi 20.02.2006 tarih, E.2005/13667, K.2006/1455 no.lu

ulaşma olanağı bulunan bir delilin savcının ihmali ya da gözden kaçırması gibi sebeplerle toplanmamış olması gerekir. Bir başka ifade ile savcının soruşturma evresinde suçun sübutuna mutlak etki edecek bir delili tüm çabasına rağmen toplaması mümkün olmamış ise söz konusu iade nedeni oluşmaz.⁵¹ Bu durumda mahkeme iddianameyi iade etmek yerine, maddi gerçeğe ulaşmak ve adil yargılamayı sağlamak bakımından gerekli olan delilleri bizzat toplayacaktır.⁵²

Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi'nin 17.10.2005 tarihli 2005/6128 Esas ve 2005/7578 Karar no.lu kararında belirtildiği üzere Cumhuriyet savcısının tüm delilleri toplamasına rağmen keşif yapmadan iddianame düzenlemesi, iddianamenin iadesini gerektiren bir sebep değildir. Çünkü esas olarak keşif yapma yetkisi, mahkeme ya da hakime aittir. Savcı ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde keşif yapabilir. İddianamenin düzenlenerek mahkemeye sunulmasından sonra, bizzat mahkemece keşif yapılabileceğinden, artık savcının keşif yapmasını gerektiren gecikmesinde sakınca olan bir durumun varlığından söz edilemeyecektir.⁵³ Aynı bağlamda suçun sübutuna mutlak etki edeceği açık olan delillerin toplanması hakim kararına bağlı ise (örneğin moleküler genetik inceleme gibi) iade kararı verilmemelidir.⁵⁴

Öte yandan iddianamenin suçun sübutuna mutlak etki edeceği

kararında, hırsızlık suçuna ilişkin olarak suç yeri incelemesi, parmak izi tespiti ve karşılaştırma belgelerinin iddianamede bulunmamasını, suçun sübutuna mutlak etki edeceği muhakkak olan delillerin toplanmaması nedenine dayalı olarak iddianamenin iadesini gerektiren bir durum olarak nitelendirmiştir. Karar için bkz. <http://www.kazanci.com.tr/>, (30.01.2007)

⁵¹ Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, s.117.

⁵² Belirtmek gerekir ki; CMK'nın 217. maddesinde yer alan hakim kararını ancak huzuruna getirilmiş ve tartışılmış delillere dayandırabileceği şeklindeki düzenleme, mahkemenin bizzat delil toplayamayacağı yönünde değerlendirmeler yapılmasına neden olabilecek niteliktedir. Gerçekten lâfzî olarak düzenleme böyle bir kabulü haklı kılmaktadır. Ancak böyle bir kabulün ceza muhakemesinin amacıyla ve kanunun ruhuyla bağdaşmayacağı da açıktır. Yargıtay CMK döneminde de isabetli bir biçimde aynı anlayış içinde kanunun sözüne değil, özüne itibar ederek delillerin toplanması ve değerlendirilmesinin mahkemeye ait bir görev olduğu görüşünü sürdürmektedir. Bu yönde bkz. Y.9.CD., E.2005/6961, K.2005/9421, T.12.12.2005, <http://www.kazanci.com.tr/>, (30.01.2007)

⁵³ bkz. Y.9.CD., E.2005/6128, K.2005/7578, T.17.10.2005, www.adalet.org/ckarar.php, (01.03.2006), aynı yönde Y.3.CD., E.2006/5835, K.2006/4982, T.1.06.2006, <http://www.kazanci.com.tr/>, (01.09.2008)

⁵⁴ Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, s. 117.

muhakkak olan delilin toplanmadan⁵⁵ düzenlenmiş olması şeklindeki bu iddianamenin iadesi sebebi, son derece muğlaktır.⁵⁶ Ayrıca zararlı sonuçlara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Eksik toplanan deliller nedeniyle tek celse ilkesine aykırı olarak davanın uzamasına neden olacak olumsuzlukları gidermek amacıyla yapılan bu değişiklik yerinde değildir.⁵⁷ Şöyle ki; söz konusu bu düzenlemeye dayalı olarak verilen bir iddianamenin iadesi kararından çıkacak sonuç; sübut kelimesinin sözlük anlamı sabit olma, ispatlanma, ispatlama, gerçekleşme⁵⁸ olduğuna göre; mahkemece henüz hiç bir yargılama faaliyeti yapmadan, sanığa kendini savunma konusunda söz hakkı tanımadan, sadece iddianameye göre karar vermiş olduğudur.⁵⁹ Bir başka ifade ile iade gerekçesinde gösterilen delilin savcılık makamınca ortaya konması halinde mahkumiyet, bunun sağlanamaması halinde ise beraat kararının çıkacağıdır. Kısacası mahkeme görüşünü önceden belirtmiştir.⁶⁰ Bu durum mahkemenin tarafsızlığını zedeleyecek, savcıyı adeta muhakemede hakim konumuna getirecektir. Açıklamaya çalıştığımız nedenlerden dolayı söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 36. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırı olduğu düşüncesindeyiz.

⁵⁵ Feyzioğlu, haklı olarak "mevcut olduğu halde toplanmamış delil"den neyin kastedildiğinin belli olmadığını ifade etmektedir. Henüz kovuşturma başlamadığından re'sen araştırma yetkilerini kullanmayan mahkemenin, kolluk veya Cumhuriyet savcısının toplamadığı için soruşturma dosyasında yer almayan bir delillin varlığını nereden bileceği sorusunu sormaktadır. Feyzioğlu, "Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre, İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler", s. 32.

⁵⁶ Kanunun bu bendindeki ifade tarzı uygulamada, hangi delilin suçun sübutuna etki edeceği veya etmeyeceği ve hangi delilin mutlak sayılması ya da sayılmaması gerekeceği konusunda tereddütler doğuracaktır. Gültekin, s. 54.

⁵⁷ 5353 sayılı Kanun ile 174. maddeye yapılan bu ilavenin gereksiz olduğuna ve madde konseptine uymadığına ilişkin görüş için bkz. Şahin, *Cumhuriyet Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005, s. 536; Feyzioğlu, "Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre, İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler", s. 32.

⁵⁸ Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1996, s. 748.

⁵⁹ Feyzioğlu, "Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre, İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler", s. 32.

⁶⁰ Özbek, s. 508; Aksi görüş için bkz. Öztürk /Erdem, s. 645.

b. Önödemeye veya Uzlaşmaya Tabi Olduğu Soruşturma Dosyasından Açıkça Anlaşılan İşlerde İddianamenin, Önödeme veya Uzlaşma Usulü Uygulanmaksızın Düzenlenmiş Olması

5353 sayılı Kanun ile CMK'nın 174. maddesi değiştirilmeden önce madde metninde; ön ödemeye tabi işlerde kamu davası açılmayacağı, aksi halde iddianamenin iade edileceği ifade ediliyordu. Söz konusu iade sebebine ilişkin düzenlemenin soru işaretleri doğurabilecek şekilde kaleme alındığı, bu nedenle de yetersiz olduğu ortadaydı. Örneğin savcının ön ödeme kapsamında görmediği suçu hukuki nitelendirme farklılığı nedeniyle mahkeme ön ödeme kapsamında görürse iddianame iade edilebilecek mi, edilemeyecekse bu sebebe dayalı olarak iddianamenin iade edilmesi için hangi şartlar var olmalıdır sorularına ilişkin cevaplar açık değildi. Ayrıca CMK ile hukukumuzda yeni giren uzlaşma kurumunun amacı düşünüldüğünde, uzlaşmaya tabi bir suç hakkında bu usule başvurmaksızın savcılıkça iddianame düzenlenmesi halinde, iddianamenin iade edilebilmesi gerektiği ortadaydı, buna rağmen konuya ilişkin yasal düzenleme bulunmamaktaydı.⁶¹ Bu temel gerekçelerle 5353 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle ön ödemeye veya uzlaşmaya tabi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde iddianamenin ön ödeme veya uzlaşma usulü uygulanmaksızın düzenlenmiş olması⁶² bir iade sebebi olarak nitelendirildi. Böylece

⁶¹ 5353 sayılı Kanunu'na ilişkin Adalet Komisyonu raporunda aynı gerekçelere dayalı değişiklik ihtiyacına yer verilmiştir. Bkz. Kilis Milletvekili Hasan Kara ve İki Millet Vekilinin Ceza Muhakemesi Kanunda Değişiklik Yapılmasına dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss903m.htm>, (29.10.2005)

⁶² Yargıtay 10. Ceza Dairesi, verdiği bir kararda kanunda yer alan "ön ödeme veya uzlaşma usulü uygulanmaksızın" ifadesinin anlamını şu sözlerle ortaya koymaktadır: "...Anılan maddedeki "ön ödeme usulü uygulanmaksızın" ibaresi, iddianamedeki atılı suçun ön ödemeye tabi olması halinde, C. Savcılığı'nca süpheliye ön ödeme ihtarının yapılmaması veya usulüne uygun olarak tebliğ edilmemiş olmasına karşın iddianame ile dava açılması anlamına gelmekte olup önödeme ihtarının içeriğinde yer alması gereken diğer hususlardaki aykırılıkların, ön ödeme usulünün uygulanmaması olarak kabul edilmesi olanaksızdır. Zira, yasa koyucunun amacı böyle olmasa idi, ilgili hüküm "ön ödeme usulü uygulanmaksızın" değil, "usulüne uygun ön ödeme ihtarını yapılmaksızın" düzenlenen iddianamenin iadesinin gerektiği şeklinde düzenlenirdi. Aksi durumun kabulü, duruşma tensip kararı ile yeniden ön ödeme ihtarını yapılması olanağı bulunmakta iken, mahkemeler ile C. Savcılıkları arasındaki, ön ödeme ihtarının içeriğine ilişkin tüm hukuki görüş aykırılıklarının, iddianamenin iade sebebi haline getirilmesi, dolayısıyla da, soruşturmanın ve buna bağlı olarak da yargılamanın daha da uzaması sonucunu doğuracaktır." Karar

uzlaşma konusundaki tereddüt ortadan kaldırıldığı gibi, savcının ön ödeme ya da uzlaşma kapsamında görmediği suçu, hukuki nitelendirme farklılığı sebebiyle ön ödeme ya da uzlaşma kapsamında gören mahkemenin iddianamenin iadesi yoluna gitmeyeceği ve bizzat kovuşturma evresinde uzlaşma veya ön ödeme usulüne başvuracağı açıklığa kavuşmuş oldu. Kanımızca yukarıda ifade etmeye çalıştığımız sorulara ilişkin endişeleri ortadan kaldırması bakımından 5353 sayılı Kanun ile yapılan değişik oldukça yerindedir.

B. İddianamenin İadesinin Yasak Olduğu Haller

1. Soruşturma Evrakının ve İddianamenin Mahkemeye Sunulduğu Tarihten İtibaren On Beş Günlük Sürenin Geçmiş Olması

Mahkeme, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren en çok on beş gün içinde iddianamenin iadesi kararı verebilir. On beş günlük sürenin sonunda iddianamenin iadesi mümkün değildir.⁶³ CMK'nın 174. maddesinin 5353 sayılı Kanun ile değiştirilmesinden önce söz konusu süre yedi gündü. Bu sürenin sekiz gün daha artırılmasının nedeni, 5353 sayılı Kanun ile mahkemenin ilk iade kararının gerekçesinde yer alan sebeplerle bağlı kalınacağı şeklinde yeni bir şart öngörülmesi⁶⁴ ve kanun koyucu tarafından bu sebeple konu hakkında titiz bir değerlendirme yapmasının çok önemli görülmesi olabilir.

çin bkz. Y.10.CD., E.2007/693, K.2007/7075, T.11.06.2007, <http://www.kazanci.com.tr/>, (01.09.2008), Öğretide Aydın, Yargıtay tarafından ortaya konulan bu anlayışa karşıdır. Yazar iddianameyi inceleyen mahkemenin soruşturma aşamasında uzlaşma ve ön ödeme işlemi yapılmasına rağmen uzlaşma veya ön ödeme gerçekleştirilmemiş ise bu işlemlerde izlenen usulün yerinde olup olmadığına da bakması gerektiği düşüncesindedir. Aydın, "İddianamenin Unsurları ve İadesi", s. 173.

⁶³ Öztürk ve Erem iddianamenin iadesi için öngörülen sürenin hak düşürücü sürelerden farklı olarak özürsüz olarak geçirilse de eski hale getirilemediğini, zamanaşımı sürelerinin aksine kesilmediğini ve durmadığını saptamaktadır. Bununla birlikte esasa şeklin kurban edilmemesi gerektiği gerekçesiyle mahkemenin iddianamede gerçekten esaslı eksiklik veya hata varsa, on yedinci günde de süreye bakmaksızın yanlışlık ve eksiklikleri giderilmesini savunmaktadır. Öztürk /Erdem, s. 647.

⁶⁴ Kilis Milletvekili Hasan Kara ve İki Millet Vekilinin Ceza Muhakemesi Kanunda Değişiklik Yapılmasına dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss903m.htm>, (29.10.2005)

İddianamenin iadesi açısından öngörülen bu süre kesin niteliktedir.⁶⁵ Öngörülen sürenin kesin oluşu muhakeme kanunları tarafından mahkeme için öngörülen sürelerin düzenleyici süre olması kuralının istisnası niteliğindedir. Çünkü CMK'nın 174. maddesinin üçüncü fıkrasına göre bu süre içerisinde iade edilemeyen iddianame kabul edilmiş sayılacağından, bu süreye uymamanın bir yaptırımı mevcuttur. Bu durum eleştirilmeye değerlidir. Çünkü sürenin kesin oluşu kurumunun amacıyla bağdaşmamaktadır. Bu düzenleme iş yoğunluğu nedeniyle iddianamenin süresinde incelenmemesi halinde kamu davasının muhtemel eksikliklerle açılmış sayılmasına neden olacaktır.⁶⁶

Sürenin hukuki niteliği ise dava süresine benzemektedir. Çünkü söz konusu bu süre zamanaşımı sürelerinden farklı olarak kesilmekte ve durmamaktadır, hak düşürücü sürülerin aksine kusursuz olarak geçirildiğinde eski hale getirilmesi de mümkün değildir.⁶⁷

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre sürenin iddianamenin teslim edildiği günden başlatılması gerekir. Bu görüş mahkemenin iddianamenin kendisine teslim edilmesiyle iddianameyi inceleme imkanına kavuşacağı savıyla gerekçelendirilmektedir. Yine bu görüşe göre sürenin dolup dolmadığı her günü 24 saat üzerinden hesaplamak suretiyle belirlenmelidir. Ancak sürenin gün ortasında bitmesi halinde uygulamaya ve yasa hükümlerine uygun olacağı için süre mesai saati bitimine kadar uzatılmalıdır.⁶⁸ Kanımızca bu görüş iki açıdan eleştirilebilir. Yöneltilebilecek ilk eleştiri, sürenin sadece iddianamenin teslim tarihinden başlatılmasıyla ilgilidir. Oysa kanun sadece iddianamenin değil ve açıkça hem iddianamenin hem de soruşturma evrakının teslim tarihinin esas alınacağını öngörmektedir. Bu sebeple yalnızca iddia-

⁶⁵ Öztürk/Erdem, s. 647; Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, s. 118., Aydın, "İddianamenin Unsurları ve İadesi", s. 170; Öğretide Feyzioğlu aksi görüştedir. On beş günlük sürenin davayı açan iddia makamına değil, kendisine sunulan iddianame üzerinde işlem yapmakla yükümlü kılınan mahkemeye hitap ettiğini bu sebeple sürenin düzenleyici olduğunu savunmaktadır. Feyzioğlu, "Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre, İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler", s. 31-32.

⁶⁶ Özbek, s. 507; Feyzioğlu, "Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre, İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler", s. 32.

⁶⁷ Öztürk/Erdem, s. 647.

⁶⁸ Centel/Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku (2005)*, s. 370.

namenin ya da soruşturma evrakının verilmesi sürenin başlaması için yeterli olmayacaktır. Kaldı ki soruşturma evrakının teslim edilmemesi halinde iddianamenin iade sebepleri açısından tam olarak incelenmesi de mümkün değildir. Getirilebilecek ikinci eleştiri sürenin hesaplama biçimine ilişkindir. CMK'nın 174. maddesinin birinci fıkrasında iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren denildiği için iddianamenin ve soruşturma evrakının teslim edildiği gün hesaba katılmamalıdır. Sürenin dolup dolmadığı iddianamenin ve soruşturma evrakının teslim edildiği günü izleyen günden başlayarak saat olarak değil, gün hesabıyla belirlenmeli ve sürenin on beşinci günün mesai saati bitimine kadar devam ettiği kabul edilmelidir.

2. İade Sebebinin Suçun Hukuki Nitelendirmesine İlişkin Olması

Mahkemece, suçun hukuki nitelendirmesinin savcının değerlendirilmesinden farklı takdir edildiği gerekçesiyle iddianame iade edilemez. CMK'nın 174. maddesinin 5353 sayılı Kanun'la değiştirilmesinden önce iddianamenin iadesi bakımından böyle bir yasak hal söz konusu değildi. İddianamenin CMK'nın 170. maddesindeki unsurları içermemesinin tespit edilmesi bir iade nedeni olarak düzenlenmişti. CMK'nın 170. maddesinin 3. fıkrasının (h) bendinde yüklen suç⁶⁹ ve uygulanması gereken kanun maddeleri sayıldığından suçun hukuki niteliğine ilişkin değerlendirme bir iade sebebi olarak gösterilebilir şeklinde çıkarımda bulunulabilirdi. Kanımızca bu değişiklik, suçun hukuki nitelendirmesinde hata olduğu gerekçesine dayalı hemen hemen her iddianamenin iadesi kararında, mahkemenin ihsası reyde bulunduğu yönünde yapılabilecek haklı eleştiriler ve buna ek olarak yöneltilecek taleplerden korunulması sağlanmıştır. Kaldı ki, zaten mahkeme savcının fiilin konusundaki nitelendirmesiyle bağlı değildir.

Ancak yine de savcının iddianameyi hazırlarken suçun hukuki nitelendirmesinde son derece dikkatli davranması gerektiği açıktır. Çün-

⁶⁹ İşlendiği iddia olunan suçun öğelerinin iddianamede tek tek gösterilmemesinin iddianamenin iadesini gerektiren bir hal olarak değerlendirilemeyeceği, aksinin kabulünün suçun hukuki nitelendirmesinin yanlış yapılması sebebiyle iddianamenin iade edilemeyeceği kuralıyla çelişeceğine ilişkin Yargıtay İkinci Ceza Dairesi'nin 14.06.2006 tarihli E.2006/4097, K.2006/12064 nolu kararı için bkz. <http://www.kazanci.com.tr/>, (30.01.2007)

kü bariz bir yanlış değerlendirme, kişinin lekelenmeme hakkını ihlal ederek hiçbir ilgisi olmamasına rağmen toplum nazarında çok ağır bir suçtan dolayı sanık sandalyesine oturmasına sebebiyet verebilir ya da sanığın savunmasını ciddiye almamasına neden olabilir. Bu tür ciddi hataların, sanığın iddianameyi tebellüğ ettiği anda isnat edilen suç, bu bağlamda neye karşı savunma yapacağını öğrenmesini hedefleyen iddianamenin iadesi kurumunun ruhu ile bağdaşmaz.

3. İddianamenin, İadeye İlişkin İlk Kararda Belirtilmeyen Sebeplerle İkinci Kez İade Edilmesi

5353 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle getirilen bu yasak; iddianamenin mahkemece dikkatli şekilde incelenerek, iadeye ve gerekçelerine karar verilmesini sağlamak suretiyle, defalarca farklı nedenlerle aynı iddianamenin iadesinin, buna dayalı olarak makul sürede yargılama sınırını aşan olayların önünde geçmek amacını taşımaktadır.

Son derece yerinde olan bu düzenleme ile aynı iddianamenin her durumda sadece bir kez iade edilmesi sonucunu doğuran bir durum da oluşmamaktadır. Çünkü savcının iddianameyi, bir önceki iade kararında belirtilen eksikleri ve hataları ortadan kaldırmaksızın yeniden mahkemeye sunması halinde iddianame tekrar iade edilebilecektir.⁷⁰

Öte yandan, mahkemece iade edilen iddianamenin, savcılık tarafından iade kararının gerekçesinde belirtilen hususlar dışında yeniden başka unsurları içerecek şekilde düzenlenmesi ya da değiştirilmesi mümkündür. Ancak bu durumda mahkemeye sunulan yeni iddianamenin iadesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.⁷¹ Çünkü bu durumda aynı iddianamenin varlığından söz edilemez.

⁷⁰ Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, s.118; Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2007, s. 357.

⁷¹ Örneğin iddianamenin iadesi gerekçesi olaylar ile mevcut delillerin ilişkilendirilmemesi olsun. Savcı olayda yeni fail ve fillerin bulunduğu tespit edildiğini veya failin işlediği başka suçların ortaya çıktığını ya da failin yeni suçlar işlediğini ve yahut yeni delillere ulaşıldığını ifade eden bir iddianameyi mahkemeye sunduğunda, bu iddianame yeni bir iddianame olarak değerlendirilmelidir.

4. İddianamenin, Kanunda Sınırlı Sayıda Sayılan Nedenler Dışında Bir Neden ile İade Edilmesi

İddianamenin iadesi nedenleri kanunda sınırlı sayıda sayılmıştır. Bu nedenler konusunda mahkemenin takdir hakkı bulunmamaktadır.⁷² Kanunda sayılan nedenlerin dışında başka bir nedene dayalı olarak iddianamenin iade edilmesi mümkün değildir. Bir başka ifade ile kıyas yoluyla yeni iddianamenin iadesi nedenleri yaratılamaz. Bu gerekçeyle Yargıtay çeşitli kararlarında şu hususların iddianamenin iadesine neden olamayacağına karar vermiştir: Şüphelinin etkin pişmanlık halinin araştırılmaması, adli sicil kaydının, nüfus kayıtlarının iddianameye eklenmemesi,⁷³ müştekiye şüphelilerin gösterilerek canlı teşhis yaptırılmaması,⁷⁴ şüpheli hakkında çıkartılan yakalama emrinin makul bir süre beklenmemesi,⁷⁵ şüphelinin ifadesinin alınmaması,⁷⁶ tanıklarının ifadelerine başvurulması,⁷⁷ şüphelinin akıl hastası olup olmadığının akıl hastası ise ne zamandan beri akıl hastası olduğunun ve bu hastalığın davranışları üzerinde etkilerini saptayan sağlık raporunun aldırılmaması,⁷⁸ mağdurun adli tıp raporunun alınmaması.⁷⁹

C. İddianamenin İadesi Muhakemesinin Usulü ve İade Kararına İtiraz

İddianamenin iadesi kararı savcının hazırladığı iddianameyi mahkemeye sunmasından sonra gerçekleştirilen muhakemenin neticesin-

⁷² bkz., Y.1.CD., E. 2008/429, K. 2008/108, T. 21.1.2008, <http://www.kazanci.com.tr/>, (01.09.2008)

⁷³ bkz., Y.6.CD., E.2005/16219, K.2005/12658, T.27.12.2005, Y.10.CD., E.2006/8249, K.2007/1129, T.26.02.2007, <http://www.kazanci.com.tr/>, (01.09.2008)

⁷⁴ bkz. Y.6.CD., E.2006/11165, K.2007/4297, T. 09.04.2007, www.kazanci.com.tr, (30.08.2008)

⁷⁵ bkz. Y.11.CD., E. 2007/1930, K. 2007/1529, T. 08.03.2007, <http://www.kazanci.com.tr/>, (30.08.2008)

⁷⁶ bkz. Y.8.CD., E.2008/1054, K.2008/801, T.07.02.2008, Y.2.CD., E.2007/6622, K. 2007/7394, T. 23.5.2007, <http://www.kazanci.com.tr/>, (30.08.2008)

⁷⁷ bkz. Y.2.CD., E.2007/7749, K.2007/15582, T.28.9.2007, [www.mevbank.com.](http://www.mevbank.com/), (28.03.2008)

⁷⁸ bkz. Y.2.CD., E. 2007/12915, K. 2007/11684, T. 20.9.2007, <http://www.kazanci.com.tr/>, (30.08.2008)

⁷⁹ bkz. Y.8.CD., E. 2007/8868, K. 2007/6472, T. 1.10.2007, Y.5.CD., E. 2007/1215, K. 2007/1207, T.19.2.2007, <http://www.kazanci.com.tr/>, (30.08.2008)

de verilebilen bir karardır. Bu muhakeme aşamasında iddianamenin şüpheliye tebliğine olanak sağlayan bir düzenleme CMK'da bulunmamaktadır. Bu nedenle muhakeme diyalektik değildir. Mahkemenin önünde sadece soruşturma evrakı ve iddianame bulunduğundan şüphelinin muhakemedeki etkisi soruşturma evrakında yer alan beyanları ile sınırlıdır. Belirtmek gerekir ki bu durum adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olan silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.⁸⁰

Soruşturma evresi iddianamenin mahkeme tarafından incelendiği bu aşamada da devam ettiğinden savcının soruşturma evresine ilişkin görev, yetki ve sorumlulukları sürmektedir. Bu sebeple savcı örneğin tanık dinleyebileceği gibi gecikmesinde sakınca bulunan hallerde keşif yapabilecektir. Aynı nedenden dolayı mahkeme tarafından iddianamenin incelendiği aşamada soruşturma evresinin gizliliği ilkesine uygun davranılmalıdır.

Öte yandan savcının mahkemeye sunduğu iddianameyi mahkemece iddianamenin kabulü ya da iadesine ilişkin karar verilmeden ve on beş günlük inceleme süresi dolmadan önce geri almasının mümkün olup olmadığı kanunda düzenlenmemiştir. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre bu düzenleme boşluğu savcının iddianameyi geri çekmesine engel değildir.⁸¹

İddianamenin iadesi kararı ancak, savcılık makamınca kamu davası açılmasına yönelik olarak iddianamenin sunulduğu mahkeme tarafından verilebilir. Hakim tarafından bu kararın verilmesi mümkün değildir. Bu durum CMK'nın 174. maddenin birinci fıkrasında açıkça ifade edilmiştir.

Burada tartışılması gereken bir diğer husus, mahkemenin, iddianameyi eksikliklerini gidererek ve yanlışlıklarını düzelterek kabul etme yoluna gidip gidemeyeceğidir. Öğretide ileri sürülen bizim de katıldığımız görüşe göre, mahkemenin iade sebebi teşkil edebilecek nitelikteki bir eksikliği ya da yanlışlığı gidermesi mümkün olmasa gerekir. Çünkü iddia faaliyetiyle yargılama faaliyetinin tek bir kişi de veya kurulda birleşmesi mümkün değildir. Aksi halde adil yargılanma

⁸⁰ Tanrıku, M. Sezgin, "Adil Yargılanma Hakkı ve İddianamenin Kabulü, İadesi, Tebliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 64, 2006, s. 109.

⁸¹ Özbek, s. 507.

ilkesi ihlal edilmiş olur.⁸²

Mahkemece verilen iddianamenin iadesi kararına karşı sadece savcının itirazda bulunma hakkı vardır. Bu talep itiraza ilişkin hükümler dahilinde değerlendirilir.

D. İddianamenin İadesinin Sonucu

CMK'da CMUK'tan farklı olarak, savcının iddianameyi mahkemeye sunması, kamu davasının açılmasına, bu suretle soruşturma evresinden kovuşturma evresine geçilmesine ve şüphelinin sanık sıfatını almasına yol açmamaktadır. Tüm bunlar için öncelikle mahkeme tarafından iddianamenin kabulü gerekmektedir. İddianamenin kabulü, kamu davasının açılması bakımından kurucu bir şart niteliğindedir.⁸³ Bu nedenle CMUK'un yürürlükte olduğu dönemden farklı olarak, savcının iddianameyi mahkemeye sunması ile kamu davasının açılmış olacağını söylemek, artık hatalı olacaktır.⁸⁴ İddianamenin kabulü, mahkemenin kanunda iddianamenin iadesi için öngörülen süre içinde bu yola başvurmaması veya sürenin dolmasından önce iddianamenin kabulüne karar vermesi ile gerçekleştiğinden, iddianamenin iadesinin en önemli sonucu, kamu davasının açılmasına, bir başka ifade ile kovuşturma evresine geçilmesine engel oluşudur.

SONUÇ

İddianamenin iadesi kurumuna duyulan ihtiyacın kaynağında; CMUK'un yürürlükte olduğu dönemde, soruşturma evresinin ceza muhakemesindeki önemli işlevlerine rağmen verimsiz geçirilmesi, bunun sonucu olarak toplanabilecek olan tüm deliller toplanmadan ya da yeterli şüpheye ulaşmadan kamu davasının açılması, iddianamede

⁸² Öztürk/Erdem, s. 641.

⁸³ Feyzioğlu, s. 31.

⁸⁴ Toroslu ve Feyzioğlu, CMK'ya göre Cumhuriyet savcısının sadece kamu davasının açılması için iddianameyi düzenlemek ve bunu madde ve yer yönünden yetkili mahkemeye vermekle görevlendirilmiş olduğunu saptayarak, kamu davasını açanın cumhuriyet savcısı değil, iddianameyi kabul eden yetkili mahkeme olduğunu ifade etmektedir. Yazarlar böyle bir düzenlemenin itham etme ve yargılama görevinin aynı kişide toplanmasından doğabilecek sakıncaları içinde barındırdığından kuşku olmadığını belirtmektedir. Bu görüş için bkz. Toroslu/ Feyzioğlu, s. 268.

yer alması zorunlu unsurlara yer verilmemesi veya içeriklerinde bariz yanlışlıklar yapılması şeklinde gelişen davranışlar vardır.

CMUK döneminde bu hataların etkilerini kovuşturma evresinde ve daha da önemlisi toplumda gözlemleyebilen birçok hukukçu, soruşturma evresinin işlevini her somut olay için ne ölçüde yerine getirdiğinin denetlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu görüşler, hazırlanan Ceza Muhakemesi Kanunu tasarılarına da yansımış, çeşitli yeni kurumların oluşturulması çabalarına neden olmuştur. Nihayet bulunan çözüm, yani iddianamenin iadesi kurumu, CMK'nın yürürlüğe girmesi ile özünde olumlu bir yenilik olarak Türk yargılama hukukuna dahil olmuştur.

İddianamenin kabulü ile birlikte şüpheli, sanık halini alacaktır. Bir başka ifade ile iddianamenin iadesi muhakemesinin sonucu onun için belirleyicidir. Oysaki bu aşamada şüphelinin söz hakkı yoktur. Bu muhakemede sadece iddia ve yargılama makamı hareket yetkisine sahiptir. Bu nedenle kanımızca iddianamenin mahkemeye sunulmasından sonra şüpheliye söyleyeceklerini ve varsa delillerini bildirmesi için olanak tanınmayışı kurumun önemli bir eksikliğidir.

Belirtmek gerekir ki, bazı iade nedenlerinin de gelecek günlerde çok tartışılacağı kanımızca ortadadır. Örneğin iddianamenin suçun sübutuna mutlak etki edeceği muhakkak olan delil toplanmadan düzenlenmiş olması nedeniyle iade edildiği olaylarda sıklıkla mahkemenin ihsası reyde bulunduğu iddiasıyla karşılaşılacaktır. Bu düzenleme kanımızca Anayasamızın 36. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine açık şekilde aykırıdır. İddianamede yüklenen suçu oluşturan olaylar ile mevcut delillerin ilişkilendirilmemesi ve mevcut olmasına rağmen iddianamenin sonuç kısmında şüphelinin lehine olan hususların ileri sürülmemesi şeklinde ifade edebileceğimiz iddianamenin iadesi sebepleri ise temelinde olumlu olmakla birlikte kanımızca sonuç getirebilir nitelikte değildir. Sadece bir temenninin yansımından ibarettir. Çünkü mahkeme iddianamenin iadesine ilişkin kararını verirken sadece iddianame ve soruşturma evrakı üzerinde inceleme yapabilecektir. Bu belgelerde sanığın lehine olan bir konudan ya da gerçekte olayla ilişkili olan bir delilden hiç söz edilmemesi halinde mahkeme iade sebebinin varlığını tespit dahi edemeyecektir.

İddianamenin iadesi kurumunun, ürünü olduğu ihtiyacı karşılayıp karşılamayacağını zaman gösterecektir. Bu bağlamda iade neden-

lerinin her birinin yorumlanıp, sınırlarının uygulayıcılar tarafından çizilmesi gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- AYDIN, Murat, *Kamu Davasının Açılması ve İddianame*, Seçkin Yay., Ankara 2003.
- AYDIN, Murat, "İddianamenin Unsurları ve İadesi", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 6, Mayıs-2006.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay, İstanbul 2003.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 2005.
- CİHAN, Erol/YENİSEY, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 1997.
- FEYZİOĞLU, Metin, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", <http://www.law.ankara.edu.tr/yazicidostu.php?yad=1340>, (28.10.2005)
- FEYZİOĞLU, Metin, "Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre, İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.1, S.1, Ekim 2006.
- GÜLTEKİN, Özkan, "İddianamenin İadesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, S.3, Kasım 2006.
- HACIOĞLU, B. Caner, "1999 Tarihli CMUK Tasarısı'nda Muhakemenin Yürüyüşüne İlişkin Düzenlenen Ara Soruşturma Devresi (Orta Aşama) Üzerine Bir İnceleme", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VI, S. 1-4, Erzincan 2002.
- KESKİN, İbrahim, "İddianamenin İadesi", *Adalet Dergisi*, Y.97, S.25, Mayıs 2006.
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Arıkan Yay., İstanbul 2006.
- ÖZAR, Süleyman, "İddianamenin İadesi Tespitler, Sorunlar ve Öneriler", http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20icerik/Suleyman%20OZAR.htm, (30.09.2008)
- ÖZBEK, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2006.
- ÖZKORUL, İsmet, "Ceza Muhakemesi Kanunu", www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/173doc, (28.10.2005)
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖZBEK, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2004.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2006.

- SOYASLAN, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara 2007.
- ŞAHİN, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, Seçkin Yay., Ankara 2007.
- ŞAHİN, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Seçkin Yay., Ankara 2005.
- YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yay., Ankara 1996.
- TANRIKULU, M. Sezgin, "Adil Yargılanma Hakkı ve İddianamenin Kabulü, İadesi, Tebliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 64, 2006.
- TOROSLU, Nevzat/ FEYZİOĞLU, *Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yay., Ankara 2006.
- TOSUN, Öztekin, *Türk Ceza Muhakemesi Dersleri C. II Muhakemenin Yürü-yüşü*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.
- YENİDÜNYA, A. Caner, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi", *E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, S. 60, Şubat 2007, <http://www.e-akademi.org/makaleler/acyenidunya-1.htm>, (20.08.2008)
- YENİSEY, Feridun, *Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Duruşma ve Kanunoyolları*, Beta Yay., İstanbul 1990.
- YURTCAN, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- YÜCEL, Mustafa Tören, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (YCMK) Karşısında Ceza Adaleti Sisteminin -de facto- Görünümü ve Sosyolojik Çıkılmazlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y.18, S.57, Mart-Nisan 2005.
- Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Raporu <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/163doc>, (28.10.2005)
- Adalet Komisyonu Raporu için, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1255m.htm>, (10.01.2007)
- Ceza Muhakemesi Kanununun Tasarısı Madde Gerekçeleri, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/cmkmaddegerekcedoc, (28.10.2005).
- Kilis Milletvekili Hasan Kara ve İki Millet Vekilinin Ceza Muhakemesi Kanunda Değişiklik Yapılmasına dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss903m.htm>, (29.10.2005)

İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Önder TOZMAN*

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 41. maddesinde *"iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme"* düzenlenmiş ve birinci fıkrada TCK m. 36' ya atıf yapılarak, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağının bu madde hükmünden yararlanabileceği hükme bağlanmıştır. TCK 41/2 maddesinde ise kanun koyucu, gönüllü vazgeçen suç ortağının çabasını, gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanmak için yeterli görmüştür. Buna göre, *"suç, gönüllü vazgeçen ortağın gayreti haricinde bir sebeple işlenmemiş veya onun bütün gayretine rağmen işlenmişse"*, bu gönüllü vazgeçen ortak, gerekli gayreti göstermesi şartıyla yine de gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Böylece 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'da yer almayan yeni bir düzenleme getirmiştir.¹

* Ar. Gör., Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

¹ TCK'da iştirak halinde işlenen suçlar bakımından kabul edilen bu düzenleme Alman Ceza Kanunu'ndaki (Al. CK) düzenlemeye benzemektedir. Al. CK'nın 24/II maddesinde iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme düzenlenmiştir. Buna göre, *"Bir fiile birden çok kişi katılmışsa, bunlardan hangisi gönüllü olarak fiilin tamamlanmasını önlerse teşebbüsten dolayı cezalandırmaz. Ancak fiil onun bir eylemi olmaksızın (onun haricinde başka bir nedenden dolayı) tamamlanmamışsa veya onun fiile olan önceki katkısından bağımsız olarak tamamlanmışsa, bu kişinin fiilin tamamlanmasını önlemek için gönüllü ve ciddi çabası da (ceza verilmemesi için) yeterli olacaktır"*. Belirtmek gerekir ki, Al. CK ayrıca bunlardan suçun vazgeçen failin dışında bir nedenle tamamlanmamış olması halini tek başına faillikte de kabul etmiştir. Al. CK'nın tek failin teşebbüsten gönüllü vazgeçmesini düzenleyen 24 maddesinin 1 fıkrasının 2. cümlesinde *"Eğer fiil, suçu işlemekten vazgeçen failin bir eylemi olmaksızın (onun haricinde bir nedenle) tamamlanmamışsa bu kişi gönüllü ve ciddi olarak suçun tamamlanmasını önlemeye çabalarsa cezalandırılmaz"* denilmektedir. Böylece Al. CK. icra hareketlerini bitiren faile ek bir cezasızlık imkanı daha getirmiştir. Buna göre, failin fiilin tamamlanmaması için gönüllü ve ciddi çabası cezasızlık için yeterli görülmüştür; fiil failin bu çabası sonucu değil de başka

Bu çalışmada, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme düzenlemesinin mahiyetini ve vazgeçmenin genel şartlarını inceledikten sonra, iştirak halinde işlenen suçlardan vazgeçmenin Kanun'da öngörülen üç şeklini ele alacağız.

I. DÜZENLEMENİN MAHİYETİ

TCK m. 41/1'de, "İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır" denilmektedir. Maddede "sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır" denilerek, gönüllü vazgeçmenin hukukî değil, ceza siyaseti düşünceleriyle kabul edildiği teyit edilmiştir.² Diğer yandan,

bir nedenle tamamlanmamış olsa bile fail gönüllü vazgeçme hükmünden yararlancaktır.

² Aynı görüşte: Bayraktar, Köksal, Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi, in: *Türk Ceza Kanununun 2 Yılı -Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2008 (Teşebbüs), s. 144. Ancak Bayraktar burada, bu anlayışı hukuki ve adil bulmamakta, diğer yandan kanunilik ilkesine aykırı görmektedir: "Gönüllü vazgeçen aynı zamanda etkin olarak pişman olan kişi de olduğundan, bunun fail ya da azmettiren olmasında, yardımcıları teşebbüsten cezalandırılacaklardır. Acaba bu hal gerçekten hukuki ve adil midir? Bugünkü Ceza Kanunu sisteminde fail, suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren kişi olmakla, bunun fiilden vazgeçmesi durumunda artık fiil olmayacağından yardımcıları ya da azmettirenleri teşebbüsten cezalandırmak kanunilik ilkesine aykırı olmayacak mıdır?", a. g. e., s. 144. Bayraktar'ın, gönüllü vazgeçmenin esasının hukuki olduğu yönündeki görüşleri için bkz. Bayraktar, Köksal: Faal Nedamet, *İÜHFİM*, C. XXXIII, S. 3-4, İstanbul 1968, s. 125 vd. TCK'da, gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 36. maddenin gerekçesinde de bu kurum suç politikası düşüncesiyle açıklanmıştır. Doktrinde de çoğunlukla kabul edilen görüş budur. Bkz. Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 422; Centel, Nur / Zafer, Zafer / Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. Bası İstanbul 2005, s. 478; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 292; Sözüer, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s. 239-240; İçel, Kayıhan / Sokullu-Akıncı, Füsün / Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem / Mahmutoğlu, Fatih S. / Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, İstanbul 2000, s. 357; Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 406; Özbek, TCK İzmir Şerhi, *Yeni Ceza Kanununun Anlamı*, Ankara 2005, s. 410; Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, C.I, 11. Bası, İstanbul 1994, No: 576-577; Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 403. Gönüllü vazgeçmenin kabul edilmesi konusundaki teoriler için bkz. , Klaus, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, Berlin 1976, s. 33 vd; Maurach, Reinhart / Gössel, Heinz / Zipf, Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2 (AT. 2)*, Heidelberg 1989, § 41 Kn. 7 vd., Rudolphi, Hans-Joachim, *Rücktritt*, in: *Systematischer Kommentar (SK) zum Strafgesetzbuch*, Band I, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 1977, § 24 Kn. 2 vd.; Zaczyk, Rainer, *Rücktritt*, in: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)*, Baden Baden 2005, § 24 Kn. 2 vd.; Erra, Carlos, Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme (Çev. Sahir Erman), *İÜHFİM*, C. X, S. 1-2,

hüküm iştirakte vazgeçme konusunu ayrıca düzenlememiş, TCK m. 36'ya atıf yapmakla yetinmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, maddede belirtilmese de iştirak bakımından bir özellik bulunmaktadır. TCK m. 36'da tek başına failin vazgeçmesi düzenlenirken ve bu bakımdan failden, sadece kendi işlemekte olduğu suçun "icra hareketlerinden vazgeçmesi ya da suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi" istenirken; iştirakin özelliği gereği, ortaklaşa işlenen bir suça katılan suç ortaklarının her biri diğer suç ortaklarının işlediği hareketlerden de sorumlu olduğu için, gönüllü vazgeçen suç ortağının sadece kendi katkısını ortadan kaldırması yeterli değildir; suç ortağı iştirak halinde işlenen suçun gerçekleşmesini önlemelidir. Nitekim TCK'nun 41/2 maddesinde, "Suçun... gönüllü vazgeçenin gayreti dışında bir sebeple işlenmemiş olması, ... gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması" denildiğine göre, suç ortağından asıl istenen ortaklaşa işlenen suçun gerçekleşmesini önlemektir.

Böylece iştirakte suç ortağına,³ onun faillik ya da iştirak olarak cezalandırılabilir katkısı bakımından, TCK m. 36'nın taleplerini/ge-reklerini aşar bir şekilde sonucu önleme yükümlülüğü getirilmiştir. Ortaklaşa işlenen suç teşebbüs evresine girmişse, suça katılanın gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanabilmesi için mutlaka bu suçun tamamlanmasını önlemesi gerekir. Suç ortağının, cezadan kurtaran bir vazgeçmeden yararlanabilmesi için, sadece kendi katkısını nötrleştir-mesi/geri alması her zaman yeterli değildir. Bundan daha çok, onun suçun tamamlanmasını önlemesi, ya da kanuni tipe uygun sonuç onun gayretinden bağımsız gerçekleşmiyor veya onun bütün gayretine rağmen gerçekleşiyorsa gönüllü ve ciddi olarak sonucu önlemeye çalışması gerekir.⁴

Alman doktrininde, iştirakte vazgeçmenin şartlarındaki bu keskinleşmenin kriminalpolitik bakımdan haklı olup olmadığı

İstanbul 1944, s. 686 vd.

³ Kanunda "suç ortağı" olarak geçtiği için biz de iştirak türünün ayrıca belirtilmediği durumlarda bu terimi kullanmayı tercih ettik.

⁴ Lillie, Hans / Albrecht, Dietlinde, Rücktritt, in: *Leipziger Kommentar (LK), Strafgesetzbuch-Grosskommentar*, 1. Band, 11. Auflage, Berlin 2003, § 24 Kn. 237; Roxin, Claus, *Strafrecht-Allgemeiner Teil, Band II (AT. II)*, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003, § 30, Kn. 331. Gerçekten, TCK m. 41/2'de "gösterdiği gayreti dışında" "bütün gayretine rağmen" denildiğine göre, gönüllü vazgeçen ortaktan, m. 41/ 2 hükmünden yararlanabilmesi için "ciddi bir çaba / gayret" istenmektedir.

tartışılmıştır.⁵ 1975 değişiklikleri sürecinde Alman Ceza Reformu Özel Komisyonu'nun görüşmelerinde bu düzenleme şöyle gerekçelendirilmiştir: *"Birçok kişinin katıldığı bir fiil, kural olarak tek faille işlenen suçlara göre daha tehlikelidir ve bu yüksek tehlikelilik tek failin fiile olan katkısını geriye çevirmesiyle ortadan kalkmaz. Müşterek fail diğer failin/failerin fiile başlamasına katkıda bulunduğu için, ondan temel olarak fiilin tamamlanmasının önlenmesi istenmektedir"*.⁶

Doktrinde de bu düşünceye katılan yazarlar olmuştur. Buna göre, bir suça katılanın, diğerleri suçu işlemeye devam ederken, sadece basitçe kendi katkısını sonlandırması yeterli görülmez.⁷ Bunun arka planında *"birçok kişinin katılmasıyla oluşan fiil katkısı örgüsünden, tek bir failin hareketinden daha fazla bir fiil gücünün ortaya çıkması"* bulunmaktadır.⁸

Hâkim öğreti ise⁹, ceza siyaseti bakımından bu düzenlemenin ye-

⁵ Bkz. Roxin, AT, II, § 30, Kn. 332; Wessels, Johannes / Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT.)*, Die Straftat und ihr Aufbau, 33. Auflage, Heidelberg 2003, Kn. 648; Jescheck, Hans Heinrich / Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (AT.)*, 5. Auflage, Berlin, 1996, § 51 VI 3, Kühl, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, 4. Auflage, München 2002 (AT.) § 16 Kn. 91, § 20 Kn. 26.

⁶ Bkz. Roxin, AT, II, § 30, Kn. 332. Alman Ceza Kanunu'nun, 1975 Ceza Reformu'yla tek başına failin yanında iştirakte gönüllü vazgeçmeyi de düzenleyen 24. maddesinden önce yürürlükte olan 46. maddesinde sadece tek başına failin gönüllü vazgeçmesi düzenlenmişti. Bu nedenle 46. maddenin sözü karşısında, failin yanında, azmettiren ve yardım edenin de gönüllü vazgeçmeden yararlanıp yararlanamayacağı tartışılmaktaydı. Genel olarak onların da gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği kabul edilmekteydi. Ancak, yeni düzenlemede "katılanın suçun tamamlanmasını önlemesi ya da en azından bunun için ciddi ve gönüllü olarak çaba göstermesinin aranması"nın tersine, katılanın sadece "kendi katkısını" geri alması çoğunluk görüşünce yeterli görülmekteydi. Bkz. Gores, Claus, *Der Rücktritt des Tatbeteiligten*, Berlin, 1982, s. 15. Türk hukukunda da 765 sayılı TCK döneminde, iştirak halinde işlenen suçların teşebbüs aşamasında kalması durumunda, gönüllü vazgeçmeden yararlanmak isteyen her bir ortağın sadece kendi katkısını değil bir bütün olarak suçun tamamlanmasını önlemesinin zorunlu olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. Erem, Faruk, *Suçta İştirak, AÜHFĐ, C.3, S.1, Ankara 1946, s. 74 vd.*

⁷ Gores, s. 232; Gropp, Walter, *Strafrecht-Allgemeiner Teil (AT.)*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg, 2005, § 9 Kn. 87; Maurach / Gössel / Zipf, AT, 2, § 50 Kn. 85; Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 51. Auflage, Münschen, 2003, § 24 Kn. 40.

⁸ Zaczyk, NK, § 24 Kn.94.

⁹ Bkz. Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 238; Wessels / Beulke, AT., Kn. 648; Jescheck / Weigend, AT., § 51 VI 3; Roxin, AT, II, § 30, Kn. 331; Roxin, Claus: *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, in: *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, s. 278; Eser, Albin, *Rücktritt*, in: *Schönke / Schröder Strafgesetzbuch-Kommentar (SS)*, 26. Auflage, München 2001, § 24 Kn. 101; Grünwald, Gerald, *Zum Rücktritt des Tatbeteiligten*

rinde olmadığı ve gerekçenin “sorumluluğun keskinleşmesi”ni tam açıklayamadığı görüşündedir. Eleştirilere göre, öncelikle “yüksek tehlike” düşüncesi yanlıştır; çünkü suça olan katkısını ortadan kaldıran suç ortağı, gerekçede belirtildiğinin aksine kendisine düşen tehlike miktarını ortadan kaldırmıştır ve artık vazgeçme için daha fazlasını istemenin gerekçesi de kalmamıştır. İkinci olarak, burada ceza siyaseti bakımından vazgeçme imtiyazının, suçun mümkün olan en iyi şekilde önlenmesine bağlanması düşünülmüş olabilir. Ancak, bu amaca bu yolla ulaşmak sisteme yabancıdır; çünkü suç ortağının cezadan kurtarılması, onun artık hiçbir payının olmadığı bir olayı önlenmesine bağlanmıştır. Başkasının fiilini önlememeye ise sadece çok özel durumlarda (Alman Ceza Kanunu, m. 138: planlanan suçu ihbar etmeme; m. 323c: yardımın terk edilmesi) cezai sonuçlar bağlanmıştır.¹⁰ Özellikle ikame edilebilir, yeri rahatlıkla doldurulabilir önemsiz bir yardımda bulunan suç ortağı için ana fiilin tamamlanmasını önlemek zor olacaktır. Bu tür olaylar için, kanunun düzenlenmesinde, bu tür kişileri vazgeçmek için çok da teşvik etmeyen özel bir ağırlık olduğu açıktır.¹¹ Bununla birlikte, kanuni düzenlemenin dikkate alınmak zorunda olduğu da ifade edilmektedir.¹²

Kanaatimizce, *“iştirakin cezalandırılmasının politik ve öze ilişkin esasının, sadece kendi davranışından kaynaklanan sonuçların değil, amaçlarına ulaşmak için nazara aldığı veya hesaba kattığı dış güçlerin (insanî veya doğal)*

im künftigen Recht, in: *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, 1974, s. 706; Krey, Volker / Heinrich, Manfred, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 2 (AT. 2), 2. Auflage, Stuttgart 2004, Kn. 519; Lenckner, Theodor, Probleme beim Rücktritt des Beteiligten, in: *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin 1973, s. 295 vd, 305; Stratenwerth, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT.)*, 4. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 2000, § 12 Kn. 168; Herzberg, Rolf Dietrich, Grundprobleme des Rücktritts vo Versuch und Überlegungen de lege ferenda (Grundprobleme) NJW 1991, s. 1639; Scheurl, Guntram von: Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, Berlin 1972, s. 76.

¹⁰ Roxin, AT. II, § 30, Kn. 333.

¹¹ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 238. Alman hukukunda Al. CK'nun bu düzenlemesinin ayrıca anayasaya ters düştüğü kaygılarının da ön plana çıktığı kapsamlı eleştirilerin kısmen haklı olduğunu gösteren zorlukları da içerdiği ifade edilmektedir. Bu hükmün uygulama bakımından açık olmadığı, içerik bakımından da çok anlaşılabilir olmadığı; hem uygulama hem doktrinde pek çok soruların ortaya çıkmasına neden olan başarısız bir düzenleme olduğu söylenmektedir. Bkz. Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 238; Roxin, AT. II, § 30, Kn. 301; Grünwald, s. 701 vd; Herzberg, Grundprobleme, s. 1639; Krey, AT. 2, Kn. 512, 519; Eser, SS, § 24 Kn. 74, 101.

¹² Roxin, AT. II, § 30, Kn. 335.

katılmasıyla ortaya çıkan sonuçların da yine o insana ait olduğu yolundaki ilke"¹³ olduğu göz önünde bulundurulduğunda, suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için sadece kendi katkısını kaldırmasını yeterli görmeyen ve ondan ortaklaşa işlenen suçun tamamlanmasının önlemesini isteyen düşünceye katılmak gerekir. 765 sayılı TCK döneminde de teşebbüs halinde kalan suçlara iştirakin mümkün olduğu ve suça katılan her bir ortağı

II. İŞTİRAKTE GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN GENEL ŞARTLARI

A. Teşebbüs Evresine Girilmiş Bir Suçun Gerekliliği

1. Sadece Teşebbüs Edilen Bir Suçtan Vazgeçilebilmesi

Her şeyden önce, suçun¹⁴ TCK m. 35'e göre cezalandırılabilir bir teşebbüs evresine girmesi gerekir.¹⁵ Böylece TCK m. 41, suç, cezalandırılabilir bir teşebbüsün alanına girmediği sürece uygulanmaz. Örneğin bir kadın kocasını, suç ortağının öldürmesi için sözleştikleri bir yere getirmediğinde adam öldürme suçunun teşebbüs evresine girilmemiştir; yine bir davacının, davasında yalan tanıklık için birisinden ricada

¹³ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku-Genel Kısım*, Ankara 2005, s. 273.

¹⁴ "Kanun, 37. maddesinde, iştirake ilişkin sorunları çözmemiş, tersine anlaşılması zor sorunlar yaratmıştır. Kanun 'Suçun kanuni tanımında yer alan *fiili* birlikte gerçekleştirilmekten' söz etmektedir. Bir kere, Kanun, birçok suçta, fiilin ne olduğunu söylememiş, bunun yerine fiili, içini yorumcunun dolduracağı bir 'durum' veya bir 'neticenin meydana gelmesi' olarak ifade etmiştir. Örneğin. 96. maddede öngörülen suçta '...eziyet çekmesine yol açan davranış...' bir durumu, 86. maddede öngörülen suçta '...vücuduna acı verme veya sağlığını ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma...' bir neticeyi ifade etmektedir. Böyle olunca, 37. maddede yer alan 'fiil' terimi yanlış olmaktadır. Bunun doğrusu, 'suç' tur, çünkü fiile değil, suça iştirak edilmektedir". Hafizoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Ders Notları*, Ankara 2007-2008 <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf> (04.06.2008 tarihindeki güncellenmiş hali esas alınmıştır), s. 141.

¹⁵ Hafizoğulları, s. 111; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 244; Kühl, AT, § 20 Kn. 263; Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch-Kommentar (Kommentar)*, 25. Auflage, München 2004, § 24 Kn. 28; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 278; Eser, SS, § 24 Kn. 79; Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil I (AT. I)*, Stuttgart 2005, Kn. 802; Jacobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT.)*, 2. Auflage, Berlin-Newyork, 1991, 26 / 25; Krey / Heinrich, AT. 2, Kn. 513; Tröndle / Fischer, § 24 Kn. 38. İştirakin ikinci derecedenliği kuralı gereğince, katılanın (Teilnehmer) teşebbüsten sorumlu olabilmesi, kendisi bütün katkısını çoktan sağlamış olsa bile, ancak sadece fail (Taeter) teşebbüs evresine girdiğinde söz konusu olabilir. Wessels / Beulke, AT, Kn. 648a.

bulunduğu ancak muhakeme sürecinde ismini bildirmediği durumda da henüz yalan tanıklık suçunun teşebbüs evresine girilmemiştir.¹⁶

Suç ortağının katkısı teşebbüs evresine ulaşmadığında, yani katılan icranın başlangıcından önce bir katkı sağlamamış veya bu katkısını hiçbir sonuç doğurmayacak şekilde etkisizleştirmişse onun bakımından TCK m. 41'in uygulanmasına gerek yoktur.¹⁷

2. Suç Ortağının Katkısının Suça Bir Etkisinin Olmaması Durumu

Suç ortağı hazırlık evresinde bir katkı sağlamış, ancak yine daha hazırlık evresindeyken bu katkısını tamamen etkisiz hale getirmişse, yine TCK m. 41'in uygulanmasına gerek yoktur. Örneğin, yardım eden, faili daha hazırlık evresindeyken suçtan vazgeçirebilirse TCK m. 41'e başvurmak ne mümkün ne de gereklidir. Eğer fail bundan sonra suçu icra ederse, ortada yardım edenin önceki katkısına dayandırılmayacak yeni bir suç vardır. Örneğin yardım eden, failin hırsızlıkta kullanacağını bildiği bir aleti ona verdikten sonra daha icraya başlamadan geri almışsa, onun katkısı sonradan failin yaptığı hırsızlığa kadar ulaşmamıştır. Burada fail, yardım edenin katkısından bağımsız ayrı bir suç işlemiştir.¹⁸ Olayda bir geri dönme durumu yoktur; çünkü vazgeçme, mutlaka bir teşebbüsün varlığını gerektirir. Oysa yardım edenin katkısı, suç daha teşebbüs evresine girmeden tamamen etkisizleştirilmiştir. Bir hırsıza maymuncuk veren bir kimse, potansiyel fail icra hareketleri evresine girmedikçe yardım etmeye teşebbüs eden olarak cezasız kalır. Bu evrede kendisi de bu maymuncuğu geri alırsa yine cezalandırılmayacaktır. Bu hareketinin gönüllü olup olmaması da önemli değildir; yardım eden, bu katkısını, üçüncü kişilerce gözetlendiğini fark ettiği için geri alsa bile cezasızdır.¹⁹

¹⁶ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 245; Roxin, AT. II, § 30, Kn. 310.

¹⁷ Eser, SS, § 24 Kn. 80; Eisele, Jörg, *Abstandnahme von der Tat vor Versuchbeginn bei mehreren Beteiligten*, ZStW 112 (2000) s. 767; Kühl, Kommentar, § 24 Kn 28; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 122.

¹⁸ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 248; Roxin, AT. II, § 30, Kn. 309; Eser, SS, § 24 Kn. 80; Kühl, Kommentar, § 24 Kn. 27; Rudolphi, § 24 Kn. 36; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 122.

¹⁹ Roxin, AT. II, § 30, Kn. 309; Grünwald, s. 706; Lenckner, s. 283; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 36; Eser, SS, § 24 Kn. 79. Almanya' da 1975 değişiklikleri sürecinde Ceza Reformunu görüşen Özel Komisyonun toplantılarında bu konu gündeme gelmiş ve

3. Hazırlık Hareketleri Evresinde Vazgeçmenin Mümkün Olması

TCK m. 41'in uygulanması için, yardım edenin vazgeçme davranışını, suç ancak teşebbüs evresine girdiğinde yapması gerekmez. Eğer yardım eden, katkısını sağladıktan sonra daha hazırlık evresindeyken suçun tamamlanmasını önleyici çaba içine girerse, fiilin bundan sonra teşebbüs evresine girmesi ve ona isnat edilebilmesi durumunda, onun çabası bu maddenin uygulanma alanına girebilir. Bu durumda daha hazırlık evresindeyken gerçekleştirilen vazgeçme çabaları –sağlanan katkının tamamen etkisizleştirilmesi şartıyla– vazgeçene cezadan kurtarma imkânı getirebilir. Bu durum, vazgeçmenin varlığı için bir teşebbüsün olması gereğine aykırı değildir. Bu şart, yardım edenin, sonucun önlenmesine yönelik davranışı henüz hazırlık evresindeyken gerçekleştirdiği ve buna rağmen fiilin teşebbüs evresine geçtiği durumda da yerine gelmektedir. Bu bakımdan TCK m. 41 teşebbüsün zamansal olarak vazgeçme davranışından önce olmasını şart koşmamaktadır.²⁰

B. Suçun Tamamlanmasına Yönelik Kast

Suç ortağının, iştirakten sorumlu tutulabilmesi için, katkısını kasten gerçekleştirmesi de aranan şartlardan biridir. Sadece bu şart gerçekleştiğinde katılma cezalandırılabilir ve sadece bu durumda TCK m. 41 anlamında bir vazgeçme gündeme gelebilir²¹. Böylece suç ortağının

katılanın, fiile olan katkısını ortadan kaldırması anlamında, fiilde kullanılmak üzere verdiği aracın geri alması örneği verilmiş, bu hareketin Al. CK m. 24 / II' ye göre (TCK. m. 41) cezasızlık için yetmeyeceğine işaret edilmiştir. Bkz. Roxin, AT. II, § 30, Kn. 311.

²⁰ Bu yöndeki açıklamalar için bkz. Lillie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 250-251.

²¹ Gropp, AT., § 10 Kn. 130; Kühl, AT., § 20 Kn. 201; Otto, Harro: Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre (AT.), 6. Auflage, Berlin 2000, § 22 Kn. 42; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 123. "Kanun, gerekçesinde, 'failin işlediği fiilin kasten işlenmesini' şart koşmakta, ancak 'failin bu fiil nedeniyle ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur' demektir. Kanun koyucunun kafası karışıktır. Geçerli doktrin olarak, kusurluluğun gerek tabiatçı anlayışında gerekse normatif anlayışında kast ve taksir kusurluluğun türlerini oluşturmaktadır. Fiilinden bağımsız olarak failde kusurluluk aramak, kusurlu fiili değil de kusurlu faili esas alarak veya kınanabilirliği fiilden kaldırarak faile yüklemek, böylece kusurluluğu suçun unsuru olmaktan çıkarmak ve alışıldandan farklı 'fail kusuruna' dayalı bir ceza hukuku anlayışını benimsemek, hakimi onurlandırmak değildir, hakimi araç kılarak kanun koyucunun totaliter eğilimlerini tatmin etmektir". Hafızoğulları, s. 111.

suçun tamamlanması açısından kasten davranmadığı olayları tartışmaya gerek yoktur. Örneğin yardım eden, asli faile bilerek elverişsiz bir araç vermişse ve böylece bu suçun teşebbüs evresinde kalacağından ve tamamlanmayacağından eminse böyledir.²²

Suç ortağı, gerçi hazırlık evresinde bir katkı sağlamış, ancak bunun yetersiz olduğunu ve suçun tamamlanabilmesi için bu katkısını tamamlaması gerektiğini, diğer bir deyişle bu katkısının başka bir şekilde ikame edilemeyeceğini biliyorsa ve böylece suçun onun katkısı olmadan nedensel süreçten önemli bir sapma yaparak gerçekleşeceğinden eminse, onun bir kastı olduğu söylenemez; bu durumda suça kanuni tipe uygun bir katkısı da bulunmamaktadır. Ancak, katkısını tamamlamayı ve böylece ihtimal olarak suç için nedensel olmayı hesaplıyorsa, suç teşebbüs evresine girdiğinde bu katkısından sadece TCK m. 41'in şartlarına göre dönebilir.²³

Ayrıca suç ortağı, başta sağladığı katkısını hazırlık hareketleri evresinde elverişsiz hale getirdiğinde de, TCK m. 41'i uygulamaya gerek olmadan cezasızdır. Bu olaylarda, suç ortağı gerçi başlangıçta suçu tamamlamak kastıyla katkısını sağlamıştır; ancak daha hazırlık evresindeyken yaptığı vazgeçme hareketiyle suçun sonuçsuz kalmasını sağlayacak bir etkide bulunmuştur. Suç ortağının katkısının baştan itibaren elverişsiz olmasıyla, başlangıçta elverişli olan katkının sonradan -icra başlamadan önce- elverişsiz hale getirilmesi arasında fark yoktur. Örneğin suç ortağının, daha önceden verdiği zehri zararsız bir tozla değiştirmesi veya hamileliği sona erdirecek bir ilaç yerine zararsız bir ilaç vermesi durumunda böyledir. Burada suç ortağı, yardım katkısını hazırlık evresinde ortadan kaldırmıştır. Zehrin yerine zararsız bir tozun konulması yardım hareketi olarak değerlendirilemez; çünkü yardım edenin artık kastı yoktur. Bu olaylarda bir vazgeçme sorunu gündeme gelmediği için gönüllü vazgeçme hükmünü uygulamaya gerek yoktur.²⁴

²² Zaczyk, NK, § 24 Kn. 123; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 253.

²³ Eser, SS, § 24 Kn. 82; Vogler, Theo, *Rücktritt, in Leipziger Kommentar (LK) Strafgesetzbuch, Grosskommentar, 1. Band Einleitung, §§ 1 bis 31, 10. Auflage (LK 10. Aufl.)*, Berlin 1985, § 24 Kn. 164; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 254.

²⁴ Vogler, LK (10. Aufl.), Kn. 161; Otto, Theo: Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (Versuch und Rücktritt), JA 1980, s. 708; Lenckner, s. 284; Eser, SS, § 24 Kn. 83; Gores, s. 23 vd. Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 249; Roxin, AT, II, § 30, Kn. 310, 312; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 270 vd; Kühl, Kommentar, § 24

Eğer potansiyel yardım eden, verdiği zehrin yerine, yanlışlıkla kendisinin zararsız zannettiği ancak gerçekte o da öldürücü olan bir madde koymuşsa yine suça iştirak etmiş olmaz; çünkü bu olayda onun suçun tamamlanması yönünde bir iradesi yoktur. Görünüşte yardım eden durumunda olan fail, baştan itibaren zararsız zannettiği, ancak gerçekte zararlı olan bir madde vermiş olsaydı yine yardım eden sıfatını kazanmazdı; hazırlık evresindeki maddenin değiştirilmesi durumunun biraz önce veya sonra olmasının bir önemi yoktur.²⁵

Suç ortağının, suçun tamamlanması bakımından kasıtlı bir harekette bulunması gerekli, aynı zamanda yeterlidir. Eğer suç ortağı suçun tamamlanması iradesinden vazgeçmişse, bu vazgeçme zamansal olarak icraya doğrudan doğruya başlamadan önce olsa bile, bu durum tek başına onun, hemen arkadan başlayacak olan bir suça sübjektif ve objektif yönden kanuni tipe uygun katkısını ortadan kaldırmaz.²⁶ Bu bakımdan suç ortağının katkısını objektif bakımdan tamamen ortadan kaldırması gerekir; öyle ki suçun devam ettirilmesinin onu katkısıyla artık hiçbir ilgisinin kalmaması gerekir.²⁷

Kn. 28; Kühl, AT., § 20 Kn. 265; Eisele, s. 772; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 123.

²⁵ Roxin, AT. II, § 30, Kn. 313; Vogler, LK (10. Aufl.), Kn. 161; Lenckner, s. 284; Eser, SS, § 24 Kn. 83. Aksi görüş: “..yardım eden henüz hazırlık evresindeyken gerçi suçun tamamlanması kastını bırakmış, ancak katkısını –yanlışlıkla da olsa– tamamlanmanın ona isnadını engelleyecek şekilde kaldırmayı başaramamışsa ve asıl fail fiilini onun katkısı üzerine inşa etmişse, bu işlenen fiile kasıtlı katkısı var olmaya devam eder. Yardım eden asıl faille bilerek öldürücü bir zehir vermiş, ancak asıl fail doğrudan icraya başlamadan bu zehri zararsız olduğunu düşündüğü ama gerçekte aynı şekilde öldürücü bir zehirle değiştirmiş ve asıl fail bu zehri öldürmek için kullanmışsa öldürme suçuna kasıtlı olarak katılma vardır. Aynı şekilde asıl faille verdiği silahın kurşunlarını gizlice boşaltan, ancak bir mermiyi namluda unutan yardım eden de, asıl fail bu mermiyle mağduru vurduğunda bundan sorumludur. Ancak nedensel süreçten önemli bir sapma olduğunda istisna olduğunu kabul etmek gerekir. Böylece, örneğin adam öldürme suçuna yardım eden suç ortağı, asıl faille önce öldürücü bir zehir vermiş, ancak daha sonra bunu zararsız olduğunu düşündüğü –gerçekte ise yine öldürücü- bir maddeyle değiştirmiş ve fail de bunu kullanarak adam öldürmüş olsun. Bu olayda adam öldürme suçuna bilinçli olarak bir yardımın varlığını kabul etmek gerekir” Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 256. Lilie/Albrecht’ le aynı görüşte: Zaczyk, NK, § 24 Kn. 123; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 36.

²⁶ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 255; Eisele, s. 773; Gores, s. 27.

²⁷ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 255; Otto, Versuch und Rücktritt, s. 708, Zaczyk, NK, § 24 Kn. 123; Eser, SS, § 24 Kn. 83.

C. Suç Ortağının Katkısının Etkisini Devam Ettirmemesi

TCK m. 41'in uygulanabilmesi için, suç ortağının kasıtlı olarak tamamlanmaya yönelik katkısının (fail veya katılan olmasından bağımsız olarak), suçun tamamlanmasına kadar etkisini devam ettirmemesi gereklidir.²⁸ Böylece ilgili kişi tamamlanmış bir suça katılmaktan cezalandırılabilir olduğunda, yani suç tamamlandığında ve suç ortağının kasıtlı katkısı öngörülen nedensel süreçten önemli bir sapma olmaksızın tamamlanmaya kadar uzandığında vazgeçme artık mümkün değildir.²⁹ Bu durum, suç ortağının gerçi katkısını daha hazırlık evresinde sağladığı ve yine bu evrede vazgeçtiği, ancak bu katkısının tamamlanmaya kadar devam ettiği olaylar için de geçerlidir.³⁰ Başka bir anlatımla, ortağın, suça iştirakten gönüllü vazgeçmiş sayılabilmesi için, diğer suç ortaklarına ister haber versin isterse vermesin, sadece iştirak iradesinden vazgeçmiş olması, yani ortaklaşa işlemekte oldukları suçu bırakıp gitmesi yeterli değildir; ayrıca suçtaki nedensel katkısını bir şekilde gidermiş olması da gerekir. Suç ortağı, kendisi uzaklaşsa bile, suçta nedensel katkısı devam ettiği sürece suça iştirakten gönüllü vazgeçmiş sayılmaz.

Örneğin, işlemeye başladıkları hırsızlık suçunda, gözcülük yapmakta olan A olay yerinden ayrıldıktan sonra, öteki suç ortakları B ve C, onun varlığını hesaba katmayı sürdürmüşlerse, yani hala gözcülük yaptığını sanarak gönül rahatlığı içinde işlerine devam etmişlerse veya suçun işlenmesinde artık tüm ortaklar bakımından dönüşü olmayan bir noktaya gelinmişse, yani vazgeçmenin suçun işlenmesi üzerinde artık hiçbir etkisi bulunmuyorsa, A gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamaz; çünkü A, ister haber versin isterse vermesin, sadece

²⁸ Al. CK'nın iştirakte vazgeçmeyi düzenleyen 24/II maddesine göre, bir suça katılanın öncelikle fiilin tamamlanmasını önlemesi gerekir. Ancak fiil geri dönenen bağımsız bir nedenle tamamlanmıyor, ya da "onun katkısından bağımsız olarak" işleniyorsa vazgeçenin gönüllü ve ciddi çabası cezasızlık için yeterlidir. Görüldüğü gibi suçun tamamlanması halinde vazgeçen suç ortağının gönüllü ve ciddi çaba göstererek cezadan kurtulabilmesinin şartı olarak fiilin "onun önceki katkısından bağımsız olarak işlenmesi" aranmaktadır. Kanaatimizce TCK m. 41/2b' de böyle bir kayıt konmamış olsa da iştirakin niteliği gereği hükmü böyle anlamak gerekir.

²⁹ Roxin, AT. II, § 30, Kn. 314; Jacobs, AT., 26 / 29; Krey / Heinrich, AT. 2, Kn. 514; Kühl, Kommentar, § 24 Kn. 25; Lenckner, s. 290; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 35. Suç ortağının katkısının etkisini devam ettirmemesi konusunda, fail, azmettiren ve yardım eden bakımından ayrıntılı olarak bkz. Zaczyk, NK, § 24 Kn. 118 vd;

³⁰ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 257; Wessels / Beulke, AT., Kn. 650.

uzaklaşmakla suçtaki nedensel katkısını gidermiş olmamaktadır.³¹

Kanuni tipe uygun sonuç, suç ortağına isnat edilebilir bir şekilde ve öngörülen nedensel süreçten esaslı bir sapma olmaksızın meydana gelmişse, bu bakımdan onun katkısını ara dönemde sübjektif olarak bırakıp bırakmaması veya katkısını suçun tamamlanmasını önleyecek şekilde ortadan kaldırmaya çalışıp çalışmaması önemsizdir.³² Suç ortağı burada, genel olarak faillik ve katılmanın şartları dikkate alındığında, önleme çabalarının başarısız olması rizikosunu da yüklenmektedir.³³ Buna göre, azmettiren, suç işleme kararı almasına neden olduğu asli faili kararından vazgeçiremezse ve böylece fail suçu işlerse bu hükümden yararlanamaz. Asli failin dolandırıcılık suçunu işleyebilmesi için sahte belge hazırlayan yardım eden, bunları daha hazırlık evresindeyken geri istese bile bunda başarılı olamazsa ve suç bunlarla işlenirse sorumlu olacaktır. Aynı şekilde, bir müşterek fail, diğer suç ortağını/ortaklarını planladıkları yağma suçundan vazgeçirmeyi başaramamış ve suç onun sağladığı katkının da katılımıyla işlenmişse bu sonuçtan sorumludur.³⁴

Alman Federal Yüksek Mahkemesi (FYM)'nin kararına³⁵ konu olan bir olayda; A bankayı soymak için iki kadınla anlaşır ve hazırlık çalışmalarına da katılır (eylemi gerçekleştirecekleri bankanın konumu, müşteri yoğunluğu vs. hakkında araştırma yapar, kadınlarla beraber bankaya gidebileceği ve olaydan sonra kaçabilecekleri bir araba çalar). İcraya başlayacakları sırada A tekrar düşünür ve kararından vazgeçer. İki kadından, banka müşterilerini silahla tehdit edecek olanı -aynı zamanda kız arkadaşı- sözlü olarak vazgeçirmeye çalışır. Kendisi de, suç planına göre ona düşen paraların bir torbaya doldurma işini bankaya dahi gitmeyerek yerine getirmez. Ancak iki kadın banka soygununu gerçekleştirirler. FYM bu olayda A'nın "geri çekilmesi"ni onun lehine değerlendirerek müşterek faillikten değil yardım etmeden mahkûm etmiştir.

³¹ Hafizoğulları, s. 119. Aynı yönde: Erra, s. 717-718; Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2006, Kn. 374.

³² Eser, SS, § 24 Kn. 76; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 272; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 36; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 116.

³³ Eisele, s. 768, 775; Lenckner, s. 290; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 272; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 36.

³⁴ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 259.

³⁵ BGHSt, 28, 346.

Bu olayda A gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanamaz. Eğer A suça olan katkısını tamamen ortadan kaldırsaydı ceza almazdı. Ancak A, daha hazırlık evresindeyken suç işleme niyetinden vazgeçmesine rağmen somut olayda katkısını ancak kısmen (plana göre paranın onun tarafından alınmasını) kaldırmıştır. A'nın diğer katkıları (planlama, olay yeri hakkında bilgi toplama, olayda kullanılan arabanın çalınması) etkisini suçun tamamlanması evresine kadar sürdürmüştür. Ayrıca bu olaylarda cezadan kurtaran vazgeçmenin kabul edilmesi kriminalpolitik olarak da savunulabilir değildir. A suçu önleyebilirdi; kız arkadaşını zor kullanarak suçu işlemekten vazgeçirebilirdi veya banka görevlilerini uyarabilirdi ya da polise haber verebilirdi. Kanun koyucunun, bir yağma olayını A'ya enerjik bir şekilde önletme şansını, onu, sadece -sonucun gerçekleşmesini engellemeyen- bir vazgeçmesinden dolayı, bir cezasızlıkla ödüllendirerek peşinen heba etmesi için bir neden yoktur. Bu nedenlerle A sorumludur.³⁶

D. Vazgeçmenin Gönüllü Olması

Hangi kriterlere göre gönüllülüğün belirleneceği konusunda iki temel teori bulunmaktadır. Bunlar psikolojik ve normatif teoridir.³⁷ Bunların dışında, bu iki teoriyi birlikte değerlendiren ve gönüllülüğü, failin otonom ve heterenom karar almasına göre belirleyen teori bulunmaktadır.³⁸

Psikolojik yaklaşım vazgeçmenin gönüllülüğünü, failin "*kararına hâkim olarak kalması ve suç plânının icrasını hala mümkün kabul etmesi*"ne göre belirlemektedir.³⁹ Psikolojik yaklaşıma göre, "*etik niteliğin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği kabul edilerek, vazgeçme sakının başka bir seçenek bırakmayacak şekilde faili etkileyip etkilemediğinin*" açıklığa kavuşturulması gerekir. Buna göre, psikolojik baskının gücü failin özgürce seçimini yapmasını devre dışı bırakıyorsa vazgeçme gönülsüz, buna

³⁶ Roxin, AT II, § 30, Kn. 315, 318.

³⁷ Teoriler için bkz. Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 148; Roxin, AT, II, § 30, Kn. 355; Eser, SS, § 24 Kn. 42; Jager Christian, *Das Frewilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch*, ZStW 112 (2000), s. 783; Maurach / Gössel / Zipf, AT, 2, § 41 Kn. 97.

³⁸ Bkz. Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 157; Eser, SS, § 24 Kn. 43; Gropp, AT, § 9 Kn. 73; Kühl, AT, § 16 Kn. 55; Kühl, Kommentar, § 24 Kn. 18; Maurach / Gössel / Zipf, AT, 2, § 41 Kn. 109; Tröndle / Fischer, § 24 Kn. 24; Wessels / Beulke, AT, Kn. 651.

³⁹ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 149; Eser, SS, § 24 Kn. 43.

karşılık fail ne dış bir zorlama nedeniyle engellenmemiş ne de manevî bir baskı nedeniyle fiili tamamlayamayacak hale gelmemişse vazgeçme gönüllüdür.⁴⁰

Psikolojik teoriyi kabul etmeyen doktrin⁴¹ gönüllüğün belirlenmesini normatif temelde yapmak istemektedir: Vazgeçmenin gönüllülüğü saf bir değerlendirme problemidir. Burada belirleyici olan “*failin iç düşüncelerinin değerlendirilmesi*” olacaktır. Böylece değişik varyasyonlarıyla temsil edilen normatif teoriye göre sadece psikik bulgu önemli değildir, ayrıca vazgeçme saikinin değerlendirilmesi de önemlidir. Bu bakımdan farklı değerlendirme kriterleri ortaya atılmıştır. Normatif teorinin en çok benimsenen yaklaşımı şu şekilde ifade edilmiştir: Vazgeçme hukuka sadık düşüncenin bir ifadesi olmalıdır. Fail, “*hukukun yörüngesine/sınırlarına döndüğünde*” gönüllü vazgeçmiş sayılır.⁴² Bir diğer tanımla vazgeçme, bir “*geriye dönme*” ve failin değişen düşüncesinin bir ifadesi olarak ve bu bakımdan “*yasal zemine geri dönüş*” olarak ortaya çıktığında gönüllüdür.⁴³ Bu çerçevede geri dönmenin gereklerine en uygun kriter olarak failin vazgeçme davranışının suç planına aykırılığı kabul edilmek zorunludur.⁴⁴

Bu iki yaklaşımın dışındaki üçüncü görüşe göre, gönüllülük sorunu somut olayda psikolojik ve normatif yaklaşımın birlikte ele alınarak cevaplandırılması gerekir. Sadece bu şekilde vazgeçme davranışının belirlenmesindeki zorluklar aşılabilir. Bu kavramların içinde yatan psikolojik unsurların normatif unsurlarla tamamlanması gerekir. Bu

⁴⁰ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 149; Heinitz, Ernst: Streitfragen der Versuchslehre, JR 1956, s. 249; Krey, AT. 2, Kn. 495; Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), Bielefeld 2003, § 27 II 4; Kühl, Kommentar, § 24 Kn. 18; Jescheck / Weigend, AT, § 51 III 2; Vogler, LK (10. Aufl.), § 24 Kn. 88; Wessels / Beulke, AT., Kn. 651.

⁴¹ Roxin, AT. II, § 30, Kn. 355, Roxin, Claus, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, in: *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag* (Rücktritt vom unbeendeten Versuch), s. 256; Bottke, Wilfried, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Taeterverhalten*, Ebelsbach 1979, s. 496; Kohler, AT., s. 479; Gutmann, Alexander Peter, *Die Freiwilligkeit, Beim Rücktritt vom Versuch und Bei der Taetigen Reue*, Hamburg 1963, s.148 vd; , s. 314; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 25.

⁴² Bottke, s. 441, 496 vd, s. 441; Jager, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefahrdungsumkehr*, Münschen 1996 (Rücktritt), s. 25.

⁴³ Roxin, *Rücktritt vom unbeendeten Versuch*, s. 256; Kohler, AT., s. 479; Bottke, s. 496 vd; Jager, Rücktritt, s. 25.

⁴⁴ Roxin, AT. II, § 30, Kn. 379; Jacobs, AT., 26 / 30.

bakımdan kanaatimizce de vazgeçme davranışının otonom ve heteronomluğu temelinde bir ayırım yapmak gerekir.⁴⁵ Gönüllülük, “kendi iradesiyle”, “davranışında otonom olma” anlamına gelir⁴⁶ ve “kendiliğinden”, “kendi isteğiyle”, “zorlanmadan”, “zorlayıcı bir talep olmadan”, “baskı olmadan” ifadeleriyle eş anlamlıdır.⁴⁷ Buna göre, fail zorlayıcı bir engel nedeniyle vazgeçmeye zorlanmıyor, aksine vazgeçmesi kendi otonom kararına dayanıyorsa gönüllülük vardır. Bir diğer deyişle fail gerçekten özgürce bir karar alarak, yani otonom olarak icra hareketlerini bırakıyorsa ya da kanuni tipe uygun sonucun meydana gelmesini önlüyorsa gönüllüdür.⁴⁸ Faili vazgeçmeye iten neden, örneğin vicdan, pişmanlık, utanç, mağdura acıma, ruhsal sarsıntı, cezalandırmadan korkma gibi iç bir neden olabilir. Ancak mutlaka böyle olması gerekli değildir. Vazgeçmenin saiki dış bir sebepten de kaynaklanabilir. Böyle bir durumda da fail kararının hâkimi olarak kalıyorsa yani bu engeller onu suçu

⁴⁵ Bkz. Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 157; Eser, SS, § 24 Kn. 43; Gropp, AT., § 9 Kn. 73; Kühl, AT., § 16 Kn. 55; Kühl, Kommentar, § 24 Kn. 18; Maurach / Gössel / Zipf, AT. (1989) 2, § 41 Kn. 109; Tröndle / Fischer, § 24 Kn. 24; Wessels / Beulke, AT., Kn. 651.

⁴⁶ Zaczyk, NK, § 24 Kn. 68.

⁴⁷ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 158. “İhtiyar kavramı ‘serbest irade’ anlamına alınmak gerekir. Bu nedenle vazgeçmenin yalnız iradi olması yetmez, serbest olması da lazımdır. Bir dereceye kadar ‘ihtiyar terimi’ ‘icbar’ (zorlama)nın aksidir. Hariçten gelen maddi veya manevi bir baskı altında teşebbüsten vazgeçen kimsenin hareketi iradi sayılabilirse de ihtiyara dayanan vazgeçme sayılamaz. Çünkü harici bir tazyik karşısında bulunan suçlunun kararı mutlak veya görelî bir mecburiyet altında alınmış bir karardır”. Erem, Faruk / Danışman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997, s. 317. Aynı görüşte; Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası Ankara 2006. s. 770. “İhtiyarilik” ve “samimilik” arasındaki farklar için bkz. Erra, s. 698 vd.

⁴⁸ Frank, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (RStGB)*, 18. Auflage, Tübingen 1931, § 46 II; Baumann / Weber / Mitsch, AT., § 27 Kn. 17; Eser, SS, § 24 Kn. 43; Krey / Heinrich AT 2, Kn. 496; Kühl, AT., § 16 Kn. 57; Vogler, LK (10. Aufl.), § 24 Kn. 91; Wessels / Beulke, AT., Kn. 651; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 41 Kn. 118, 120. Yargıtay, bir kararında bu anlayışı esas almıştır: “765 sayılı TCK’nun 62. maddesi hükmüne göre, suça yönelen eylemin tam teşebbüs derecesinde kaldırılmasının kabulü için, sanıkta suç işlemek kastının bulunması, suçta elverişli vasıtaların kullanılması, failin işlemeyi kastettiği cürmün icrasına ait bütün filleri bitirmesi ve fakat iradesi dışında bir sebepten dolayı o cürmün neticesinin meydana gelmemesi koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir. Burada yasanın müeyyideye bağladığı suçun işlenmesine ‘mani sebep’ failin dışında, iradesine yabancı bir sebeptir. Şayet tasarlanan eylemin gerçekleşmeme sebebi failin iradesine bağlanabiliyorsa, fail teşebbüs ettiği suçtan dolayı cezalandırılmaz. O ana kadar gerçekleşen eylemleri suç teşkil ediyorsa ona göre hüküm kurulur”. 5. CD. 24.4.1979, 1084 / 1086, YKD, Şubat 1981, s. 238 vd.

gerçekleştirmekten alıkoymuyor ve fail suça devam edebileceksen devam etmiyorsa vazgeçme hareketi otonomdur.⁴⁹

Buna karşılık, objektif olarak vazgeçme ifade eden davranış failin özgür kararına dayanmıyorsa, tersine ondan bağımsız şartlarca zorlayarak belirleniyorsa, diğer bir deyişle heterenomsa vazgeçme davranışı gönülsüzdür. Burada olayın şartları faili aleyhine o denli değişmiştir ki fail buna bağlı olarak oluşan riskleri ve dezavantajları taşıyabilecek durumda değildir veya göze almak istememektedir. Fail suçu mevcut şartlar altında tamamlanabilir kabul ediyor, ancak kendisini vazgeçme konusunda zorlanmış hissediyor, yani “*manevî baskı*” altında kararını alıyorsa davranışı özgür kararına dayanmamaktadır.⁵⁰ Bu olaylarda faili icraya devam etmekten alıkoyan, öngörülmeven önemli engeller oluşur; bu engeller failin suçu işleme yönündeki kararını almasında etken olan faktörleri ortadan kaldırarak suçu işlemesine engel olur.⁵¹

Gönüllülük hukuki bir kavramdır. Bu nedenle bu kavram sadece “*psikolojik*” anlamda anlaşılabilir; ancak diğer yandan özgür iradenin temel unsurunu yok edecek şekilde, sadece bir değerlendirmenin sonucu anlamında “*normatif*” olarak da anlaşılabilir. Burada vazgeçmenin cezadan kurtarıcı etkisi vazgeçme saikinın değerlendirilmesine bağlı değildir. Failin yasal zemine dönmesi söz konusudur; ancak Kanun saf normatif teorinin tersine gönüllülüğün belirlenmesinde ahlâkî olarak yüksek bir saikin varlığını aramamıştır.⁵² “*Burada yasallık söz konusudur, moralite değil*”. Bu nedenle kararın otonomluğu ahlâkî anlamda anlaşılabilir ve etik anlamda “*iyi*” bir saik de aranmaz.⁵³ Diğer yandan “*hukuk düzenine pozitif bir inanç*” da şart değildir.⁵⁴

⁴⁹ Wessels / Beulke, AT., Kn. 651; Baumann / Weber / Mitsch, AT., § 27 Kn. 17; Eser, SS, § 24 Kn. 43; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 41 Kn. 109; Otto, AT., § 19 Kn. 40; Tröndle / Fischer, § 24 Kn.20; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 158.

⁵⁰ Eser, SS, § 24 Kn. 44; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2 § 41 Kn. 109; Wessels / Beulke, AT., Kn. 652; Kühl, AT., § 16 Kn. 56; Krey / Heinrich, AT. 2, Kn. 497; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 158.

⁵¹ Eser, SS, § 24 Kn. 47; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 159.

⁵² Zaczyk, NK, § 24 Kn. 68; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 159; Baumann / Weber / Mitsch, AT, § 27 Kn. 17; Tröndle / Fischer, § 24 Kn.20; Wessels / Beulke, AT., Kn. 651.

⁵³ Zaczyk, NK, § 24 Kn. 68.

⁵⁴ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 160.

III. İŞTİRAKTE SUÇUN TAMAMLANMASINI VEYA SONUCUN GERÇEKLEŞMESİNİ GÖNÜLLÜ ÖNLEME YOLUYLA VAZGEÇME (TCK m. 41/1)

TCK m. 41/1 hükmüne göre, iştirak halinde işlenen bir suçta teşebbüse katılan suç ortağı gönüllü olarak kanuni tipe uygun sonucun meydana gelmesini önlediğinde cezadan kurtaran bir şekilde vazgeçmiş olur. İştirak halinde işlenen suçta, suç ortaklarının her biri diğerlerinin fiilinden de sorumlu olduğu için, suç ortağının sadece kendi katkısını geri alması vazgeçmesi için yeterli değildir. Suç ortağı, katkısını geri almasıyla ya da ortadan kaldırmasıyla sonucu gerçekten önliyorsa o zaman vazgeçmeden yararlanabilir. Böylece TCK m. 41/1 objektif olarak katılanın nedensel bir vazgeçme davranışıyla suçun tamamlanmamasını şart koşturmaktadır; sübjektif olarak da bu kararın gönüllü olmasını aramaktadır.⁵⁵

TCK m. 41/1 hükmüne göre, vazgeçme için her şeyden önce suç ortağının suçun planlanan şekliyle tamamlanmamasını sağlaması, yani suçun diğer katılanlarca da kesinlikle icra edilememesini sağlaması gereklidir.⁵⁶ Bu durumda, TCK m. 41/1'e göre vazgeçebilmek için, bir suç ortağının diğer suç ortağını sadece vazgeçirmeye / fikrini değiştirmeye çalışması yeterli değildir. Eğer diğer suç ortağı veya ortakları onun bu uzak durmasına ve "*iç vazgeçmesi*"ne karşın, o olmaksızın hala fiillerine devam ediyorlarsa katılanın cezadan kurtarıcı bir vazgeçmesi söz konusu değildir.⁵⁷ Örneğin bir yardım eden, suçun icrası başladıktan sonra sadece gözcülük yerini terk etse, suçun icrası başladıktan sonra kaçsa, sadece pasif davransa veya malların nakline yardım etmese ancak bunu başka bir katılan yapsa, bu maddeye göre cezadan kurtarıcı şekilde vazgeçmiş olmaz.⁵⁸

Diğer yandan suç ortağının iradesinin sonucun önlenmesine yönelik olması gerekir. Bu nedenle, suç ortağının yanlışlıkla sonucu önlemesi yeterli değildir. Ancak tek başına faillikte olduğu gibi, sonucun önlenmesi, suç ortağının davranışının tek saiki olması gerekmez.⁵⁹

⁵⁵ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 265.

⁵⁶ Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 50 Kn. 106.

⁵⁷ Eisele, s. 752; Otto, Versuch und Rücktritt, s. 709; Tröndle / Fischer, § 24 Kn. 40; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 101.

⁵⁸ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 275, Tröndle / Fischer, § 24 Kn. 40.

⁵⁹ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 266.

Suç ortağının tamamlanmanın önlenmesine yönelik davranışı kanuni tipe uygun sonucun meydana gelmesini önlemelidir. Bu nedenle, suç ortağının sonucun doğmaması için çabaladığı, ancak çabalarının sonuçsuz kaldığı durumda bu hüküm uygulanmaz. Burada katılanın davranışının diğer bir nedenle birleşerek sonucu önlemesi de yeterli olacaktır.⁶⁰

Suç ortağının önceki katkısını geri alması ya da ortadan kaldırmasıyla aynı zamanda sonuç da önlenmiş oluyorsa vazgeçme için bu yeterlidir.⁶¹ Ancak eğer suç ortağının katkısını kaldırması/geri alması tek başına sonucun önlenmesi için yeterli değilse, başka bir şekilde ve çoğunlukla aktif karşı eylemler yoluyla suçun tamamlanmasını önlemelidir. Örneğin dolandırıcılığa teşebbüse katılan, aldatılan kişiyi henüz zararın meydana gelmesinden önce olayın gerçek yüzünü anlatırsa suçun tamamlanmasını önlemiş demektir.⁶² Suç ortağının başka şekilde de örneğin polis çağırmakla tehdit etmesi veya mağdurun kaçmasını sağlamasıyla da suçun tamamlanmasını önlemesi mümkündür.⁶³ Yine yalan tanıklığa teşebbüs etmede, katılan ifadesini zamanında düzeltir ve böylece suçun tamamlanmasını önlerse bu hükümden yararlanır.⁶⁴

Müşterek failler ortaklaşa bir karar alarak, icrasına başladıkları suçtan ya icra hareketlerini bırakarak ya da sonucun gerçekleşmesini önleyerek birlikte geri dönebilir. Müşterek faillerden birisinin tek başına vazgeçmek istemesi durumunda ise, bu failin ya suçun tamamlanması için zorunlu ve yeri doldurulamayacak katkısını yerine getirmemesi ya da aktif olarak tamamlanmayı önleyecek bir müdahalede bulunması gerekir. Böylece, vazgeçen müşterek fail suçun sadece kendi yönünden değil, diğer müşterek fail/failler bakımından da önlenmesini sağlamış olacaktır.⁶⁵ Örneğin müşterek fail, ortaklaşa planın aksine, onun için mümkün olmasına rağmen mağdura ateş etmiyor ve diğer

⁶⁰ Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 50 Kn. 105; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 268; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 98; Eser, SS, § 24 Kn. 88; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 39.

⁶¹ Eser, SS, § 24 Kn. 89; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 98; Grünwald, s. 701; Lenckner, s. 297; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 268; Otto, fehlgeschlagener Versuch, s. 431; Kühl, Kommentar, § 24 Kn. 25; Wessels / Beulke, AT., Kn. 649.

⁶² Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 270; Eser, SS, § 24 Kn. 88; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 50 Kn. 106; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 99.

⁶³ Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 280.

⁶⁴ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 270.

⁶⁵ Baumann / Weber / Mitsch, § 27, Kn. 38-39.

katılanların da suçu tamamlayamayacağını biliyorsa adam öldürme suçuna teşebbüsten geri dönmüş olur.⁶⁶

Suçta, azmettiren ve yardım eden olarak katılanlar da faille birlikte ya da ondan ayrı olarak suçtan gönüllü vazgeçebilir. Asıl failin, suçta iştirak edenlerin vazgeçmesi sonrasında, iştirak edenlere isnat edilemeyecek başka bir suçta işlemesi durumunda da iştirak edenler gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Ancak burada dikkat edilecek nokta, suçun fail tarafından teşebbüs evresine girecek şekilde işlenmeye başlamasıdır. İşlenmesine başlanmamış bir suçtan gönüllü vazgeçilmesi de mümkün değildir. Örneğin A, B'yi bir evi yakması için azmettirmiş olsun. Ancak A, B'nin icra hareketlerine başlamasından önce polise haber vermesi, polisin de gerekli önlemleri alıp B'yi icraya başlamadan önce yakalaması halinde, suçun icrasına daha başlanmadığı için azmettiren A'nın henüz cezalandırılabilen bir hareketi doğmamıştır. Bu durumda gönüllü vazgeçmenin uygulanmasına da gerek yoktur. Buna karşılık A, B'nin icra hareketlerine başlamasından sonra polise haber verip suçun tamamlanmasını önlemesi durumunda şartları meydana gelmişse gönüllü vazgeçmeden yararlanacaktır.⁶⁷ Dikkat edilmesi gereken bir nokta da, azmettirenin, kendi katkısının nedenselliğini sadece suçun tamamlanmasını önlediğinde kaldırabileceğidir.⁶⁸ Örneğin azmettiren, suç henüz tamamlanmadan failin düşüncesini değiştirebilirse, böylece fail azmettirenin bu karşı çabaları nedeniyle suç işlemekten vazgeçerse bunu başarmış olur.⁶⁹ Yardım eden ise, örneğin hırsızlık amacıyla bir sandığın açılması için mutlaka gerekli olan bir aleti geri aldığında ve diğer katılanlar bu nedenle icraya devam etmediklerinde suçun tamamlanmasını önlemiştir.⁷⁰ Aynı şekilde, dolandırıcılıkta kullanılmak üzere sahte belge düzenleyen yardım eden bu belgeleri tekrar geri alır, bu nedenle de mağdur mal varlığından bir şey kaybetmezse sonucu önlemiştir.⁷¹ Yine yardım eden, suç ortağının kolaylıkla başka yerden

⁶⁶ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 273; Eser, SS, § 24 Kn. 89;

⁶⁷ Baumann / Weber / Mitsch, AT., § 27, Kn. 42.

⁶⁸ Lilie / Albrecht, Lk, § 24 Kn. 269; Kühl, At., § 20 Kn. 265; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 103; Tröndle / Fischer, § Kn. 41.

⁶⁹ Eser, SS, § 24 Kn. 88; Maurach / Gössel / Zipf, AT. (1989) 2, § 50 Kn. 106; Jescheck / Weigend, AT., § 51 IV 3; Tröndle / Fischer, § Kn. 41.

⁷⁰ Eser, SS, § 24 Kn. 88; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 50 Kn. 106; Tröndle / Fischer, § Kn. 41; Lenckner, s. 296.

⁷¹ Zaczyk, NK, § 24 Kn. 99.

sağlayamayacağı zehrin geri kalan miktarını teslim etmekten kaçınırsa ve bu nedenle de suç tamamlanamamış olursa adam öldürme suçuna teşebbüse yardım eden olarak katılmaktan gönüllü olarak geri dönmüş olur.⁷²

Teşebbüsten geri dönen suç ortağı, sonucu önlemek için üçüncü kişilerin yardımından yararlanabilir. Örneğin, sonucun meydana gelmesinden önce zamanında polisi olay yerine çağırdığında veya mağdura müdahale için tıbbi yardım ekibinin gelmesini sağladığında kanuni tipe uygun sonucu önlemiş olacaktır.⁷³ Ancak, ilgili kişiden sadece sonucun önlenmesini talep etme, suç ortağı sonuç alınacağından kesin bir şekilde emin değilse ve kendisi de gereken durumlarda kurtarmaya dâhil olmuyorsa yeterli değildir; ancak suç ortağı çağırdığı üçüncü kişilerin gerçekten gelip gelmeyecekleri ve mağdura ulaşacakları konusunda çok da kaygılı değilse sadece basit çağırma yeterli değildir.⁷⁴

Önleme davranışı ihmal şeklinde de olabilir.⁷⁵ Bunun için, suç ortağının kendi katkısına devam etmemesi kanuni tipe uygun sonucun meydana gelmemesi sonucunu doğurmalıdır ve suç ortağı da bunu bilmelidir. Suç ortağı böylece icra hareketlerini bırakarak da suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önleyebilir. Bu nedenle iştirak halinde işlenen suçlarda “tamamlanmanın önlenmesi” formülünü geniş yorumlamak gerekir. Aksi takdirde, hareketsiz kalarak kanuni tipe uygun sonucu önleyen suç ortağı, sadece bu şekilde hareketsiz kalarak yani suçun icrasını devam ettirmeyerek cezadan kurtarıcı geri dönmüş sayılmazdı.⁷⁶

⁷² Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 50 Kn. 111; Eser, SS, § 24 Kn. 89; Wessels / Beulke, AT., Kn. 649; Otto, Versuch und Rücktritt, s. 709; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 273.

⁷³ Eser, SS, § 24 Kn. 88; Gropp, AT., § 9 Kn. 91; Freund, George, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT.)*, Personale Straftatlehre, Berlin 1998, § 9 Kn. 66; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 280; Roxin, AT. II, § 30, Kn. 337; Wessels / Beulke, AT., Kn. 648.

⁷⁴ Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 280; Roxin, AT. II, § 30, Kn. 337; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 271.

⁷⁵ Wessels / Beulke, AT., Kn. 649; Eser, SS, § 24 Kn. 89; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 272; Kühl, AT, § 20 Kn. 264; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 50 Kn. 110; Otto, AT., § 19 Kn. 68; Otto, Versuch und Rücktritt, s. 709; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 39; Stratenwerth, AT., § 12 Kn. 111; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 101, Lenckner, s. 295; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 280.

⁷⁶ Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 50 Kn. 110; Otto, Versuch und Rücktritt, s. 709;

Suç ortağı artık suçun icrasına devam etmediğinde ya da suçun tamamlanmasının önlenmesi için aktif bir şekilde hareket eden diğer suç ortağıyla uyum içinde olduğunda, yani bu bakımdan onu onayladığında / desteklediğinde yine sonucu önlemiş kabul edilecektir. Aksi durumda vazgeçmek isteyen yardım edenin, aktif olarak vazgeçen asli failin vazgeçmesi yanında ona katılması ve vazgeçmesi mümkün olmazdı. Ancak bu bakımdan geri dönen suç ortaklarının iradelerinin aynı yönde olması ve hareketsiz kalan suç ortağının da bu şekilde nedensel sürece katılmış olması gerekir.⁷⁷ Sadece emir altında bu vazgeçmeyi onaylamak yeterli değildir ve gerçek bir vazgeçme değildir.⁷⁸ Bir suç ortağı, diğer suç ortağının vazgeçmesi nedeniyle devam etmiyor ve ayrıca artık bu nedenle suçun tamamlanmasının mümkün olmadığını biliyorsa onun devam etmemesi vazgeçme değildir.⁷⁹

IV. İŞTİRAKTE CİDDÎ VE GÖNÜLLÜ ÇABA GÖSTEREREK SUÇUN ÖNLENMESİNE ÇALIŞMAK YOLUYLA VAZGEÇME (TCK m. 41/2)

TCK 41/2 maddesinde, iştirak halinde işlenen suça teşebbüsten gönüllü olarak vazgeçmek isteyen suç ortağına bir kolaylık yolu açılmaktadır. Buna göre, suçun, gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması veya gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır.⁸⁰

Stratenwerth, AT, § 12 Kn. 111, Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 272.

⁷⁷ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 274; Vogler, LK (10. Aufl.), Kn. 170; Otto, *Versuch und Rücktritt*, s. 710; AT., § 19 Kn. 76.

⁷⁸ Zaczyk, NK, § 24 Kn. 101.

⁷⁹ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 274.

⁸⁰ Al. CK' da ise iştirak bakımından düzenleme şu şekildedir: "Eğer bir fiile birden çok kişi katılmışsa gönüllü olarak tamamlanmayı önleyene teşebbüsten dolayı ceza verilmez. Ancak eğer fiil vazgeçen bir şey yapmaksızın tamamlanmıyor (yani vazgeçenden bağımsız nedenlerle) veya onun önceki katkısından bağımsız olarak işleniyorsa, vazgeçenin fiilin tamamlanmasını önlemek için gönüllü ve ciddi çabası da cezasızlık için yeterlidir".

A. Suçun Gönüllü Vazgeçenin Gösterdiği Gayret Dışında Başka Bir Sebep İşlenmemiş Olması Hali (TCK m. 41/2a.)

TCK m. 41/2a' da, vazgeçen suç ortağına, vazgeçme davranışının sonucun önlenmesinde nedensel olmamasına rağmen gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanma imkanı getirilmiştir.⁸¹ Ancak bunun için, suçun failin vazgeçme davranışı dışında başka bir nedenden dolayı işlenmemiş olması ve failin sonucun önlenmesi için mutlaka bir çaba içine girmiş olması gerekir. Maddede geçen "suçun gayreti dışında bir sebepten işlenmemiş olması"ndan bu anlaşılmaktadır.

1. Suçun Başka Bir Nedenden İşlenmemiş Olması

TCK m. 41/2a hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle suçun teşebbüs evresinde kalması ve kanuni tipe uygun sonucun meydana gelmemesi gerekir. TCK madde 41/1'in tersine bu hüküm, suçun suç ortağının davranışından bağımsız nedenlerle tamamlanmamış olduğu, bu bakımdan suç ortağının davranışının sonucun önlenmesinde nedensel olmadığı olayları kapsar.⁸² Burada, suçun suç ortağının bir katkısı olmaksızın başka bir nedenden tamamlanmaması söz konusudur. Örneğin, failin kararından vazgeçtiğini ya da girişiminde başarısız olduğunu bilmeyen azmettirenin kararından vazgeçmesi/veya yardım edenin sağladığı katkıyı geriye almaya çalışması gibi.⁸³ Yine, suçun tamamlanmasının diğer suç ortaklarından biri tarafından önlenmesi durumunda da, sonucun vazgeçmek isteyen katılımdan bağımsız meydana gelmemesi söz konusudur.⁸⁴ Bu durumda gönüllü vazgeçerek suçun tamamlanmasını önleyen suç ortağı TCK m. 41/1'e göre cezasız kalırken, vazgeçme çabaları sonucun meydana gelmemesinde artık nedensel olmayan suç ortağı ise m. 41/2a'dan yararlanarak ceza almayacaktır.⁸⁵

Mağdurun aldığı tedbirler nedeniyle ya da üçüncü kişilerin veya

⁸¹ Bayraktar' a göre 41/2 maddeyle tuhaf, keyfilik yaratacak ve hakimın egemenliğine yol açacak bir düzenleme yapılmıştır. Bkz. Bayraktar, Teşebbüs, s. 144.

⁸² Eser, SS, § 24 Kn. 93; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 285; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 50 Kn. 114.

⁸³ Roxin, AT. II, § 30, Kn. 338.

⁸⁴ Zaczyk, NK, § 24 Kn. 109; Eser, SS, § 24 Kn. 94

⁸⁵ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 286.

başka şartların müdahalesiyle de sonuç gerçekleşmeyebilir. Üçüncü kişiler, bilinçli ya da bilinçsiz suç ortağının kurtarma hareketinden daha önce davranmış olabilir. Mağdurun kurtarılması, üçüncü kişilerin suç ortağından önce örneğin bir doktor çağırmasına veya ondan tamamen bağımsız tedbirlere dayanıyorsa, bu durumda sonuç suç ortağının bir eylemi olmaksızın meydana gelmemiştir.⁸⁶ Örneğin, müşterek failer bir yere bomba koymuş, ancak polis bu bombayı bulup etkisiz hale getirmiştir. Bundan haberi olmayan ve fiili gerçekleştirmekten vazgeçen suç ortaklarından biri bombayı etkisiz hale getirmek için polisi arar.⁸⁷ Yine, ortaklaşa yangın çıkaran faillerden birisi sonradan itfaiyeyi çağırılmış, ancak üçüncü bir kişi ondan önce itfaiyeye haber vermişse sonucun önlenmesinde nedensel değildir.⁸⁸

2. Sonucun Önlenmesi İçin Gönüllü ve Ciddi Çaba

Suç vazgeçen suç ortağından bağımsız bir nedenden işlenmemişse, suç ortağının cezadan kurtaran bir vazgeçmeden yararlanabilmesi suçun önlenmesi için ciddi ve gönüllü çaba⁸⁹ göstermesini gerektirir. Böylece, suç ortağının objektif bakımdan sonucun önlenmesinde etkili olamadığı durumda, ondan sübjektif olarak sonucun önlenmesi için ciddi ve gönüllü çaba istenmektedir.⁹⁰

Sonucun önlenmesi için ciddi çaba, suç ortağının kanuni tipe uygun sonucu yeterli kesinlikte/sonuç alıcı nitelikte önlemek için uygun görünen tedbirleri almasını gerektirir.⁹¹ Suç ortakları sonucun doğması için her şeyi yapmışlarsa, suç ortağının sonucu önlemek için ciddi çabada bulunmuş olması için sonucu önlemeye uygun tedbirleri alma-

⁸⁶ Roxin, AT, II, § 30, Kn. 265; Eser, SS, § 24 Kn. 70; Kühl, AT., § 16 Kn. 84; Krey /Heinrich, AT, 2, Kn. 509; Otto, AT., § 19 Kn. 50; Tröndle / Fischer, § 24 Kn. 36; Lilie / Albrecht, Lk, § 24 Kn. 211.

⁸⁷ Roxin, AT, II, § 30, Kn. 265.

⁸⁸ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 198.

⁸⁹ Kanunda "gayret" kelimesi geçmesine rağmen "çaba" kelimesi bize daha kullanışlı gelmektedir. Diğer yandan bu çabann göstermelik olmaması bakımından "ciddi" olması da gerekir.

⁹⁰ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 287

⁹¹ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 288; Eser, SS, § 24 Kn. 94; Gropp, AT., § 9 Kn. 91; Maurach / Gössel / Zipf, AT, 2., § 50 Kn. 113; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 110; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 280

sı gerekir.⁹² Suç ortağı, önünde birçok kurtarma seçeneği bulunuyorsa kesinlik/sonucu önlemeyi vaat etme ve ihtimaliyet bakımından yeterli olanları seçmelidir.⁹³ Dikkat etmek gerekir ki, burada TCK m. 36'dan farklı olarak, hukuki konunun, sadece vazgeçen suç ortağı tarafından tehlikeye düşürülmesi ölçüt alınmamıştır. Bundan da öte, suçun diğer suç ortaklarıyla birlikte teşebbüs evresine girdiği dikkate alınmak zorundadır. Bu nedenle suç ortağına, suçun bütünüünün tamamlanmasını önlemeye uygun tedbirleri alması zorunluluğunu yüklenmiştir.⁹⁴ Böylece suç ortağının kendi katkısını ortadan kaldırması, sadece, suç ortağının bu katkısını geri alması ya da ortadan kaldırmasının kanuni tipe uygun sonucun meydana gelmemesini sonuçlayabilecek olması halinde ciddi bir çaba sayılabilir.⁹⁵

Suç ortağının, objektif bakımdan sonucu önlemeye daha uygun bir aracı seçme imkânının olması, onun, bunun bilincinde olup olmasından bağımsız olarak ciddi çaba içinde olmasına engel değildir. Suç ortağı, sonucu önlemeye yeterli görülebilecek bir tedbiri aldığı anda çaba göstermiş sayılır.⁹⁶ Ancak suç ortağı, sonucun önlenmesini bilinçli olarak tesadüflere bırakmamalıdır. Eğer kendi önünde daha uygun kurtarma seçenekleri bulunduğunu bilmesine rağmen, çok kesin olmayan aracı devreye sokmuş ya da bu konuda çok da fazla bir kaygı duymamaktaysa ortada ciddi çaba yoktur.⁹⁷ Buna göre, öldürme amacıyla mağdurun yaralanmasına iştirak eden suç ortağı, yaralı için profesyonel bir yardımın gerektiğini bilmesine rağmen, yarayı sadece bir bez parçasıyla kapatması/sarması yeterli değildir.⁹⁸

Eğer suç ortağı, kurtarma tedbirlerine üçüncü kişileri dâhil etmişse bir ayırım yapmak gerekir. Suç ortağı öldürmeye teşebbüse iştirak ettikten sonra doktora ya da polise haber vermişse ve bunun sonucun

⁹² Eser, SS, § 24 Kn. 71.

⁹³ Eser, SS, § 24 Kn. 71; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 41 Kn. 94; Wessels / Beulke, AT., Kn. 647; Zaczyk, NK, § 24 Kn.85.

⁹⁴ Zaczyk, NK, § 24 Kn. 110; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 288.

⁹⁵ Eser, SS, § 24 Kn. 96; Grünwald, s. 710; Lenckner, s. 297; Otto, *Versuch und Rücktritt*, s. 709; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 40; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 110; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 289.

⁹⁶ Eser, SS, § 24 Kn. 101; Grünwald, s. 715; Otto, *Versuch und Rücktritt*, s. 709; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 281; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 41.

⁹⁷ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 223; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 30; Gores, s. 209.

⁹⁸ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 224.

önlenmesinde yeterli olacağını düşünüyorsa burada her hâlükârda ciddî bir çaba bulunduğunu kabul etmek gerekir.⁹⁹ Burada suç ortağının, gerçi doktorun veya polisin yaralıya gerçekten ulaşacağından emin olması gerekir; ancak kural olarak bir acil araması yeterli olacaktır –sadece bulunması çok zor bir adres olduğunda bu yetmeyebilir.– Ancak ortağın, çağırdığı doktorun/polisin meslekî görevlerini yapıp yapmadığını kontrol etme zorunluluğu yoktur.¹⁰⁰ Buna karşılık suç ortağı, mesleği kurtarma olmayan kişileri –mağdur da dahil– kurtarma faaliyetine dahil ettiğinde, bu kişilerin zorunlu ve yeterli tedbirleri aldığından emin olmalıdır.¹⁰¹ Bu nedenle, suç ortağı, adam öldürmeye tam teşebbüse iştirak ettikten sonra polisi, doktoru vs. harekete geçirmelerini üçüncü kişilerden talep etmesi durumunda, bu kişilerin onun bu isteğini yerine getireceklerinden emin değilse, sadece bu hareketi yeterli değildir. Buna karşılık suç ortağı, adam öldürmeye teşebbüse katıldıktan sonra, uzman olarak kabul ettiği bir sağlık görevlisinden, mağdura bakmasını, ona yardım etmesini ve asıl acil yardım doktorunu çağırmasını istemiş ve bu kişi de acil doktoruna haber verildiğini söylemişse ciddi çaba vardır.¹⁰²

Bir çaba, sadece gerçekten sonucun önlenmesine yönelik olduğunda, yani sadece görünüşte veya yarım gönülle olmadığında ciddîdir.¹⁰³ Ancak, bu, suç ortağının tek saikinin sonucu önleme olmasını gerektirmez. Suç ortağı aynı zamanda suç teşkil eden fiilini gizli tutmaya çalışmış da olsa sonucun önlenmesi için ciddî çaba gösterebilir.¹⁰⁴ Ayrıca çabanın ciddîliği, suç ortağına seçtiği kurtarma aracının gerçekten elverişli ve birçokları arasından en uygunu olduğu konusunda sonradan vicdanî ve eleştirel sorular sorma yükümlülüğü de getirmez.¹⁰⁵

⁹⁹ Eser, SS, § 24 Kn. 95; Lenckner, s. 297; Otto, Versuch und Rücktritt, s. 709; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 110.

¹⁰⁰ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 225.

¹⁰¹ Kühl, AT, § 16 Kn. 85; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 41 Kn. 94; Wessels / Beulke, AT., Kn. 647; Zaczyk, NK, § 24 Kn.85.

¹⁰² Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 227.

¹⁰³ Eser, SS, § 24 Kn. 59; Jescheck / Weigend, AT., § 51 IV 2; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 27b; Tröndle / Fischer, § 24 Kn. 35; Wessels / Beulke, AT., Kn. 647.

¹⁰⁴ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 234.

¹⁰⁵ Eser, SS, § 24 Kn. 72; Grünwald, s. 715; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 30; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 92; Lenckner, s. 299; Jacobs, AT., 26 / 22.

B. Suçun Gönüllü Vazgeçenin Bütün Gayretine Rağmen İşlenmiş Olması Hali (TCK m. 41/2b)

TCK m. 41/2b hükmü vazgeçme iradesinde olan suç ortağına, suç tamamlanmış olmasına rağmen vazgeçme hükmünden yararlanma imkânı açmıştır. Ancak bunun için suçun, “suç ortağının önceki katkısından bağımsız olarak tamamlanması”¹⁰⁶ ve suç ortağının gönüllü ve ciddi çaba göstermesi gerekir.

1. Suçun, Suç Ortağının Önceki Katkısından Bağımsız Olarak Tamamlanması

TCK m. 41/2b hükmü bu manada yani suçun “katılanın katkısından bağımsız işlenmesi” şeklinde anlaşılırsa, böylece bu hükmün uygulama alanı, açık sözüne rağmen faillik ve yardım edenle sınırlandırılmış olur.¹⁰⁷ Sadece onlar bir suçun icrasına katılıp sonra vazgeçtiklerinde, onların tamamlanmaya yönelik katkılarının teşebbüs evresinde kaldığı, suçun tamamlanmasına rağmen bu katkıların tamamlanmaya etkilerinin olmadığı düşünülebilir. Ancak asıl failin hareketi bir azmettirenin dayanıyorsa, suçun azmettirenin katkısından bağımsız

¹⁰⁶ TCK m. 41/(2)b’ de Al. CK m. 24/II c. 2’ de yer alan “katılanın önceki katkısından bağımsız” kaydı yoktur. Ancak hükmü bu şekilde anlamak iştirakin niteliğine daha uygundur. “Öte yandan, ‘gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen suç işlenirse’ hükmünü, hükmün maksadına bakarak değerlendirmek gerekmektedir. Hiç kimse iradesi tahtında bilerek ve isteyerek suçun işlenmesine yaptığı bir katkıyı, isterse ‘bütün gayretini’ gösterebilir ve isteyerek suçun işlenmesinde davranışının nedensel etkisi kaldığı sürece, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamaz. Hem iradenin tahtında bilerek ve isteyerek işlenmekte olan bir suçta katkıda bulunacaksınız, hem katkının etkisi devam edecek, hem de suçun işlenmemesi için bütün gayretimi gösterdim diyerek, tabiri caizse süttün çıkmış ak kaşık olacaksınız. Böyle bir uygulamanın uygar dünyada yerinin olduğunu sanmıyoruz. Gerekçede, ‘Keza, gönüllü vazgeçen suç ortağının bütün gayretlerine rağmen, diğer suç ortakları suçu işlemiş olabilir. Bu durumda, suçun işlenmiş olmasına rağmen, ... suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti gösteren suç ortağının işlenen suçta iştiraktan sorumlu tutulmaması gerekir’ denmektedir. Açıklamada bir açıklık yoktur. ‘Elinden gelen bütün gayreti göstermek’ hükmünden, iştiraktan vazgeçen ortağın iştiraktan vazgeçmeye muktedir olmasını anlamak gerekmektedir. Zaten iş işten geçmiş, ortağın nedensel katkısının etkileri hükmünü yerine getirmişse veya hala etkisini sürdürmekte devam ediyorsa, ne gayret gösterirse gösterebilir, artık ortak bakımından ortada gönüllü vazgeçilebilecek bir suç bulunmamaktadır. Burada aksini düşünmek, pişmanı ödüllendirmek değil, suçluya prim vermek olur”. Hafizoğulları, s. 120.

¹⁰⁷ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 297; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 280; Roxin, AT, II, § 30, Kn. 339; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 112.

olarak işlenmesi, bu suç yeni başka bir suç olmadıkça mümkün değildir. Ya azmettirenin azmettirme davranışı suçun tamamlanmasına kadar etkisini sürdürecektir ya da suç hangi nedenle olduğundan bağımsız olarak teşebbüs evresinde kalacaktır. Her iki halde de TCK m. 41/2b'nin uygulanması imkânsızdır. Eğer suç teşebbüs evresinde kalmışsa azmettirenin vazgeçmesi TCK m. 41/1'e, ya da sonuç onun çabalarından bağımsız bir nedenle tamamlanmıyorsa TCK m. 41/2a'ya dayanabilir.¹⁰⁸

Suç ortağının teşebbüs evresine etkisi olan katkısı suçun devamı için önemini kaybettiğinde, suç katılanın katkısından bağımsız olarak işlenmiştir. Örneğin yardım edenin, bir mağazadan yapılması düşünülen bir hırsızlık için verdiği maymuncuk, asıl fiili işleyecek fail için güvenlik nedeniyle uygun görülmemiş ve fail başka bir yolla içeri girmiş ve hırsızlığı tamamlamışsa böyledir.¹⁰⁹

Ayrıca suç ortağı kendi katkısını tamamen ortadan kaldırmış veya teşebbüs evresine girdikten sonra olay yerine hiç getirmemiş, ancak diğer ortak/lar hiç zaman kaybetmeksizin aynı amaca yönelik ve benzer hareket tarzıyla yani olay sürecinin birliği içinde suçu tamamlamışlarsa da, suç, suç ortağının katkısı olmaksızın tamamlanmış denebilir. Eğer müşterek fail, suç teşebbüs evresine girdikten sonra, olaya plânlandığı gibi dâhil olmuyor ve diğer suç ortakları karşısında açık olarak artık devam etmek istemediğini ifade ediyor ve artık hareketlerini devam ettirmiyorsa, suçun icrası onun katkısı üzerine bina edilmiş olmaz.¹¹⁰ Aynı şekilde yardım eden, asıl fail doğrudan kanuni tipin gerçekleştirilmesine başladıktan sonra eylemde kullanmak üzere verdiği silahı geri almışsa, asıl fail buna rağmen başka bir silahla suçu işlemişse yine bu suç yardım edenden bağımsız işlenmiştir.¹¹¹

Ancak burada suç ortağının önceki katkısını tamamen etkisizleştirmiş olmasına dikkat etmek gerekir. Suç ortağı, sadece, katkısını tamamlanma bakımından tamamen etkisiz hale getirmişse, suç onun bu katkısından bağımsız bir şekilde işlenmiş olur. Bu nedenle müşterek

¹⁰⁸ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 298.

¹⁰⁹ Eser, SS, § 24 Kn. 97; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 280; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 112; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 298; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 40.

¹¹⁰ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 299

¹¹¹ Eser, SS, § 24 Kn. 97; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 280; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 113; Otto, *Versuch und Rücktritt*, s. 709; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 40.

faillerden birinin sadece olay yerini terk etmesi yeterli değildir.¹¹²

Eğer katkının tamamen etkisizleştirilmesi bütün çabalara rağmen başarılammışsa, bir vazgeçme, sadece suçun tamamlanmasının objektif ve sübjektif yönden katılana isnat edilememesi durumunda mümkündür.¹¹³ Müşterek fail, diğer faili suçu işlemekten alıkoyamamışsa ve katkısı filin tamamlanmasına kadar etkisini göstermişse veya yardım eden, çabalarına rağmen verdiği silahı geri alamamışsa, onların çabaları vazgeçmede değil, her halükarda cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınacaktır.¹¹⁴

Bu olaylarda şu şekilde problem oluşabilir: Teşebbüs evresine kadar etkisini gösteren katkının psişik yönden etkisi, suç ortağı bu katkıyı hem gerçekten tamamen geri almış hem de diğer suç ortakları karşısında suçtan vazgeçtiğini açıkça belirtmiş olmasına rağmen, tamamlanmaya kadar devam etmiş olabilir.¹¹⁵ Belirtmek gerekir ki, eğer bir yardım etme için asıl fiile her türlü teşvik yeterli görülürse bu tür bir psişik etki çok nadir olarak tamamen kaldırılabilir. Bu takdirde bir katkının devam etmesinin varlığı, rahatlıkla diğer katılanın/katılanların sadece teşebbüse katılma yoluyla suçu tamamlama iradesini güçlendirdiği şeklinde gerekçelendirilebilir. Bu yorumla, yardım eden için bir vazgeçme ancak çok nadiren gündeme gelebilir.¹¹⁶

Öyleyse, sağlanan katkı sadece tamamlanma bakımından etkisini devam ettirmelidir, öyle ki bu bağlamda psişik katkının varlığını çok abartmamak gerekir. Eğer suç ortağı, diğer ortakların açıkça anlayabileceği şekilde suçun icrasından vazgeçme niyetiyle katkısını tamamen geri almışsa, aynı zamanda, katkısının başlangıçta var olan psişik destek etkisini de ortadan kaldırmış olacaktır/¹¹⁷ Bu durumda, sadece, diğer ortakların vazgeçme iradesinde olan ortağın katkısını etkisizleş-

¹¹² Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 300.

¹¹³ Baumann / Weber / Mitsch, AT., § 27 Kn. 43; Jacobs, AT., 26 / 28; Kühl, Kommentar, § 24 Kn. 27; Tröndle / Fischer, § 24 Kn. 42; Freund, AT., § 9 Kn. 70; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 300.

¹¹⁴ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 300.

¹¹⁵ Eser, SS, § 24 Kn. 99; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 49 Kn. 120; Eisele, s. 771; Gores, s. 113; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 41; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 113.

¹¹⁶ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 301.

¹¹⁷ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 301; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 281, AT II, § 30, Kn. 340; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 112.

tirme ve sonucu önleme çabalarından haberdar olmaması durumunda ortağın bu katkısının psikik etkisini tamamlanmaya kadar devam ettirdiği söylenebilir.¹¹⁸

FYM'nin kararına¹¹⁹ konu olan bir olayda; A, D ile, ikisinin de kendilerini takip eden polisler gerekirse kurtulabilmek için ateş etmesi konusunda anlaşmıştır. Polisler onları bulduğunda D iki polisi vurur ve ikisini daha öldürmeye çalışır, ancak isabet ettiremez. A ateş etmemiş baştan itibaren ellerini havaya kaldırmış ve hiç silahına uzanmadan sonunda yere yatmıştır. D, A'nın pasif davranışını hiç fark etmemiş, tersine hep gerektiğinde kendisini koruyacak bir ortağının olduğunu düşünmüştür.

Burada A gönüllü vazgeçmeden yararlanamaz; çünkü A'nın D'ye psikik desteği (D öyle algılamaktadır) sonuna kadar devam etmiştir. Şüphesiz A'nın hareketsizliği onun sadece yardım eden olarak cezalandırılmasıyla ödüllendirilebilirdi; ancak FYM bu olayda A'yı müşterek fail olarak cezalandırmıştır. Eğer A, D ateşe başladığında D ile olan ilişkisini açıkça tamamen kesseydi böylece katkısını tamamen geri alabilirdi. Ancak bir vazgeçme bu durumda da olmazdı, çünkü bu durumda da A suçu önlemiş, hatta bunun için çabalamış olarak da kabul edilemezdi. Ancak bu durumda A tamamlanan suçtan dolayı değil sadece teşebbüse yardım etmekten ceza alırdı.¹²⁰

2. Sonucun Önlenmesi İçin Gönüllü ve Ciddî Çaba

Suç, suç ortağının önceki katkısından bağımsız olarak işlense de, suç ortağı sadece ciddî ve gönüllü olarak suçun tamamlanmasını önlemek için çaba gösterdiğinde cezadan kurtaran bir vazgeçmeden yararlanabilir.¹²¹

Ciddî çaba bakımından önceki açıklamalar geçerlidir. Suçun işlenmesini önlemek için ciddî çaba, suç ortağının yeterli kesinlikte sonucun meydana gelmesini önlemeye uygun ve bu bakımdan gerekli

¹¹⁸ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 301; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 281; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 113.

¹¹⁹ BGSt 37, 289.

¹²⁰ Roxin, AT. II, § 30, Kn. 320.

¹²¹ Kühl, Kommentar, § 24 Kn. 27; Scheurl, s. 144.

tedbirleri almasını gerektirir.¹²² Bu bakımdan suç ortağı kendi katkısını geri almasının sonucu önlemede yetersiz kalacağını biliyor veya bunu ihtimal dâhilinde görüyorsa başka tedbirleri de devreye sokmak zorundadır.¹²³ Bu, suç ortağının katkısını geri almasının, önce sonucun önlenmesi için yeterli olacağını zannetmesi, ancak sonra diğer ortakların suçun icrasından vazgeçmeyeceklerini fark etmek zorunda olması halinde de geçerlidir.¹²⁴

Çabanın ciddî olması için, vazgeçen ortağın, ulaşabildiği en iyi aracı devreye sokması gerekir; ancak bu aracın mutlaka objektif olarak sonucu önlemeye en uygun olması veya geri dönenin bu aracın elverişliliğini ayrıntılı bir şekilde test etmesi gerekmez. Ancak geri dönen bu araçtan sonuç alamayacağını anladığında, derhâl başka, sonuca götüreceğini umduğu en iyi aracı devreye sokmalıdır. Vazgeçenin sonucu önleme çabasında en iyi aracı devreye sokmasının sınırı, bu aracın kullanılmasının vazgeçenin yaşam, vücut bütünlüğü veya özgürlüğü bakımından tehlikeleri beraberinde getirmesi durumudur. Öyleyse vazgeçenin suçun icrasına devam etmeye karar veren ortağına zor kullanmasına, eğer bu ortak tarafından vurulma, ağır şekilde yaralama, bir yere kapatılma, vs. tehlikesi varsa gerek yoktur. Bu tehlikelerden kaçınarak en uygun görünen aracı seçmesi yeterlidir.¹²⁵

SONUÇ

5237 sayılı TCK'nın 41. maddesinde, 765 sayılı TCK'da yer alan bir düzenleme yapılarak iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükmüne bağlanmıştır. TCK m. 41/1' de, "İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır" denilmektedir. Maddede belirtilmese de iştirak bakımından bir özellik bulunmaktadır. İştirakin özelliği gereği, ortaklaşa işlenen bir suça katılan suç ortaklarının her biri diğer suç ortaklarının işlediği hareketlerden de sorumlu olduğu için, gönüllü vazgeçen suç

¹²² Eser, SS, § 24 Kn. 103; Jacobs, AT, 26 / 28; Maurach / Gössel / Zipf, AT, 2, § 49 Kn. 117; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 281; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 114; Gores, s. 215; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 40

¹²³ Eser, SS, § 24 Kn. 103; Freund, AT, § 9 Kn. 69; Gropp, AT, § 9 Kn. 87; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 281

¹²⁴ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 303

¹²⁵ Roxin, AT, II, § 30, Kn. 341

ortağının sadece kendi katkısını ortadan kaldırması yeterli değildir; suç ortağı iştirak halinde işlenen suçun gerçekleşmesini önlemelidir.

TCK m. 41'in uygulanabilmesi için her şeyden önce, suçun TCK m. 35' e göre cezalandırılabilir bir teşebbüs evresine girmesi gerekir. Diğer yandan suç ortağının, katkısını kasten gerçekleştirilmesi de zorunludur. Sadece bu şart gerçekleştiğinde katılma cezalandırılabilir ve sadece bu durumda TCK m. 41 anlamında bir vazgeçme gündeme gelebilir. Böylece suç ortağının suçun tamamlanması açısından kasten davranmadığı olayları tartışmaya gerek yoktur. Ayrıca, suç ortağının kasıtlı olarak tamamlanmaya yönelik katkısının (fail veya katılan olmasından bağımsız olarak), suçun tamamlanmasına kadar etkisini devam ettirmemesi gereklidir. Böylece ilgili kişi tamamlanmış bir suça katılmaktan cezalandırılabilir olduğunda, yani suç tamamlandığında ve suç ortağının katkısı öngörülen nedensel süreçten önemli bir sapma olmaksızın tamamlanmaya kadar uzandığında vazgeçme artık mümkün değildir.

TCK m. 41/1 hükmüne göre, iştirak halinde işlenen bir suça teşebbüse katılan suç ortağı gönüllü olarak kanuni tipe uygun sonucun meydana gelmesini önlediğinde cezadan kurtaran bir şekilde vazgeçmiş olur. İştirak halinde işlenen suçta, suç ortaklarının her biri diğerlerinin fiilinden de sorumlu olduğu için, suç ortağının sadece kendi katkısını geri alması vazgeçmesi için yeterli değildir. Suç ortağı, katkısını geri almasıyla ya da ortadan kaldırmasıyla sonucu gerçekten önlüyorsa o zaman vazgeçmeden yararlanabilir. Suç ortağının tamamlanmanın önlenmesine yönelik davranışı kanuni tipe uygun sonucun meydana gelmesini önlemelidir. Bu nedenle, suç ortağının sonucun doğmaması için çabaladığı, ancak çabalarının sonuçsuz kaldığı durumda bu hüküm uygulanmaz.

TCK 41/2 maddesinde ise, iştirak halinde işlenen suça teşebbüsten gönüllü olarak vazgeçmek isteyen suç ortağı için, sonucu önlemede nedensel olması zorunluluğunu kaldıran bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, suçun, gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması veya gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için, birinci durumda suçun failin vazgeçme davranışı dışında başka bir nedenden dolayı işlenmemiş olması ve failin sonucun önlenmesi için gönüllü ve

ciddi bir çaba içine girmiş olması, ikinci durumda ise suçun, suç ortağının önceki katkısından bağımsız olarak tamamlanması ve yine suç ortağının gönüllü ve ciddi çaba göstermesi gerekir. İkinci durum için Kanun'da "katılanın katkısından bağımsız" kaydı olmamasına rağmen, iştirakin özelliği gereği hükmü bu şekilde anlamak uygun olacaktır. Diğer yandan kanaatimizce, bu hükümlerle suç ortağına, suçun tamamlanmasını önlemede nedensel olmadığı halde gönüllü vazgeçme imkânı tanınmakla, ciddi ve gönüllü bir çabanın olup olmadığı konusunda hâkime önemli bir takdir hakkı verilmiştir. Bu nedenle hâkimin somut olayın şartlarını çok iyi araştırması ve gerçekten hak edenleri bu hükümden yararlandırması gerekir.

KAYNAKLAR

- BAUMANN, Jürgen / WEBER, Ulrich / MITSCH, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), Bielefeld 2003.
- BAYRAKTAR, Köksal, Faal Nedamet, İÜHFİM C. XXXIII, S. 3-4, İstanbul 1968.
- BAYRAKTAR, Köksal, Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi, in: Türk Ceza Kanununun 2 Yılı -Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2008 (Teşebbüs).
- BOTTKE, Wilfried, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Taeterverhalten, Ebelsbach 1979.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Zafer / ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası İstanbul 2005.
- DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler,
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 11. Bası, İstanbul 1994.
- EİSELE, Jörg, Abstandnahme von der Tat vor Versuchbeginn bei mehreren Beteiligten, ZStW 112 (2000).
- EREM, Faruk / DANIŞMAN, Ahmet / ARTUK, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997.
- EREM, Faruk, Suça İştirak, AÜHFİM, C.3, S.1, Ankara 1946
- ERRA, Carlos, Teşebbüste İhtiyarıyle Vazgeçme (Çev. Sahir Ergan), İÜHFİM, C. X, S. 1-2, İstanbul 1944.
- ESER, Albin, Rücktritt, in: Schönke / Schröder Strafgesetzbuch-Komentar (SS), 26. Auflage, München 2001.
- FRANK, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (RStGB), 18. Auflage, Tübingen 1931.
- FREUND, George, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT.), Personale Straftat-

- lehre, Berlin 1998.
- GORES, Claus, Der Rücktritt des Tatbeteiligten, Berlin, 1982.
- GROPP, Walter, Strafrecht-Allgemeiner Teil (AT.), 3.Auflage, Berlin-Heidelberg, 2005.
- GRÜNWALD, Gerald, Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974.
- GUTMANN, Alexander Peter, Die Freiwilligkeit, Beim Rücktritt vom Versuch und Bei der Taetigen Reue, Hamburg 1963.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, Ankara 2007-2008 <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf> (04.06.2008 tarihindeki güncellenmiş hali esas alınmıştır).
- HEINITZ, Ernst, Streitfragen der Versuchslehre, JR 1956.
- HEINRICH, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil I (AT. I), Stuttgart 2005.
- HERZBERG, Rolf Dietrich, Grundprobleme des Rücktritts vo Versuch und Überlegungen de lege ferenda (Grundprobleme) NJW 1991.
- İÇEL, Kayıhan / SOKULLU-AKINCI, Füsün / ÖZGENÇ, İzzet / SÖZÜER, Adem / MAHMUTOĞLU, Fatih S. / ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, İstanbul 2000
- JACOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT.), 2. Auflage, Berlin-Newyork, 1991.
- JAGER Christian, Das Frewilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 112 (2000).
- JAGER, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefaehrdungsumkehr, Münschen 1996 (Rücktritt).
- JESCHECK, Hans Heinrich / WEIGEND, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (AT.), 5. Auflage, Berlin, 1996.
- KREY, Volker / HEINRICH, Manfred, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2 (AT. 2), 2. Auflage, Stuttgart 2004.
- KUHL, Kristian, Strafgezetsbuch-Kommentar (Kommentar), 25. Auflage, Münshen 2004.
- KUHL, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 4. Auflage, München 2002 (AT.).
- LENCKNER, Theodor, Probleme beim Rücktritt des Beteiligten, in: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, Berlin 1973.
- LILIE, Hans / ALBRECHT, Dietlinde, Rücktritt, in: Leipziger Kommentar (LK), Strafgesetzbuch-Grosskommentar, 1. Band, 11. Auflage, Berlin 2003.
- MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Heinz / ZİPF, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Heidelberg 1989 (AT.).
- OTTO, Harro, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre (AT.), 6. Auflage, Berlin 2000.
- OTTO, Theo, Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (Versuch und Rücktritt), JA 1980.

- ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Kanununun Anlamı, Ankara 2005.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2006.
- ROXIN, Claus, Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer, in: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag,
- ROXIN, Claus, Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch, in: Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag (Rücktritt vom unbeeendeten Versuch)
- ROXIN, Claus, Strafrecht-Allgemeiner Teil, Band II (AT. II), Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003.
- RUDOLPHI, Rücktritt, in, Systematischer Kommentar (SK) zum Strafgesetzbuch, Band I, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 1977.
- SCHUEURL, Guntram von, Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, Berlin 1972.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006.
- SÖZÜER, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994.
- STRATENWERTH, Günter, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT.), 4. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 2000.
- Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku-Genel Kısım, Ankara 2005.
- TRONDLE, Herbert / FISCHER, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Auflage, München, 2003.
- ULSENHEIMER, Klaus, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, Berlin 1976.
- VOGLER, Theo, Rücktritt, in Leipziger Kommentar (LK) Strafgesetzbuch, Grosskommentar, 1. Band Einleitung, §§ 1 bis 31, 10. Auflage (LK 10. Aufl.), Berlin 1985.
- WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT.), Die Straftat und ihr Aufbau, 33. Auflage, Heidelberg 2003.
- ZACZYK, Rainer, Rücktritt, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK), Baden Baden 2005.

“YÜCE DİVAN” OLARAK ANAYASA MAHKEMESİ*

M. Yasin ASLAN**

GİRİŞ

Son zamanlarda gündeme gelen Anayasa değişikliği tasarısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin yapısı ve görevlerinin tekrar düzenlenmesi düşünülmektedir. Tasarıyla, Anayasa Mahkemesi, özellikle üye oluşumu ve görevleri bakımından yeniden yapılandırılmakta,¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne Anayasa Mahkemesi'ne üye seçme imkânı verilmektedir.

Uzun süredir Yüce Divan görev ve yetkisinin Anayasa Mahkemesi'nden alınarak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na verilmesi gerektiği düşüncesi savunulmaktadır. Ancak Anayasa Tasarısı'nda Anayasa Mahkemesi'nin, mevcut Anayasa'da olduğu gibi, Yüce Divan görevi

* Makalede yayımlanan görüş ve düşünceler tamamen yazarın kişisel görüş ve düşüncelerini yansıtmakta, hiçbir şekilde Türk Silahlı Kuvvetlerinin görüş ve düşüncelerini yansıtmamaktadır.

** Dr., Askeri Hâkim Binbaşı, Genelkurmay Başkanlığı Adli Müşavirliği, Uluslararası Hukuk İşleri Şube Müdürü.

¹ Anayasa tasarısıyla; Mahkeme'nin üye sayısı artırılarak asıl üye yedek üye ayrımına son verilmekte, üye sayısı on yedi olarak belirlenmektedir. Tasarı üye seçiminde 1961 Anayasası'nda olduğu gibi, karma yöntemi benimsemektedir. Ancak, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak, yürütme organının sorumsuz kanadı olan Cumhurbaşkanı'na tanınan üye seçimi yetkisi yasama organına bırakılmaktadır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi üyelerinin sekizi yargı organları tarafından, kendi üyeleri arasından, sekizi de yasama organı tarafından belli nitelikleri sahip kişiler arasından doğrudan seçilmektedir. Türkiye Barolar Birliği tarafından da Anayasa Mahkemesi'ne bir üye seçilmesi imkânı getirilmektedir. Askeri Yargıtay'dan (ve kaldırılması planlandığı için Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM)'nden) üye seçimi uygulaması kaldırılmaktadır. Yasama organının seçeceği üyelerden en az üçünün anayasa hukuku, kamu hukuku veya siyaset bilimi alanlarında çalışan profesör olması zorunluluğu getirilmektedir.

aynen devam etmektedir. Öte yandan, adil yargılanma ilkesine uygunluğu sağlamak amacıyla, Yüce Divan önündeki yargılama iki kademelili duruma getirilmekte, Yüce Divan kararlarına karşı itiraz yolu da tanınmaktadır.

Bilindiği üzere, yürütme ve yargıdaki üst düzey kamu görevlilerinin, görev suçlarına ilişkin yargılanmaları için doğası gereği özel bir durumdur. Bu nedenle buradaki yargılama yetkisi özel olarak kurulmuş bir mahkeme olan Yüce Divan'a bırakılmıştır. Yüce Divan, farklı uygulamalarla olsa bile, genel olarak tüm ülkelerde var olan bir kurumdur. Her ülke kendi hukuk geleneği içinde bu kuruma bir şekilde yer verilmiştir. Türkiye'de Yüce Divan görevi Anayasa Mahkemesi tarafından yerine getirilmektedir.

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla çok başvurulan bir kurum değildir. Anayasa Mahkemesi temelde bir ceza mahkemesi olarak kurulmadığından, Yüce Divan sıfatıyla yargılama yaparken bazı eleştirilerle karşılaşmaktadır. Bu makalede Yüce Divan'a yönelik eleştiriler kapsamında, mahkemenin kuruluş ve görevleri incelenmiştir. Önce Yüce Divan'ın kuruluş amacı ve oluşumu ele alınmıştır. Ardından Yüce Divan'ın görev ve yetkisi madde, yer ve kişi bakımından anlatılmıştır. Son olarak Yüce Divan'daki yargılama usulü açıklanmış ve bir takım değerlendirmeler yapılmıştır.

I. YÜCE DİVAN'IN KURULUŞ AMACI VE OLUŞUMU

Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakanlar Kurulu üyeleri, yüksek mahkeme başkan, başsavcı ve üyeleri gibi, yürütme ve yargıda üst düzey görevler üstlenen kamu görevlilerini görev suçlarından dolayı yargılama yetkisi, Anayasa ile "Yüce Divan" sıfatıyla görev yapan Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir.² Buna göre Yüce Divan, Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi başkan ve üyelerini, başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcısı vekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay başkan ve üyelerini görevleri ile ilgili suçlardan dolayı yargılayabilmektedir.

² 1982 Anayasası madde 148/3.

1. YÜCE DİVAN'IN KURULUŞ AMACI

Yüce Divan'ın kuruluşunda asıl ölçü kişi bakımından yetki kuralları olmuştur.³ Kişi bakımından yetki kurallarının konulmasındaki amaç kişileri kayırmak değil, aksine önceden bu düzenlemeyi yaparak kayırılmalarını önlemektir. Yürütme ve yargının en üst düzeydeki makamlarında görev yapan kimselerin içinde yer aldığı ilişkiler, onları nüfuz alanı geniş kimseler haline getirmiştir. Bu kimselerin herkesin tabi olduğu makamlarca yargılanması ister istemez bazı tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bu kimselerin siyasi veya salt nüfuza dayalı bazı kayırılmalarla karşılanması olasılığı yüksektir. Öncelikle bu olasılığı bertaraf etmek için, nüfuz etkilerinden olabildiğince uzak ayrı bir yargı oluşumu düşünülmüştür.

Diğer yandan, durum bazen tam aksi bir hal alabilmektedir. Siyasi hesaplaşma veya benzeri düşüncelerle, bu kişilerin herkesin tabi olduğu mahkemelerde haksızlığa uğrayabileceği düşüncesi de ciddiye alınmalıdır. Sadece siyasi karalama ve hesaplaşma amacıyla dahi bir kişinin görev suçu ile itham edilmesi mümkündür. Amaç, iddia veya savunmayı kayırmaksızın suçlanan kişiyi en adil şekilde yargılamak olduğuna göre, bu durumda ayrı bir mahkeme kurulması en iyi çözümler olarak görünmektedir.

2. YÜCE DİVAN'IN OLUŞUMU

Türk anayasalarında, 1921 Anayasası hariç, 1876'dan bu yana Yüce Divan yer almıştır. 1961 Anayasası'na kadar ayrıca kurulmuş ve yapılmış bir Yüce Divan varken, 1961 Anayasası ile Yüce Divan görevi Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmıştır.⁴ 1982 Anayasası, 1961 Anayasası ile getirilen modeli esas almıştır.

Mevcut Anayasa'ya göre Anayasa Mahkemesi 11 asıl ve 4 yedek üyeden oluşmaktadır. Mahkeme üyelerinin tamamını Cumhurbaşkanı seçip atamaktadır.⁵ İki asıl ve iki yedek üye Yargıtay, iki asıl ve bir yedek üye Danıştay, birer asıl üye Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İda-

³ Bunlar hangi hâkimin hangi kişilerin hangi suçlarını yargılayacağını gösteren kurallardır.

⁴ 1961 Anayasası madde 147. Ayrıca bakınız; Server Tanilli, *Anayasalar ve siyasal belgeler*, İstanbul 1976, s. 303.

⁵ Anayasa madde 146/2.

re Mahkemesi ve Sayıştay genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasında üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; bir asıl üye ise Yüksek Öğretim Kurulu'nun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından; üç asıl ve bir yedek üye ise üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Üye olmanın yaş ve meslek tecrübesi ile ilgili bazı şartları da vardır ve bunlar 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un seçilme yeterliliğini düzenleyen 3. maddesinde yer almaktadır. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi'nin bağımsızlığının sağlanması için, üyelerin aslı görevleri dışında resmi veya özel hiçbir görev alamayacakları şartı Anayasa'da düzenlenmiş bulunmaktadır.⁶

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde Cumhurbaşkanı son karar mercii olarak yetkilendirmesi nedeniyle eleştirilmektedir.⁷ Özellikle yedi yıl görevde kalan bir Cumhurbaşkanı'nın şartlar uygun düşerse, neredeyse tamamını kendisinin atadığı üyelerden oluşan bir Mahkeme oluşturabilmesi mümkündür. 1961 Anayasası'nda Cumhurbaşkanı'nın atadığı üye sayısı yalnızca iki idi ve üyelerin niteliklerinin ne olacağı Anayasa'da belirtilmemişti. Üyelerin niteliğinin ne olacağının ana hatlarıyla kanunla düzenlenmiş olması ayrı bir eleştiri konusu olmaktadır. Böylesine önemli bir kurumun niteliği, kolayca değiştirilebilen kanunlara bırakılmamalıdır.

Anayasa'nın 146. maddesinin gerekçesinde, üyelerin niteliklerinin ve nerelerden alınacaklarının belirtilmemesinin nedeni, üyelerin nerelerden geleceğini en iyi biçimde belirleyecek makamın Cumhurbaşkanı olduğu söylenerek açıklanmıştır. Bu durumun sakıncasına rağmen, Anayasa koyucu tarafından bilinerek yapılması ve desteklenmesi ayrı bir eleştiri konusudur.⁸ Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapan bir kurumda, değil ceza hukukçularının, hukukçuların dahi azınlıkta

⁶ 1982 Anayasası madde 146/4.

⁷ Bahri Öztürk, "Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi 'Yüce Divan'", *Anayasa Yargısı*, Cilt 12, 1995, s. 63.

⁸ İtalya Anayasa Mahkemesi de, Türk Anayasa Mahkemesi gibi Yüce Divan olma görevini üstlenmiştir. Ancak İtalya'da Mahkemeye üyelik hâkimlik, hukuk öğretim üyeliği veya avukatlık gibi sadece hukuk öğrenimine dayalı bir kariyeri takiben mümkün olabilmektedir. *A. g. e.*, s. 64, 66; Tanilli, s. 509.

kalması, mahkemenin oluşumuna yönelik eleştirileri kaçınılmaz olarak gündeme getirecektir.⁹

Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan olarak çocuk mahkemeleri ve askeri mahkemeler gibi, doğrudan doğruya özel (ihtisas) ceza mahkemesi olarak, ceza muhakemesindeki yerini almaktadır. Anayasa Mahkemesi tabii hâkim ilkesine uygun olarak kanunla kurulduğu için, olağanüstü mahkeme olarak değerlendirilemez.

Yüce Divan'ın kendisine gelen bir davada görevsizlik kararı verip vermeyeceği hususu de tartışmalıdır. Bir düşünceye göre, Yüce Divan görevsizlik kararı veremez. Bu görüş, Meclis'in aldığı Yüce Divan'a sevk kararını "kanun" niteliğinde görmekte ve Yüce Divan'ın buna aykırı davranamayacağını savunmaktadır. Ancak burada Anayasa'nın mahkemelerin bağımsız olduğunu belirten düzenlemesini dikkate almak gerekir. Yüce Divan konumunda bir mahkemenin yargılamada bağımsız olamayacağını düşünmek dahi mümkün değildir.¹⁰ Diğer yandan, Yüce Divan'ın kendisini görevsiz görmesi durumunda ne olacağı ise belirsizdir. Böyle bir durumda, Yüce Divan, uyuşmazlık konusunda kriz doğurmamak için görevsizlik kararı verirken, görevli mahkemeyi belirtmemelidir. Aksi takdirde, o mahkeme de görevsizlik kararı verirse, ortaya çıkacak olumsuz görev uyuşmazlığının genel kurallara göre çözülmesi mümkün olmayacaktır.¹¹

⁹ Fransa, Belçika ve Almanya gibi, Anayasa Mahkemesi ve Yüce Divan'ın aynı yapı içerisinde yer almayı, ayrı bir Yüce Divan'ın bulunduğu ülkelerde, söz konusu mahkemeler hukukçu üyelerden oluşmaktadır. Asıl sorun ülkemiz gibi ikili yapıyı tercih edip bir ceza yargılamasının ancak hukukçularca yürütülebileceği gerçeğini dikkate almamakla ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne üye seçiminde tabii hâkim ilkesinin çiğnenmesi olarak görülebilecek şekilde, hâkim unvanı taşıyamayacak, hukuk öğrenimi almamış kimselerin siyasi mülahazalarla belirlendiği savunulmaktadır. Tabii hâkim ilkesinin bir gereği olarak, hâkim hukuk bilgisi ile donanmış olmalıdır. Öztürk, s. 75, 76, 87; Tanilli, s. 472, 549, 579.

¹⁰ 4 Ferhat Kapıcı, *Meclis Soruşturması*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, 1991, s. 76.

¹¹ Faruk Erem, *Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Olarak İncelenmesi*, Ankara, 1963, s. 7.

II. YÜCE DİVAN'IN YETKİSİ

1. MADDE BAKIMINDAN YETKİSİ

Yüce Divan Anayasa ve kanunlarda belirtilen üst düzey kamu görevlilerinin sadece görev suçlarını yargılamaya yetkilidir. Bu kişiler şahsi suçları bakımından genel kurallara tabiidir.¹²

Anayasa ve Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun genel olarak görevle ilgili suçlardan dolayı yargılama yapılacağını belirtmekle yetinmiştir. Ceza yasalarında suç ve kabahat ayrımının yapılmış olması ve Yüce Divan'ın sadece suçları yargılamaya yetkili kılınmış olması sebebiyle, kabahatlerin Anayasa Mahkemesi'nde yargılanmayacağı açıktır. Taksirli suçlar ise Anayasa Mahkemesi'nde yargılanabilir.¹³ Örneğin bir Bakan taksirli bir eylemiyle dahi olsa, devlet sırrı öğrenirse ve şartları mevcutsa Yüce Divan'da yargılanabilir.

Bakanlar Kurulu üyeleri yargılanırken bu suçların özel olarak siyasi saikle işlenmiş olması gerekmemektedir. Kişisel yarar gözetilerek işlenen suçlarda da (zimmet, ihtilas, irtikâp vb.) Yüce Divan görevli ve yetkilidir.¹⁴

2. YER BAKIMINDAN YETKİSİ

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan yer bakımından yetki kuralları Yüce Divan bakımından geçerli değildir. Çünkü Yüce Divan tüm ülkede tektir. Bu sebeple, Anayasa ve ilgili kanunlarda gösterilen belirli kişilerin, kural olarak, Türkiye'de işlenmiş oldukları tüm görev suçları için yer bakımından Yüce Divan yetkilidir.

Türk Ceza Kanunu'nun 10. maddesinde; yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bundan dolayı bir suç işleyen kimsenin, bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş bulunsa bile, Türkiye'de yeniden yargılanacağı belirtilmektedir. Burada sadece "memuriyet veya görevden dolayı" denilip "görev sırasında" denilmemesi nedeniyle, yurt içinde Yüce

¹² Ergun, Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1998, s. 297.

¹³ Kapıcı, s. 77.

¹⁴ Erem, s. 6.

Divan'ın yargı yetkisine konu bir suç yurtdışında işlendiğinde, Yüce Divanın yer bakımından yetki alanı dışında kalacaktır.¹⁵

3. KİŞİ BAKIMINDAN YETKİSİ

Türk Ceza Kanunu Yüce Divanın yargı yetkisi kapsamındaki kişilere mahsus suç tipi içermemektedir. Yani ayrı bir *“bakan suçu”* yoktur. Bu sebeple, bu kişilerin memurluk sıfatları esas alınmalıdır.¹⁶ Anayasa ve ilgili kanunlara göre, Yüce Divan sınırlı sayıda üst düzey kamu görevlisi için kişi bakımından yetkilidir. Bunların en başında Cumhurbaşkanı gelmektedir. Ancak Cumhurbaşkanının, kural olarak görev suçlarından dolayı, *“vatana ihanet”* dışında cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Anayasa'da Cumhurbaşkanının birçok yetkisi Bakanlar Kurulu ile birlikte çifte imza mekanizmasına bağlanmıştır. Bu sebeple, söz konusu işlemlerden dolayı sorumluluğu da bulunmamaktadır. Tek başına yapabileceği işlemler ise sorumluluk getirecek önemde değildir.

Anayasa'ya göre vatana ihanet suçlamasında Cumhurbaşkanı Meclis'in üçte birinin teklifi üzerine, dörtte üçünün kararı ile Yüce Divan'a gönderilebilir.¹⁷ Yüce Divan, iddia ve savunmalarla bağlı olmaksızın davayı ele alıp bağımsız olarak karar verir. Bu durum, siyasi hesaplaşma niyetiyle vatana ihanet suçlamasının kötüye kullanılması suretiyle Yüce Divan'a gönderilme gibi bir olasılığı da bertaraf etmektedir. Hakkında vatana ihanet suçlaması ile dava açılan bir Cumhurbaşkanı'nun görevine devam edip etmeyeceğine dair anayasal bir düzenleme yoktur. Bu hususta bir düzenleme yapılması gerekmektedir.¹⁸

Cumhurbaşkanı için Yüce Divan'a gönderilme nedeni vatana ihanetle sınırlıyken, başbakan ve bakanlar için, vatana ihanet dâhil olmak üzere, her türlü görev suçu nedeniyle Yüce Divan yargılaması

¹⁵ Öztürk, s. 90.

¹⁶ Bakanların memur olup olmadıklarına ilişkin tartışmaya, 1982 yılındaki bir kararıyla Yüce Divan kendisi son vermiş ve kamu adına yetki kullanan herkes gibi, bu kişilerin de memur sayılması gerektiğini belirtmiştir. Erem, s. 9.

¹⁷ 1982 Anayasası madde 105/son.

¹⁸ Tasarıyla; Cumhurbaşkanına milletvekili dokunulmazlığına benzer bir dokunulmazlık tanındığı gibi, Yüce Divan'a sevk edilen Cumhurbaşkanının dokunulmazlığının kalkmış olacağı da hükme bağlanmak istenmektedir.

söz konusu olmaktadır.¹⁹ Anayasa'nın 100. maddesine göre, Meclis üyelerinin onda birinin vereceği önerge ile başbakan veya bakanlar hakkında meclis soruşturması açılması istenebilmektedir. Soruşturma Komisyonunun raporu Mecliste görüşüldükten sonra, Yüce Divan'a sevk için üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar alınabilmektedir. Meclis, burada iddia faaliyetinde bulunarak kamu davası açmaktadır. Görüldüğü üzere, Cumhurbaşkanının Yüce Divan'a sevk ile kıyaslandığında, Bakanlar Kurulu üyelerinin Yüce Divana sevk edilmesi daha kolay olmaktadır.

Yüksek yargı organlarının başkan ve üyelerinin görev suçları nedeniyle Yüce Divan'a gönderilmesi için bu kurumların kendi içinde yer alan kurullar veya salt bu durumu incelemek üzere oluşturulan kurulların kararı gereklidir. Burada Anayasa Mahkemesi başkan ve üyelerine ilişkin görev suçlarında ne yapılacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Önemli ve hassas olan bu konuda ne şekilde hareket edileceği Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde belirlenmiştir.²⁰ Kural olarak, Anayasa Mahkemesi'nce soruşturma açılmasına karar verilirse, bunu yapmak üzere sorgu hâkimine tanınan yetkileri kullanacak olan üç kişilik bir heyet oluşturulur. Bu heyetin kararları kesindir.

Başbakan ve Bakanlar Kurulu üyeleri veya diğer üst düzey kamu görevlileri ile birlikte suç işleyen kimselerin yargulamalarının da Yüce Divan'da yapılacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kişiler Yüce Divan'da, suç ortakları olan üst düzey kamu görevlileri ile birlikte yargılanmalıdır. Çünkü ayrı mahkemelerde yargılanmaları halinde, bu uygulama soruşturma yapılırken üste düzey kamu görevlisinin herkesin, yani diğer suç ortağının yargılandığı mahkemede soruşturmaya muhatap olması anlamına gelecektir. Bu durum Anayasa'nın 148/3 maddesine aykırı düşmektedir.

Ayrıca yüksek görevli mahkeme konumunda olan Yüce Divanın, ceza yargılamasında davaların birleştirilmesine uygun olarak, her iki davaya bakabilecektir.²¹ Davaların bu şekilde birleştirilmesi diğer kişilerin aleyhine bir gelişme değildir. Genel bir düzenleme olarak, kamu

¹⁹ Erdoğan, Teziç, *Anayasa Hukuku*, İstanbul 1998, s. 402.

²⁰ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun madde 55.

²¹ Erem, s. 7.

görevlisinin görev suçuna kamu görevlisi olmayan biri iştirak ederse, bağlantılı uyuşmazlıklar memur esas alınarak birleştirilmektedir. İki memur söz konusu ise birleştirme yüksek memur esas alınarak yapılmaktadır. Burada Anayasa ile Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da herhangi bir düzenleme yapılmadığı için, diğer usul kanunlarına göre işlem yapılacaktır.

III. YÜCE DİVAN'DA YARGILAMA

Meclis soruşturması sonucunda Bakanlar Kurulu üyeleri Yüce Divan'a gönderilirse, dava ile ilgili gerekli araştırma ve incelemeyi yapmak Yüce Divan'ın yetkisine bırakılmıştır. Yüce Divan yargılama da genel yargılama kurallarına uyarak davaya bakar.²²

1. KOVUŞTURMA

Görev suçu işlediği öne sürülen Cumhurbaşkanı veya Bakanlar Kurulu üyeleri ise, kovuşturma Meclis tarafından yapılır. Meclis burada bir iddia faaliyetinde bulunmakta ve kamu davası açmaktadır. Bu nedenle Meclis, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun öngördüğü kurallara uygun davranmak durumundadır. Özellikle Meclis soruşturması komisyonunun uygulamacı olarak dikkatli olması gereklidir.

Kolluk ve diğer kovuşturma makamlarının yardımı ile deliller toplanır, dosya oluşturulur ve şüphe temellendirilmeye çalışılır. Toplanan deliller kamu davası açılmasına imkân verecek nitelikte ise, iddianame yerine geçmek üzere bir fezleke hazırlanır. Bu fezleke ceza usul hukukundaki iddianamenin tüm özelliklerini içermelidir.²³

2. SORUŞTURMA

Meclisin kovuşturma sonunda, Bakanlar Kurulu üyesinin Yüce Divan'a sevki yolunda karar alınması, soruşturma (dava) açılması kararı anlamına gelir.²⁴ Bu aşamadan sonra, Yüce Divan'da iddia faaliyetini Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya vekili yerine getirmektedir. Yüce Divan soruşturma aşamasında bir ceza mahkemesi gibi çalışır.

²² A. g. e., s. 16.

²³ Ne var ki, uygulamada bu ilkelere tam olarak riayet edildiği söylenememektedir.

²⁴ Anayasa Mahkemesi kararları da bu yöndedir. Kapıcı, s. 79.

Açılan davanın kendi yetkisi açısından ve Ceza Muhakemesi Kanununa göre kabul edilip edilmeyeceğine karar verir. Kabul edilen davalar da duruşma safhasına geçilir.

Dava açıldıktan sonra, yargılamaya başlanmamış olsa bile geri alınmaz. Çünkü ortada genel kurallara göre açılmış olan bir kamu davası vardır ve bu davanın geri alınması söz konusu değildir.²⁵ İddianamenin iadesine benzer şekilde, fezlekenin de iadesi hususunda açık bir düzenleme bulunmadığı için, Anayasa Mahkemesi'nin fezlekeyi iade etmesi mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 46 ila 48'inci maddelerinde, Anayasa Mahkemesi Başkanı ve üyelerinin bakmalarının yasak olduğu dava ve işler ile başkan ve üyelerin reddi ve ret dilekçesinin reddi konuları düzenlenerek, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan belli noktalarda ayrılmıştır. Bunlar, Anayasa'nın ve ilgili kanunun hassasiyetini gösteren, hâkimlerin tarafsızlığını sağlamaya yönelik özel düzenlemelerdir.

Anayasa gereğince, Yüce Divan'ın kararları kesindir.²⁶ Ancak kesinleşmiş kararlar için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ve yargılanmanın yenilenmesi yoluna başvurmak mümkündür.²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 35. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla çalışırken, yürürlükteki kanunlara uygun olarak duruşma yapar ve hüküm verir. Taşındığı sorumluluk ve özel konumu Yüce Divanı hukukun üstünde bir yere götürmez.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatına ilişkin düzenlemeye en keskin eleştirileri yapan yazarlara göre, Yüce Divan görevi Yargıtay'a verilmelidir.²⁸ Çünkü mevcut Anayasa Mahkemesi'nin yapısı bir ceza mahkemesi olan Yüce Divan'ı oluşturmaya elverişli değildir. Üstelik tabii hâkim ilkesine aykırılık söz konusudur. Ayrıca kararları kesin olmamalı ve bir veya birkaç ceza dairesinin oluşturacağı büyük bir ku-

²⁵ Erem, s. 17.

²⁶ 1982 Anayasası madde 148/5.

²⁷ Servet Armağan, *1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu*, İstanbul, 1978, s. 78.

²⁸ Örnek olarak bakınız; Öztürk, s. 108.

ruldan bidayet mahkemesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'ndan da temyiz incelemesi fonksiyonu sağlanabilmelidir. Mevcut sistem hukuk devleti ilkesine uygun değildir.²⁹

Buna karşılık diğer bir kısım yazarlar, Anayasa Mahkemesi'nin salt hukukçudan oluşmasını yerinde bulmamakta, karma yapının hem Anayasa Mahkemesi sıfatıyla yapılan işlerde, hem de Yüce Divan yargılamasında faydalı olacağını savunmaktadırlar.³⁰ Anayasa Mahkemesi'ne daha güvenle yaklaşılması gerektiği, kesin kararın ortadan kaldırılması ve kararlarının tekrar denetlenmesi ile bir yere varılamayacağı da belirtilmektedir. Üyeleri daha önceden belli bir Anayasa Mahkemesi'nin, istisnai olarak oluşturulacak bir Yüce Divan'dan çok daha fazla tabii hakim ilkesine uygun olduğu söylenmektedir.³¹

Anayasa Mahkemesi'nin oluşumuna bu kadar katı yaklaşmaya gerek bulunmamakla birlikte, uygulamada ortaya çıkan sorun ve eksikliklerin ancak kurumlaşmaya yardımcı olacak düzenlemelerle aşılabileceği düşünülmektedir. Öncelikle Anayasa Mahkemesi mümkün olduğu kadar Cumhurbaşkanının üye atama gücünden ve yetkisinden uzak tutulmalıdır. Böylece mahkeme sağlıklı şekilde kurumlaşabilecek ve kendisini siyasi etkiden uzak tutabilecektir.³²

Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamı hukukçu olmadığı gibi, hukukçu olanların da çok azı ceza dairelerinden gelmektedir. Anayasa Mahkemesine üye seçim esasları göz önüne alındığında, Yargıtay'dan gelen üyelerin de hukuk dairelerinden seçilme ihtimali bulunmaktadır. Mevcut seçim usulüyle, Yüce Divan'da görev yapacak üyelerin tamamının ceza hukukçusu olmaması mümkün bulunmaktadır. Halbuki Yüce Divan yargılaması bir ceza yargılamasıdır. Diğer tüm ceza yargılamalarında olduğu gibi, Yüce Divan yargılamasının da profesyonel ceza yargıçları tarafından yapılması gerekmektedir.³³

²⁹ A. g. e.

³⁰ İl Han, Özay, "Yeni Bir Düzendeki Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Görev ve Yetkileri ile Yargılama Usulü", *Anayasa Yargısı*, Cilt 12, 1995, s. 47.

³¹ Öztürk, "Tartışma", s. 111-112.

³² Anayasa Tasarısı'nın Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunu düzenleyen maddelerinin yeniden değerlendirilmesinde de yarar bulunmaktadır. Zira tasarıyla, Yüce Divan sıfatıyla da görev yapmakta olan Anayasa Mahkemesi'ne, burada Askeri Yargıtay mensupları da yargılanacak olmasına rağmen, Askeri Yargıtay'dan üye seçilememektedir.

³³ Mevcut seçim sisteminde dahi Anayasa Mahkemesi'ndeki profesyonel tek ceza

Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunun değiştirilmesi durumunda, Yüce Divan görev ve yetkisinin Anayasa Mahkemesi'nden alınarak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na verilmesi seçeneğinin ciddi şekilde değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır. Üstelik böyle bir yaklaşım tarzı Yüce Divan'ın kuruluş amacına daha uygun düşecektir. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi için Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapmak aslında bir istisnadır. Kuruluşundan bu yana sadece otuz üç adet Yüce Divan kararı verildiği dikkate alındığında, bu yetkiyi istisna olarak görenlerin gerekçesini anlamak kolaylaşmaktadır. Önemli olan, bir hukuk devletinde bu istisnayı ciddiye almak ve bu kurumu tartışmaların dışında tutmayı başaracak şekilde yeniden gözden geçirmektir.

KAYNAKLAR

- Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı*, Ankara 1997.
 Armağan, Servet, *1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu*, İstanbul 1978.
 Erem, Faruk, *Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Olarak İncelenmesi*, Ankara 1963.
 Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş: Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, Onuncu Baskı, Bursa 2007.
 -----, *Kurucu İktidar*, Bursa 2003
 Kaboğlu, İbrahim Ö., *Anayasa Yargısı*, 2. Baskı, Ankara 1997.
 Kapıcı, Ferhat, *Meclis Soruşturması*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, 1991.
 Özay, İl Han, "Yeni Düzendeki Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Görev ve Yetkileri ile Yargılama Usulü", *Anayasa Yargısı*, Cilt 12, 1995.
 Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1998.
 Öztürk, Bahri, "Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi 'Yüce Divan'", *Anayasa Yargısı*, Cilt 12, 1995.
 Tanilli, Server, *Anayasalar ve siyasal belgeler*, İstanbul 1976.
 Teziç, Erdoğan, *anayasa hukuku*, İstanbul 1998.
 Tunç, Hasan, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, Ankara 1997.

hukukçusunun Askeri Yargıtay'dan seçilen üye olması kuvvetle muhtemeldir. Kaldı ki, Anayasa tasarısında Askeri Yargıtay yüksek mahkeme olarak düzenlenmektedir. Bu sebeple, eğer mevcut sistem devam ettirilecekse, diğer tüm yüksek mahkemelerden olduğu gibi, Askeri Yargıtay'dan da Anayasa Mahkemesi'ne üye seçilmesi uygulamasına devam edilmesi gerekmektedir.

CEZA MUHALEMESİ KANUNU'NDA UZLAŞMA (CMK m. 253, 254, 255)

Soner H. ÇETİN*

GİRİŞ

Bu çalışma içerisinde CMK'nın 253., 254. ve 255 maddelerinde düzenlenmiş bulunan uzlaşma kurumu incelenmiş olup, esas itibariyle, bu kurumun türk ceza hukuku açısından neden aktif bir hale getirilemediği meselesi ile tatbikatta nasıl daha fazla kullanılabilceği ve varsa bu hususta yapılması gereken değişiklikler üzerinde durulmuştur. Zira, uzlaşma Türk ceza hukuku sistemi içerisinde ilk kez yeni (5237 sayılı) TCK'nın 73/8 ve CMK'nın 253., 254. ve 255 maddeleri ile getirildiğinde kendisinden çok şey beklenen bir kurum olarak düşünöldüğü halde istenilen neticeler elde edilememiştir.

Uzlaşma kurumu, uyuşmazlığın yargı dışı yolla ve fakat adli makamlar denetiminde çözümlenmesini amaçlayan bir yöntem olup, fail ve mağdurun suçtan doğan zararın giderilmesi konusunda anlaşmalarına bağılı olarak, devletin de ceza soruşturması ve kovuşturmasından vazgeçmesi ve suçun işlenmesiyle bozulan toplumsal düzenin, barış yoluyla yeniden tesisini sağlayıcı nitelikte bir hukuksal kurum şeklinde tanımlanmaktadır.¹

İşlendiği iddia edilen bir suçtan dolayı, esas itibariyle mağdur ile sanık arasında meydana gelen çekişmenin, mağdur veya suçtan zarar görenin mağduriyetinin giderilmesi yolu ile ortadan kaldırılmasını hedefleyen uzlaşma kurumunun, maddi ceza hukukuna ilişkin hükmü 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı yeni TCK'nın 73/8 maddesi

* Adalet Başmüfettişi.

¹ Yaşar, Osman, *Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, 2. Cilt, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2006, s.1500.

idi. Bu kurumun nasıl uygulanacağına ilişkin hükümler ise 5271 sayılı CMK'nın 253., 254. ve 255. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktaydı. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe konulan bu düzenlemelerden istenilen neticenin elde edilememesi üzerine, 06.12.2006 tarihli 5560 sayılı Kanun ile CMK maddelerinde gerekli değişiklikler yapılmış ve TCK'nın 73 maddesinde yer alan 8. fıkra hükmü yürürlükten kaldırılmış (5560 sayılı Kanun 2 ve 45 maddesi) ve böylece sistemin çalıştırılması amaçlanmıştır.² Ancak kurum yine de işler hale getirilememiştir ve kanaatimizce bu günkü bu yasal düzenleme karşısında kurumun işlerlik kazanmasına da imkan bulunmamaktadır. Bu kurumun işler hale gelememesindeki en önemli etkenin bu kurum ile elde edilmek istenen hukuki neticeye daha kolay bir hukuki imkan ile ulaşmanın mümkün olmasıdır ki, bu müessese, en azından şikayete bağlı olan suçlar bakımından, şikayetten vazgeçme kurumudur.

Bu çalışmada; önce, kurumun yer aldığı yasal düzenleme, daha sonra amacı ve hukuki niteliği üzerinde durulmuş, uzlaşma kurumunun kapsamı yani uzlaşma kapsamında bulunan ve bulunmayan suçlar belirlendikten sonra, uzlaşmanın usulü ve hukuki sonuçları üzerinde durulmuş yapılması gereken değişiklikler sonuç bölümünde ifade edilmeye çalışılmıştır.

A. UZLAŞMA KURUMU AÇISINDAN YASAL DÜZENLEME

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren Yeni TCK'da yer alan 73. maddenin 8 fıkrasında uzlaşma kurumu düzenlenmişti. Buna göre; *"Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması veya kovuşturulması şikayete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabul edilmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla, mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hakim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir"* şeklindeydi.

Daha sonra 5560 sayılı Kanun ile bu hüküm yürürlükten kaldırılmış ve uzlaşma kurumunu düzenleyen CMK'nın 253. maddesi de aynı Kanun ile 06.12.2006 tarihinde değiştirilmiştir.

² Albayrak, Mustafa, Son Yasal Düzenlemeler Işığında Uzlaşma Kurumu Üzerine Düşünceler, *Türk Hukuk Dergisi*, Haziran 2007, Sayı 10, s 131.

Kanun koyucu, CMK'nın 253. maddesine yeni bir şekil vermek isterken eskiye oranla bazı yenilikler getirmiş, ancak, oldukça ayrıntılı ve uzun bir düzenlemeyi tek bir madde içerisinde sığdırmak çabası içerisinde olmuş; bu ise maddenin oldukça uzun ve ayrıntılı bir tek hüküm haline gelmesine yol açmıştır.³

Bu düzenleme ile uzlaşma kurumunun bir ceza muhakemesi kurumu olmasına çalışılmış,⁴ Ancak madde kaleme alınırken, örneğin,

³ 01.06.2005 tarihidен 19.06.2006 tarihine kadar yürürlükte bulunan CMK'nın 253. maddesinin eski hali ise aşağıdaki biçimdeydi;

"Uzlaşma

Madde 253.- (1) Cumhuriyet savcısı, yapılan soruşturmanın durumuna göre, kanunun uzlaşma yapılabilmesi olanağını verdiği hallerde, faili bu kanunun öngördüğü usullere göre davet ederek suçtan dolayı sorumluluğu kabul edip etmediğini sorar.

(2) Fail, suçu ve fiilinden doğmuş olan maddi ve manevi zararın tümünü veya bunun büyük bir kısmını ödemeyi veya zararları gidermeyi kabullendiğinde durum, mağdura veya varsa vekiline veya kanunu temsilcisine bildirilir.

(3) Mağdur, verilmiş olan zararı tümüyle veya büyük bir kısmı itibariyle giderildiğinde özgür iradesi ile uzlaşacağını bildirirse, soruşturma sürdürülemez.

(4) Cumhuriyet savcısı, fail ile mağdur arasında uzlaşma işlemlerinin idare etmek, tarafları bir araya getirerek bir sonuca ulaşmalarını sağlamak üzere, fail ve mağdurun bir avukat üzerinde anlaşamadıkları takdirde, bir veya birden fazla avukatın uzlaştırmacı olarak görevlendirilmesini barodan ister.

(5) Uzlaştırmacı, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaşmayı sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bir defaya mahsus olmak üzere bu süreyi otuz gün daha uzatabilir. Uzlaştırma süresince zamanaşımı durur.

(6) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma sırasında ileri sürülen bilgi, belge ve açıklamalar taraflarca izin verilmedikçe daha sonra açıklanamaz. Uzlaştırmanın başarısız olması nedeniyle daha sonra dava açılması halinde uzlaştırma sırasında failin bazı olayları veya suçu ikrar etmiş olması davada aleyhine deli olarak kullanılamaz.

⁴ 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun'un 24 maddesi ile değişik CMK 253. madde:

(1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişininin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.

b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),

2. Taksirle yaralama (madde 89),

3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),

4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239), suçları.

(2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez.

(4) Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması halinde, Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adli kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Cumhuriyet savcısı uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmedeği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır.

(5) Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır.

(6) Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır.

(7) Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.

(8) Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suçla ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.

(9) Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir.

(10) Bu Kanunda belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur.

(11) Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır.

(12) Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bu süreyi en çok yirmi gün daha uzatabilir.

(13) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır.

(14) Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir.

(15) Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet savcısına verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır.

uzlaşmanın kapsamında olan ve olmayan suçlar belirlendikten sonra, (CMK'nın 253/1,2,3), uzlaşmanın usulü aynı madde içerisinde düzenlenmiştir ki, kanaatimizce, bu kanun yapma tekniği açısından son derece yanlış olmuştur. Zira ilk dört fıkra "uzlaşmanın kapsamı" adı altında bir tek madde de gösterilmeliydi. Böylece madde daha kısa metinler haline getirilebilirdi. Hiç kuşkusuz bir maddenin 24 fıkradan oluşur bir biçimde kaleme alınmış olması kanun yapma tekniği açısından başarılı bir uygulama olmamıştır.

5560 sayılı Kanun'un 41 maddesi ile ayrıca, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun, 24. maddesi de; "Ceza Muhakemesi Kanununun uzlaşmaya ilişkin hükümleri suça sürüklen çocuklar bakımından da uygulanır" şekline dönüştürülmüştür. Bu düzenlemeler ile mevzuatımıza bugün

(16) Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler.

(17) Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder.

(18) Uzlaşmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez.

(19) 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 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanışı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci 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 Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.

(20) Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz.

(21) Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaşmacının raporunu düzenleyerek Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar dava zamanışı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez.

(22) Uzlaşmacıya Cumhuriyet savcısı tarafından çalışma ve masraflarıyla orantılı bir ücret takdir edilerek ödenir. Uzlaşmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler Devlet Hazinesi tarafından karşılanır.

(23) Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir.

(24) Uzlaşmanın uygulanmasına ilişkin hususlar, yönetmelikle düzenlenir.

artık batı hukukunun kabul ettiği ve Birleşmiş Milletler’ce de mevzuata sokulması devletlere tavsiye edilen bir kurum olarak uzlaşma (mediation)⁵ hukukumuzda yerini almış bulunmaktadır.⁶

B. UZLAŞMANIN BENZER KURUMLARLA İLİŞKİSİ, AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1. UZLAŞMANIN BENZER KURUMLARLA İLİŞKİSİ

Uzlaşma, kurumunun esas itibariyle Anglo-Amerika hukukuna özgü bir kurum olduğu, tarafların anlaşmalarını öngören uzlaşmanın yanı sıra, savcılık ile sanık müdafinin, isnat edilecek suç konusunda uzlaşmalarının da öngörülmekte olduğu, bu durumda; savcı ile sanık müdafinin iddia pazarlığı yaptıkları, sanığın, suçunu kabul etmesi durumunda, hangi nitelemeden dolayı dava açılacağı konusunda savcı ile sanık müdafinin anlaşmaları, böylece, sanığın kendisinin de kabul ettiği nitelemeye uygun suçtan dolayı ve duruşma yapılmadan mahkum edilebildiği, mahkemenin bu durumda sadece cezayı belirlemede olduğu, Kara Avrupası hukukunda, uygulanan uzlaşmada ise, şüpheli veya sanığın, suçtan zarar görenin zararlarını gidermesinin asıl olduğu ve yukarıda belirtildiği şekilde Anglo-Amerika hukukunda olduğu gibi bir iddia pazarlığının yapılmadığı ifade edilmektedir.⁷

Amerika Birleşik Devletleri’nde “*diversion*” olarak adlandırılan uzlaşma kurumunda; suçun işlenmesiyle, mağdur ve fail arasında meydana gelen itilafı ortadan kaldırmak, asıl olarak suçun işlenmesiyle oluşan mağduriyeti gidermek amacıyla, bir suçun faili ve mağdurunu mümkün olan en kısa sürede, soruşturmanın sona ermesinden sonra ve fakat kovuşturmanın evresinin başlamasından önce, tarafsız

⁵ İsim (naun) haliyle mediation uzlaşma ya da daha doğru bir biçimde uzlaştırmak anlamındadır. Mediate (verb) fiil anlamıyla iki grup, iki ülke gibi iki taraf arasında bulunan uyuşmazlığın durdurulması için bir anlaşmaya varmaları hususunda kendilerine yardımda bulunulması veya bu anlaşmanın sağlanmasının denemesidir. (Mediate (v); to try to help two groups, countries etc to stop arguing and make an agreement; The cort had to mediate between Mr.Hassel and his neighbours,

Mediator (naun); uzlaştıcı, mediation (naun); uzlaşma, Longman, Active Study Dictionary, New Edition.

⁶ Yılmaz, Zekeriya, *Ceza Muhakemesi Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Yargılama Sistemi*, 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s.121.

⁷ Centel, Nur/ Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s.410,

bir aracının huzurunda, iradi olarak, bir araya getirilmesi, böylece tarafların, suçun sebep ve sonuçlarının müzakere etmeleri, mağdurun zararının giderilmesi hakkında pazarlık yapmaları, tarafların bir araya gelmek istememeleri durumunda ise bunun aracı tarafından yürütüldüğü bildirilmektedir.⁸

Fail ve mağdur arasında suçun işlenmesiyle oluşan itilafın ortadan kaldırılmasının en sık karşılaşılabilecek somut sonucu, zararın maddi olarak telafi edilmesidir. Ancak uzlaşma edimleri bununla sınırlı değildir ve örneğin özür dileme, zarar gören veya kamuya yararlı bir müessese için çalışma, sembolik telafi çerçevesinde hediye verme gibi edimler de söz konusu olabilmektedir ki bu yönüyle fail mağdur uzlaşması, restitution' denilen ve ceza muhakemesi çerçevesinde sanık aleyhine hükmedilen maddi nitelikli bir tazminattan ayrılmaktadır zira böyle bir tazminat esas itibariyle bir cezai görev (penal) ifade etmektedir.⁹ Tazminat nitelikli böyle bir cezanın karşılığı ise, bizim hukukumuz bakımından, belki, TCK'nın 50/1b yer alan mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi seçenek yaptırımını (cezası) gösterilebilir.

Kara Avrupası'nda ise en basit şekliyle "uzlaşma" mağdur, iddia, savunma ve yargının belli menfaatleri karşılığında anlaşarak muhakemeyi sona erdirmelerini ifade etmektedir şeklinde tanımlanabilir.¹⁰

Hukukumuzda devlet ile şüpheli veya sanık arasında gerçekleşen "ön ödeme" de aslında bir tür uzlaşma olup bunun dışında "şikayetten vazgeçme", adliye dışında faille mağdur arasında gerçekleşen bir tür uzlaşma olarak adlandırılabilir.¹¹ Bunun dışında Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun da "şikayetten vazgeçmenin" yanı sıra özel bir uzlaşma hali daha düzenlenmiştir ki buna göre; çek tutarı veya karşılıksız kalan kısmı ile çek tutarına veya karşılıksız kalan kısmına ait tazminatın ve gecikme fazisinin ödenmesi halinde dava düşer veya hüküm cezaya ilişkin tüm

⁸ Özbek, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı*, (CMK İzmir Şerhi), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s.994.

⁹ Özbek, s. 994.

¹⁰ Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Özeleşme Eğilimi: Uzlaşma*, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 727.

¹¹ Centel / Zafer, s. 411.

sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılmaktadır.¹²

Ceza Muhakemesi Kanunu da “uzlaşma” adı altında düzenlenen kurum uzlaşmanın sadece bir tek şekli olan “fail ile mağdurun uzlaşması” şeklinde düzenlendiği için isminde buna uygun olarak ve “fail-mağdur uzlaşması” şeklinde ve bir alt isim biçiminde adlandırılması buna karşılık uzlaşmanın ise daha üst bir isim olarak kullanılması gerektiği savunulmaktadır.¹³

2. UZLAŞMA KURUMUNUN AMACI

Uzlaşma kurumun esas itibarıyla amacı suç mağdurunun veya daha geniş bir ifade ile suçtan zarar görenin zararının giderilmesi ve böylece adaletin sağlanmasıdır. Zira ceza adalet sisteminde, suç mağdurlarına karşı onların yararını korumak amacını güden bir duyarlılığının gittikçe güçlenerek ortaya çıktığını, Batı ülkelerinde özel kanunlarla suç mağdurlarına veya ailelerine devletin tazminat ödemesi öngörülmeye başlanmış olup, XXI. Yüzyıl adalet sisteminin ceza adaleti yerine getirilirken, mağdurun tatmin edilmesinin de ön plana çıktığı, zira suça karşı sadece ceza yaptırımının yeterli olmadığı zararın giderilmesinin ve mağdurun uğradığı zararın onarılmasının en başta gelen amaç olarak sayılması gerektiğini söylemek mümkündür.¹⁴

Hiç kuşku yok ki işlediği kusurlu davranışından dolayı sanığın cezalandırılması suretiyle adaletin sağlanması gerektiği fikri bir kenara bırakılmaz. Sanığın işlediği suç ile mağdura vermiş olduğu zararın giderilmesi durumunda, kendisine daha az ceza verilmesi veya etkin pişmanlık gibi durumlarda, suç işlenirken bundan vazgeçilmesi ile zararın daha fazla oluşmasına engel olan bir sanığın, daha az bir ceza ile cezalandırılması, ceza hukukunda çok eskiden beri kullanılan gelen müesseseler olmuştur.

Bunun yanı sıra, mağdurun zararın giderilmesi durumunda, verilecek cezanın ertelenmesi veya açılmış bir kamu davasında hükmün açıklanmasının ertelenmesinin (CMK 231. madde), mağdurun zararın giderilmesi şartına bağlanması ile asıl amacın mağdurun zararının

¹² Centel / Zafer, s. 411.

¹³ Centel / Zafer, s. 411.

¹⁴ Yılmaz, s. 121- 122.

giderilmesi olduğunu söylemek mümkündür. Hatta maddi ceza hukukunda dahi mağdurun zararın giderilmesi artık o kadar büyük bir önem kazanmış bulunmaktadır ki örneğin bir seçenek yaptırım cezası olarak TCK'nın 50/1b maddesinde bir yıl veya daha az süreli hapis cezasının suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenilmesindeki özelliklere göre mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi seçenek yaptırım cezasına çevrilebilmektedir.

Sonuç olarak şunu söylemek mümkündür ki uzlaşma kurumu ile elde edilmek istenen asıl hedef mağdurun tatmin edilmesi, zararın giderilmesi ve böylece daha az sayıda kamu davası açılmasının sağlanmasıdır. Dava sırasında mahkemece uzlaşma kurumunun işletilmesi ile de beklenen asıl fayda yine de mağdurun zararın giderilmesi ve yargılamaya devam ile meydana gelecek daha fazla emek ve zaman israfına engel olma olarak denilebilir.

3. UZLAŞMA KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Uzlaşmayı, kural olarak, kamu davasının açılmasını engelleyen uzlaşma (kovuşturamama kararı ile sonuçlanan uzlaşma) ve usulüne uygun olarak açılmış kamu davasının, taraflarının iradelerine uygun olarak çözümlenmesini sağlayan uzlaşma (cezada indirim veya ceza vermeme) şeklinde (kovuşturmayı sona erdiren uzlaşma) bir tasnife tutulması mümkündür.¹⁵

Uzlaşmada mağdurun zararlarının ödenmesi karşılığında şikayetten vazgeçilmesi söz konusu olmaktadır. Ancak uzlaşmayla failin cezalandırılması olanağı ortadan kaldırıldığından, bu kurumu ceza ilişkisini düşüren bir hal olarak ta nitelendirmek mümkündür. Bu nedenle uzlaşma bir taraftan muhakemeyi engellemesi nedeniyle muhakeme hukuku kurumu, diğer yandan ise fail ile devlet arasında ceza ilişkisini sona erdirdiğinden ceza hukuku kurumu olup, ceza ilişkisi, usulî bir işlem nedeniyle yani muhakemeye devam edilemediği için sona erdiğinden fail-mağdur uzlaşmasının muhakeme hukuku kuru-

¹⁵ Centel / Zafer, s.410

mu olma özelliğinin ağır basmakta olduğu savunulmuştur.¹⁶

C. UZLAŞMANIN KAPSAMI

Uzlaşmanın kapsamı ile kasıt edilen, uzlaşma kapsamında kalan suçlar ile uzlaşma kapsamı dışında kalan suçların belirlenmesidir. Zira CMK'nın 253. maddesinde yer alan uzlaşma kurumunun tüm suçlar için başvurulacak bir müessese olarak düzenlenmediği açık olup, esas itibariyle, buna imkan da bulunmamaktadır. Zira bu kurum ile sağlanmak istenen mağdurun zararının giderilmesiyle mümkün ise kamu davasının hiç açılmaması veya açılmış bir kamu davasının en kısa sürede sonuçlandırılmasıdır. Uzlaşmanın, tüm suçlar için kabul edilmesi durumunda birçok sakıncaları da beraberinde getirecek ve belki de esas itibariyle korunmak istenen mağdurun zararına yol açabilecektir. Zira çok önemli ve cezası çok fazla olan suçlarda daha güçlü durumda bulunan sanıkların daha az güçlü konumda bulunan mağdurları uzlaşmaya zorlayabileceklerinin unutulmaması gerekir. 5237 sayılı Yeni TCK'nın 73/8 maddesinde ve 06.12.2006 tarihli 5560 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce CMK'nın 253. maddesindeki düzenlemede uzlaşmanın kapsamı sadece şikayete bağlı olan suçlar olarak belirlenmişti. Ancak bu kurumun işlemediğine ilişkin yapılan eleştirilere verilen cevaplarda, daima bu husus yani ancak şikayete bağlı suçlar için uzlaşmanın mümkün olduğu bunun ise kapsamı daralttığı için uygulanmadığı yolundaki açıklamalar ve uygulamacılardan gelen eleştiriler dikkate alınarak, kanun koyucu tarafından, madde yeniden kaleme alınmış ve kapsam bu açıdan genişletilmiştir. Bu nedenle madde kapsamının bu açıdan incelenmesi gerekir.

Uzlaşma kurumunun iyi işletememesinin en önemli sebeplerinden biri bu kurum kapsamında bulunan suçlardır denilebilir. Zira hiç kuşku yok ki, Yeni TCK'nın 77/8 maddesi ile CMK'nın 253. maddesinin 5560 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde, bu kurumun işlememesi hususundaki en önemli hususun uzlaşmanın sadece şikayete bağlı olan suçlar için söz konusu olabildiği hususundaki eleştirilerdi. Aslında, şikayette bağlı olan suçlar bakımından şikayetten vazgeçme ile elde edilebilecek en önemli hukuki sonuçların, en azından

¹⁶ Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukukunda Fail-Mağdur Uzlaşması, (TCK 78/3), Maltepe Üniversitesi, *HFD (Hukuk Fakültesi Dergisi)*, V, 2 (2006), s. 117- 141.

mağdur veya suçtan zarar gören bakımından şikayetten vazgeçme ile sağlanabilmesi mümkün iken, bundan daha zor ve kapsamlı bazı işlemlerin yapılması ile elde edilebilecek bir sonuca ulaşmanın, uzlaşma kurumu ile yapılmasının güç olacağı belirtilmiş ve sırf bu tür eleştirileri karşılamak bakımından uzlaşma kapsamında olan suçların sayısı artırılmış, bir başka anlatım ile uygulama alanı genişletilmiştir. Ancak burada göz ardı edilen en önemli husus, uzlaşmanın kapsamı dar olduğu zamanda işleyememesi önündeki engellerin görülebilmesidir. Çünkü daha az olanı gerçekleştiremeyecek olan bir müessesenin daha çok olanı gerçekleştirebileceğini söylemek mümkün değildir. Bir başka anlatımla, zaten aynı veya hiç olmazsa yakın bir sonucu elde etmenin daha kolay bir yolu olduğu sürece daha zahmetli olan bir yolun denenmesi gerektiğini söylemek mümkün değildir. Adeta daha kısa ve kolay bir yol varken daha zahmetli olan bir yolun seçilmesinin mümkün olmaması gibi usul hukukunda da aynı kural gereği daha kolay ve benzer bir sonuca ulaşmak bakımından şikayetten vazgeçme hukuki yolu veya imkanı varken sanık mağdur veya suçtan zarar görenlerin, uzlaşma kanuni imkanını kullanmalarını beklemek çok doğru olmayacaktır. Özellikle, 06.12.2006 tarihinde 5560 sayılı Kanun ile 253. madde yapılan değişiklik ile uzlaşma kapsamına şikayetten vazgeçme ile düşmeyecek bazı suçların alınması sonucu bu kurumun işlerlik kazanacağını beklemek kanaatimizce çok doğru olmamıştır ve beklenen netice de zaten gerçekleşmemiştir. Aslında, bu kurumun işlememesi, benzer nitelikteki amaca hizmet eden kurumların varlığı yani şikayetten vazgeçme kurumu ile alakalıdır ve adeta şikayetten vazgeçme ile uzlaşma kurumları iç içe geçmiş birer kurum olarak düzenlenmiştir. Bu iç içe geçmiş olma hali 253. maddenin 5560 sayılı Kanun ile değiştirilmesinden önceki halinde çok daha iyi bir şekilde görülmektedir. Uzlaşma kurumunun işlerliği ile çok yakından alakalı olması nedeniyle bu kurumun kapsamında olan suçların belirlenmesi özel bir önem göstermektedir. Bu nedenle bu husus uzlaşma kapsamında olan ve uzlaşma kapsamı dışında kalan suçlar olara ayrı ayrı incelenmelidir.

1. UZLAŞMANIN KAPSAMINA GİREN SUÇLAR

Uzlaşmanın kapsamına giren suçlar esas itibarıyla üç başlık altında toplanarak incelenebilir.

a. Soruşturulması ve Kovuşturulması Şikayete Bağlı Suçlar¹⁷

CMK'nın 253/1a maddesine göre soruşturulması ve kovuşturulması¹⁸ şikayete bağlı suçlar¹⁹ kanunda ayrıca belirtilip belirtilmediğine bakılmaksızın doğrudan doğruya uzlaşma kapsamında sayılan suçlar olarak değerlendirilmesi gerekir.^{20 21}

Ceza hukukumuzda göre, uzlaşmanın mağdur tarafı gerçek veya suç tüzel kişiye karşı işlenmiş ise tüzel kişiler olabilir. Uzlaşmaya kural olarak ancak şikayete tabi suçlar tabi olacak olup bunlar ise açıkça bu özelliği belirtilen suçlar olarak anlaşılmalıdır.²²

¹⁷ Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2006, s. 48 vd.: "Suçların re'sen kovuşturulacağı kuralının en önemli istisnasını, kovuşturmanın şikayete bağlanmış olması oluşturur. Nitekim kanun koyucu, ceza kovuşturmasının suçtan zarar gören yönünden doğurabileceği sakıncaları (suçu oluşturan olayın duyulması gibi) önlemek amacıyla bazı suçların kovuşturulmasını zarar görenin şikayet etmesi şartına bağlamıştır...".

¹⁸ "Ceza uyuşmazlıklarının ilk defa ele alınıp yargılandığı aşamayı belirten birinci derece yargılama aşaması, kendi içinde iki aşamaya ayrılır. Ön soruşturma (soruşturma) ve son soruşturma (kovuşturma). Önsoruşturma (soruşturma) aşamasının yargılama içindeki işlevi ve önemi, suç haberinin alınması üzerine başlaması ve işin mahkemeye aktarılması ile sonuçlanmasında ya da buna gerek görülmemesi üzerine son soruşturma (kovuşturma) aşamasına geçilmeksizin bitmesinde görünür. Ön soruşturma (soruşturma) aşamasının başlıca amacı son soruşturmayı (kovuşturmayı) hazırlamak hangi uyuşmazlıklar için bu aşamanın zorunlu olduğunu saptamaktır" Yurtcan, Erdener, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 3. Bası, Beta Basım ve Yayım Dağıtım, İstanbul 2000, s.11

¹⁹ Kunter, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1989, s. 41: "...Şikayetin belli bir formülü yoktur. Suçtan zarar görenin kamu davasının açılmasını ve yargılamanın yapılmasını istediğini gösteren bir ibare kullanması yeterlidir. Örneğin; şikayetçiyim, davacıyım, cezalandırılmasını istiyorum, gibi. Bu nedenle soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bir suçla ilgili olarak açılmış bulunan kamu davasına katılmak hatta ihbar etmek dahi şikayet etmek anlamına gelir".

²⁰ "...sanığın suçunun takibi şikayete bağlı olup 5237 sayılı TCK'nın 73 maddesi uyarınca uzlaşma kapsamında kalması karşısında 5271 sayılı CMK'nın 253. ve 254. maddeleri uyarınca işlem yapılması gerektiği düşünülmeksizin karar verilmesi bozmayı gerektirir..." Yargıtay 1.C.D., 16.10.2006, 1963- 4396 sayılı kararı (Yaşar, s.1506).

²¹ "Sanığa atılı sövme ve müessir fiil suçlarının takibi şikayete bağlı suçlardan olduğu halde, 5237 sayılı TCK'nın 73/8 ve 5271 sayılı CMK 253. ve 254. maddeleri uyarınca uzlaştırma işlemleri yapılmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması bozma nedeni yapılmıştır" Yargıtay 2.C.D.,31.10.2006 gün ve 2933/17293 sayılı kararı (Taşdemir, Kubilay / Özkepir, Ramazan, *Ceza Muhakemesi Kanununun Şerhi*, II. Cilt, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 1216).

²² Ersoy, Uğur, Ceza Hukukunda Uzlaşma, *Hukuk Gündemi Dergisi*, Ağustos 2005, Sayı 2, s. 65.

Ancak soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suçlardan etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar (örneğin; TCK m. 168. gereği, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık gibi suçlar etkin pişmanlık hükümlerine tabi olup bu suçu işleyen şüphelinin mağdurun mağduriyetini gidermesi durumunda cezasında indirim yapılacaktır) ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda, uzlaşma yoluna gidilemeyecektir (CMK m. 253/3). Buna göre Uzlaşma kapsamında değerlendirilmesi gereken suçlar şu şekilde sıralanabilir.²³

1. Tehdit (TCK 106/1. fıkra 2. cümle),
2. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (TCK 117/1 maddesi)
3. Kişilerin huzur ve sükununu bozma (TCK 123. m.),
4. Şerefe karşı suçlar (hakaret suçu), (üçüncü fıkra (a) bendi hariç TCK 125., 129. ve 130. m.),
5. Haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK 132. m.),
6. Konuşmaları dinleme ve kayda alma (TCK 133. m.),
7. Özel hayatın gizliliğinin ihlal (TCK 134. m.),
8. Bedelsiz senedi kullanma (TCK 156. m.),
9. Kayıp veya ele geçen eşyayı tasarruf (TCK 160. m.),
10. Açığa imzanın kötüye kullanılması (TCK 209/1. m.),
11. Aile hukuku yükümlülüğünün ihlali (TCK 233/1. m.),
12. Yabancı devlet temsilcilerine karşı hakaret (TCK 342/2. m.),
13. TCK 11 maddesi gereğince yurt dışında işlenmiş olan bir suçun 2. fıkra gereğince aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektirir nitelikte olması durumunda (takip edilebilmesi zarar görenin veya yabancı hükümetin şikayetine bağlı olduğundan),
14. Yabancı devlet başkanına karşı işlenen şikayete bağlı suç (TCK 340. m.),
15. Yabancı devlet bayrağına hakaret (TCK 341. m.),

Suçlarının, uzlaşma kapsamında olacağı kabulü gerekir.²⁴

²³ Yılmaz, s. 122-123.

²⁴ TCK 11 madde: "(1) Bir Türk vatandaşı, 13 maddede yazılı suçlar dışında, Türk

b. Kanunun Uzlaşmaya Tabi Olduğunu Açıkça Belirlediği Suçlar (Liste Suçlar)

aa. CMK' da Uzlaşmaya Tabi Olduğu Belirtilen (Liste)Suçlar

CKM' nın 253./1b maddesine göre; Şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın

1. Kasten yaralama (TCK üçüncü fıkra hariç 86 m. ve 88 m.),
2. Taksirle yaralama (TCK 89. m.),^{25,26}
3. Konut dokunulmazlığının ihlali (TCK 116. m.),²⁷
4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması(TCK 234. m.),
5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (TCK dördüncü fıkra hariç, 239. m.) suçları,

uzlaşma kapsamında olan suçlardır.

Kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suç yabancı ülkede işlediği ve kendisi Türkiye de bulunduğu takdirde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye' de kovuşturulabilirliğinin bulunması koşulu ile Türk Kanunlarına göre cezalandırılır.

(2) Suç, aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektirdiğinde yargılama yapılması zarar görenin veya yabancı hükümetin şikayetine bağlıdır. Bu durumda şikayet, vatandaşın Türkiye'ye girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmalıdır.

²⁵ "Sanığın üzerine atılı suçun 5237 sayılı TCK 89/5 maddesi uyarınca takibi şikayete bağlı olması karşısında, anılan yasanın 73/8 maddesi ve 5271 sayılı CKM' nın 253. maddesi nazara alınarak sanı ile katılan arasında uzlaşma olup olmayacağı konusunda tarafların beyanı alındıktan sonra sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi bozma nedeni sayılmıştır..." Yargıtay, 9.C.D., 19.10.2006 gün 4294-5483 sayılı Kararı (Yaşar, s.1506)

²⁶ "Sanığın üzerine atılı suçun 5237 sayılı TCK'nın 89/5 maddesi uyarınca takibi şikayete bağlı olması ve şikayetinde devam etmesi karşısında 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesi uyarınca sanık ile şikayetçiye uzlaşma konusunda diyeceği sorularak talimat duruşma tutanağına yazılmamamsı bozma nedeni yapılmıştır" Yargıtay 9. CD, 26.12.2006 gün ve 5335/7671 sayılı Kararı: Taşdemir/ Özkepir, s. 1216.

²⁷ "Silahla olmayan basit şekilde yaralama, gündüzleyin konut dokunulmazlığını ihlal suçlarının uzlaşma kapsamında olduğu gözetilerek taraflar arasında öncelikle uzlaşma işleminde bulunulması, uzlaşma girişiminin başarısızlıkla sonuçlanması halinde yargılamaya devamla bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozmaya gerektirmiştir" Yargıtay, 3. CD, 20.12.2006 gün ve 4128/9406 sayılı Kararı (Taşdemir / Özkepir, s. 1216)

bb. Diğer Kanunlarda Uzlaşma Kapsamında Olduğu Belirtilen Suçlar

CKM'nin 253/2. maddesi gereğince; diğer kanunlarda yer alıp da soruşturulması veya kovuşturulması şikayete bağlı olan suçlar uzlaşma kapsamında olacağından bu suçlardan soruşturulması veya kovuşturulması şikayet bağı olmayanların uzlaşma kapsamında olabilmesi için bunun açıkça belirtilmiş olması gerekir. Yani bir suç şikayet bağı ise bu suçun hangi kanunda yer aldığına bakılmaksızın uzlaşma kapsamında olduğunun düşünülmesi gerekir. Ancak şikayete bağı hale getirilmemiş bir suç için uzlaşmanın söz konusu olabilmesi için ise kanunun açıkça bu hususu belirtmiş olması gerekir.

Burada konu ile ilgili olması nedeniyle kısaca, Çocuk Koruma Kanunu'nun, 24. maddesine değinmek gerekir. Bu hükümde 5560 sayılı Kanun'un 41. maddesi ile değiştirilmeden önce, çocuk suçlular için uzlaşma kapsamında kalan suçların kapsamı üst sınırı iki yıldan daha az olan suçlar şeklinde belirlenmişti.

Buna göre; mesela suça sürüklenen çocuklar bakımından TCK m. 102/1'de yazılı cinsel saldırı ve 105. maddesinde yazılı cinsel taciz suçları bakımından uzlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi gibi garip bir durum ortaya çıkmaktaydı ki bu husus Öztürk ve Erdem tarafından haklı bir biçimde uzlaşmanın bu şekliyle ahlaka uygun olmayacağı örneğin cinsi münasebet kurmak suretiyle TCK'nın 104 maddesinde düzenlenen ve takibi şikayete bağı olan ve uzlaşmaya açık bulunan suçu işleyen iki çocuğun uzlaşabileceklerini bunun ise sanığın ebeveyni tarafından mağdura para verilmesi şeklinde gerçekleşeceğini ve böylece cinsi münasebetin adeta satın alınacağını gibi bir durumun ortaya çıktığı biçimde eleştirilmiştir.

06.12.2006 tarihinde 5560 sayılı Kanun'la, 253. madde de yapılan değişiklikle TCK'nın 102 ve 105 maddesinde yazılı suçlar uzlaşma kapsamı dışına çıkarılmış, ÇKK'nın 24. maddesi ise "*Ceza Muhakemesi Kanununun uzlaşmaya ilişkin hükümleri suça sürüklenen çocuklar bakımından da uygulanır*" biçimine²⁸ dönüştürülmüştür

²⁸ "5395 sayılı Çocukların Korunması hakkındaki Kanunun 24, 5237 sayılı TCK 73/8 maddeleri gereğince, mağdur ile failin uzlaşması halinde tehdit suçundan açılan kamu davasının düşürülmesine karar verilebilecek olması karşısında, 5237 sayılı CMK'nın 253. ve 254. maddeleri uyarınca uzlaşma işlemlerinin yapılması ve sonucuna göre sanığın hukuksal durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik soruştur-

Öztürk ve Erdem, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda çocuklar bakımından uzlaşma hükümlerinin uygulanabileceğinin öngörülmüş olmasını hatalı bulduklarını, asıl olanın çocuğun topluma kazandırılması olduğunu, uzlaşmada ise bu amacın bulunmadığını, ancak bazı durumlarda bunun çok dolaylı bir biçimde söz konusu olabileceğini ifade etmektedirler.²⁹ Kanaatimizce bu görüşe katılmaya olanak yoktur ve uzlaşmadan yaşı büyük sanıklar kadar, suça sürüklenen çocuklarında istifade ettirilmesinin eşitlik ilkesine daha uygun olduğu söylenebilir.

Kanaatimizce Çocuk Koruma Kanunu'nun 24. maddesi bu haliyle fazladan bir düzenleme gibi görünmektedir. Zira uzlaşma hükümleri şartların var olması durumunda tüm sanıklar için uygulanacaktır. Çocuk suçlu veya kanunun adlandırdığı biçimiyle suça sürüklenen çocuklar bakımından da uygulanabilmesi gerekir. Bu konuda çocuk suçlular için ayrıksı bir düzenleme kalmamıştır.

Zira 24. maddedeki düzenleme suça sürüklenecek çocuklara bakımından işlenen suçlarda yine de uzlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için geçerli olan tüm yasal şartların aranacağı veya bir başka anlatımla suça sürüklenen çocuklar bakımından da suçların kapsamının aynı olacağı biçiminde anlaşılması gerekir. Aslında uzlaşma hükümlerine tabi olup olmamanın ölçütü suçlara göre belirlenmelidir. Hangi suçların bu kapsamda olup olmadığı düzenlenecek özel kanunlarda da gösterilecektir. Sanığın sıfatına göre kapsamı belirlemeye çalışmak esas itibariyle bir çelişki olup ÇKK'nın 24. maddesi hükmünün bu açıdan var olup olmamasının bir önemi bulunmadığı kanaatindeyiz. Burada yapılması gereken belki suça sürüklenen çocuklar bakımından suç kapsamının bir parça daha genişletilmesi olabilir ki o zaman da suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca uzlaşma kapsamında olan suçların tek tek sayılmak suretiyle gösterilmesi gerekir. Örneğin, suça sürüklenen çocuklara bakımından bunların en fazla işledikleri suçlar mala karşı suçlar ve özellikle hırsızlık suçu olduğu dikkate alınarak, suça sürüklenen çocukların işledikleri hırsızlık suçlarının uzlaşma kapsamına dahil edilmesi ve bunun ÇKK'nın 24. maddesine ekle-

ma ve yasal olmayan gerekçelerle karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" Yargıtay 4.C.D., 11.07.2006 gün ve 1181-13682 sayılı Kararı (Yaşar, s. 1506).

²⁹ Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 898.

necek bir fıkra ile yapılmasının çok yerinde ve uzlaşma hükümlerinin uygulanmasına katkıda bulunacak bir düzenleme olacağı kanaatindeyiz. Zira özellikle hırsızlık suçunun şikayetten vazgeçme ile düşen ve takip edilemeyecek suçlardan olmaması dikkate alınacak olursa, böyle bir düzenlemenin uzlaşma kurumunu en azından şimdilik suça sürüklenen çocuklar bakımından işlerlik kazandırabileğini düşünmekteyiz.

2. UZLAŞMA KAPSAMINDA OLMAYAN SUÇLAR

Uzlaştırma kapsamında olmayan suçlar esas itibariyle dört ana başlık altında toplanabilir.

a. Soruşturulması ve Kovuşturulması Şikayete Bağlı Olmayan Suçlar

Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olmayan suçların uzlaşma kapsamında olmayacakları açıktır. Zira esas itibariyle 253. maddede düzenlenen uzlaşma kapsamındaki suçlar bu maddede 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun ile değişiklik yapıncaya kadar sadece soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar için kabul edilmişti ve soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olmayan suçların da uzlaştırma kapsamına alınmasına çalışılması yukarıda da değinildiği gibi esas itibariyle bu kuruma işlerlik kazandırılabilmesi için kabul edilmiştir. Bir suçun soruşturulması veya kovuşturulması şikayete bağlı değilse, kural olarak uzlaşma kapsamında olmadığını düşünmek gerekir. Bu suçlardan ancak 253. madde yazılı olması veya açıkça şikayete bağlı olmasa da uzlaşma kapsamında olduğunun belirtilmesi şartı ile uzlaşma kapsamında olduğu kabul edilebilecek demektir.

b. Etkin Pişmanlık Hükümlerine Yer Verilen Suçlar

Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsun veya olmasın etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar bakımından uzlaştırma hükümleri uygulanamayacaktır (CMK m. 253/3).

Örneğin, TCK'nın 168. maddesinde yer alan suçlardan bazısı bu tür suçlardır. Mesela, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, kar-

şıksız yararlanma suçlarında olduğu gibi.

Bu suçlar için, uzlaşma hükümlerinin uygulanmamasının nedeni, aslında bu suçlarda etkin pişmanlığın bir cezada indirim sebebi olarak düzenlenmiş olmasıdır. Aslında bu suçların uzlaşma kapsamın alınması mağdurun zararının giderilmesi açısından ve uzlaşma kurumunun işlerlik kazanması açısından etkin olabilir. Mağduriyetin giderilmesi, mala karşı işlenen suçlar bakımından son derece önemli olup, bunun soruşturma başlamadan, soruşturma aşamasında veya kovuşturma aşamasında gerçekleştirilmesi, bir cezadan indirim sebebi olacağı yerde, soruşturmanın veya kovuşturmanın sona ermesini doğuracak bir uzlaşmaya konu olmasının bu kurumunun işlerlik kazanmasına ve dolayısıyla daha fazla mağdurun zararının giderilmesi sonucunun doğmasına yol açabilir.

Sanık, mağdurun zararının giderilmesi durumunda daha az ceza alacağı yerde, hakkında yürütülmekte olan soruşturmanın sona ermesine veya kovuşturmanın bitirilmesine yol açacak bir usuli muamele ile karşılanacağı için zararı gidermek açısından daha istekli davranacaktır. Çünkü mağdurun zararının giderilmesi durumunda, kendisine sağlanan hukuki menfaat etkin pişmanlık durumundakine oranla daha fazla olmaktadır. Bu nedenle hiç olmazsa mala karşı işlenen suçlar bakımından uzlaşma hükümlerinin uygulanabilmesine imkan tanınması bunun içinde etkin pişmanlık hükümleri ile (TCK 168 m. gibi) uzlaşmanın kapsamını gösteren CMK'nın 253/3 maddesinin birlikte ele alınması ve yeni bir düzenlemeye kavuşturulması gerekir.

c. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 102-105)

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (TCK m. 102-105) bakımından da Kanun koyucu uzlaşma kurumunun işlemesini istememiş zira cinsel suça konu hukuki değer in uzlaşma gibi bir kurum içerisinde taraflarca pazarlığa konu edilmesini gayri ahlaki ve bu nedenle de gayri kanuni olarak gördüğünü ifade etmiştir denilebilir. Böyle bir mülahazanın son derece yerinde olduğundan şüphe etmemek gerekir.

d. Uzlaşmaya Tabi Olduğu Yönünde Açık Hüküm Bulunmayan Suçlar

TCK dışındaki kanunlarda, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olanlar hariç olmak üzere, uzlaşmaya tabi olduğu yönünde açık hüküm bulunmayan suçlar da uzlaşmaya başvurulamaz (CMK m. 253/2).

D. UZLAŞMA USULÜ

1. UZLAŞTIRMA TEKLİFİ

a. Uzlaştırma Teklifinin Yapılması ve Teklifin Hukuki Sonuçları

Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tabi olması halinde, cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adli kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanuni temsilcilerine yapılır. Cumhuriyet savcısı, uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır (CMK m. 253/4).

Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukuki sonuçları anlatılır (CMK m. 253/5).

Burada, Yargıtay 9. CD'nin bir kararında belirttiği üzere; mağdurun, uzlaşmayı başlangıçta kabul etmediği şeklindeki bir açıklamasından sonra, sanıktan uzlaşmayı kabul edip etmediğinin sorulmamasının sonuca etkili olmadığı ve böylece uzlaşma hükümlerinin uygulanma olanağı bulunmadığının kabulü gerekmektedir.³⁰

³⁰ "İncelenen dosyaya göre katılanın 15.11.2005 tarihli oturumunda "uzlaşma talebim de yoktur" şeklindeki beyanı karşısında sanıktan uzlaşmayı kabul edip etmediğinin sorulmaması sonuca etkili olmayıp, uzlaşma hükümlerinin uygulanabilme olanağı bulunmadığı gözetildiğinde yerel mahkeme kararı usul ve yasaya uygun olduğu anlaşıldığından kanun yararına bozma isteğinin bu nedenle reddine karar vermek gerekmiştir..." Yargıtay 9. CD, 03.10.2006 tarih ve 3895-5347 sayılı Kararı (Yaşar, s. 1507).

b. Uzlaştırma Teklifinin Adresin Belirsizliği Nedeniyle Yapılamaması ve Hukuki Sonucu

Resmi mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır (CMK m. 253/6.).

Bu hükmün tamamen uygulamadan gelen talepleri karşılamak için konulduğu anlaşılmaktadır. Ancak madde yer alan mağdura veya suçtan zarar görene ulaşılamaması durumunda doğrudan doğruya dava açılabilirliğini anlamak mümkün ise de maddede şüpheliye ulaşılamaması durumunda da soruşturmanın sonuçlandırılabilirliği şeklindeki düzenlemeyi anlamak mümkün değildir.³¹ Zira uzlaşma için şüpheliye ulaşılamaması durumunda kovuşturma devresinde de ona ulaşılamayacağı anlamına gelir ve yokluğunda yargılama yapılamayacağına göre bu durumda şüpheli aleyhine dava açılabilirliğinin kabul edilmesini doğru bir uygulama olarak anmak zordur. Zira mağdur veya suçtan zarar görene soruşturma aşamasında ulaşılamaması durumunda soruşturmanın neticelendirilmesi (ki bunu da davanın açılması şeklinde anlamak gerekir) mümkün ise de sanık için bunu uygulamak kanaatimizce doğru değildir.

c. Uzlaştırma Teklifinin Birden Çok Mağdura Yapılması Zorunluluğu

Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir (CMK m. 253/7).

Bu hüküm uzlaşmanın konulmasındaki asıl amacın mağdur veya suçtan zarar görenlerin bu zararlarının giderilmesi olduğunu gös-

³¹ Madde gerekçesinde de benzer bir açıklamaya rastlanılmaktadır. Buna göre; "... gerekli araştırmalara rağmen herhangi bir nedenle mağdur veya suçtan zarar görene, bu kişiler veya şüpheli temyiz kudretine sahip değillerse kanuni temsilcilerine ulaşılamamakta ise, uzlaşma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır. Örneğin; adres belirlenemiyorsa, soruşturma dosyasındaki adreslerde bulunamıyorsa veya sayılan kişiler yurt dışında ise, bu şekilde hareket edilecektir".

termek açısından önemlidir. Zira bir suçtan dolayı birden fazla kimse zarar görmüş ya da mağdur duruma gelmiş olabilir. Uzlaşmanın söz konusu olabilmesi için bunların hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir. Bu itibarla bu sujelerden birinin uzlaşmayı kabul etmemesi uzlaşmayı sonuçsuz kılacaktır.³² Ancak buradaki düzenlemenin yeterli olduğunu ya da anlatımın amacı yeterince açıkladığını söylemek mümkün değildir. Zira uzlaşmanın bir ön şartı niteliğindeki, “*mağdur veya zarar görenin zararının giderilmesi koşuluna*” burada yer verilmediği görülmektedir. Oysa birden fazla mağdurun bulunması durumunda da şüphelinin örneğin bu şahıslardan sadece birinin veya bazılarının zararını giderdiği veya zararını gidermediği kimseler de bulunması durumunda bunların da uzlaşmaya hazır olduklarını ifade etmeleri durumunda da uzlaşmanın gerçekleşebileceğini söylemek gerekir.

d. Uzlaştırma Teklifinin Yapılmasının Soruşturmanın Yürütülmesine Engel Olmaması

Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir (CMK m. 253/8).

Kanun koyucu bu hüküm ile uzlaşma ile doğacak zaman kaybının önüne geçmek istemektedir. Zira uzlaştırma işlemlerine başlanılması ile soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmaması durumunda, bu delillerin, daha sonra kaybolması tehlikesi söz konusudur. Ayrıca alınması gereken koruma tedbirleri varsa bu tedbirlerin de alınması gerekir. Suçun uzlaşmaya tabi bir suç olduğu gerekçesi ile delillerin toplanılmasından veya koruma tedbirinin uygulanmasından sarfınazar edilemez. Örneğin suçun uzlaşma hükümlerine tabi olması durumunda, Cumhuriyet savcısı, mağdurun yaralanması nedeniyle alınması gereken bir rapor varsa bunun alınmasını ya da sanığın tutuklanmasını gerektiren bir neden varsa sanığın tutuklanmasını talep edebileceği gibi arama yapılmasını gerektiren bir husus varsa, arama yapılmasını da isteyebilecektir. Suçun, uzlaşma hükümlerine tabi olması, tüm bunların yapılmasına engel teşkil etmeyecektir.

³² Madde gerekçesi için bkz. Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner, *Gereğçeli Ceza Kanunları*, Turhan Kitapevi, Ankara 2007, s. 759.

2. Uzlaştırmacının Görevlendirilmesi, Çekilmesi, Reddi ve Kendisine Verilecek Belgeler

a. Uzlaştırmacının Seçilmesi veya Uzlaştırmacının Atanması

Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir (CMK m. 253/9).

Uzlaşma teklifinin şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kabul etmesinden sonra, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirmeyecek ise, uzlaştırmacı atanmasını barodan isteyebileceği gibi hukuk öğrenimi görmüş olanlar arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir. Ancak, buradaki anlatımın, doğru ve yeterli olduğun söylemek mümkün değildir. Zira Cumhuriyet savcısının, barodan atanmasını istediği uzlaştırmacının avukat olacağından şüphe etmemek gerekir. Barodan görevlendirilmesini istediği uzlaştırmacının avukat olması gerektiği açıkça belirtildiği halde, Cumhuriyet savcısının seçeceği uzlaştırmacının, hukuk öğrenimi görmüş olması yeterlidir. Avukat da hukuk öğrenimi görmüş kişilerden olduğu için Cumhuriyet savcısı tarafından uzlaştırmacı olarak atanabilmesi gerekir. Cumhuriyet savcısının, atayacağı uzlaştırmacı avukat olabileceği gibi avukatlık yapmayan bir hukukçu mesela bir öğretim görevlisi de olabilir.

Ancak Doktrinde Öztürk / Erdem ve Saygılar³³ tarafından Cumhuriyet savcısı tarafından, fail ile mağdur arasında uzlaşma işlemlerini idare etmek üzere, tarafları bir araya getirerek bir sonuca ulaşmalarına sağlamak üzere, fail ve mağdurun bir avukat üzerinde anlaşamadıkları takdirde bir veya birden fazla avukatın görevlendirilmesini barodan isteyebileceği bu durumda her iki tarafa ayrı ayrı avukat görevlendirilmesinin gerektiği, ayrıca bu avukatların üzerinde uzlaşacakları bir üçüncüsünün de tayin edilmesinin mümkün olması gerektiği ve böylece uzlaşmanın bir öç alma süreci olmaktan çıkartılması ve bir hukuk tekniği işlemine dönüştürülmesinin sağlanması gerektiği savunulmuştur ki kanaatimizce buna katılmaya imkan yoktur. Zira öncelikle böyle bir uygulamada uzlaşmanın her iki tarafın avukatı tarafından yerine

³³ Öztürk, Bahri/ Erdem, R. Mustafa / Saygılar, F. Yasemin, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Temel Bilgiler*, Turhan Kitabevi, Yenilenmiş 4. Bası, Ankara, 2006, s.674.

getirilmesi gereken bir işlem konumuna getirilmesi söz konusu olmaktadır ki aslında her iki tarafın avukatı varsa bunların bir uzlaştırmacı üzerinde anlaşmaları durumunda bunun uzlaştırmacı olarak atanmasında tabii ki bir engel durum olmasa gerektir. Ancak Cumhuriyet savcısının barodan atanmasını istediği kişi kanaatimizce doğrudan doğruya uzlaştırmayı yapacak olan uzlaştırmacının (mediator) kendisidir. Her iki tarafa önce avukat atanmasının istenilmesi ve daha sonrada bunların üzerinde anlaşacakları bir başka avukatın uzlaştırmacı olarak atanması, kanaatimizce, kanunun uzlaştırma için aradığı basitlik ve yalınlıktan uzaklaşmak olacaktır.

b. Uzlaştırmacının Taraflarca Reddi veya Uzlaştırmacının Çekilmesi

Kanun'da belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur (CMK m. 253/10).

Bu, CMK m. 22 ve devamı maddelerinde yer alan hakimin davaya bakamayacağı haller ile hakimin davadan çekilmesinin gerektiren hallerin kıyas yollu ile uzlaştırmacı için de uygulanması demektir. Örneğin, taraflardan biri ile yakınlığı bulunan bir uzlaştırmacının görevlendirilmeyeceği anlaşılmalıdır. Ancak madde gerekçesinde de belirtildiği üzere³⁴ bu konuda; özel bir ret veya çekinme süreci öngörülmemiş olup, uzlaşmanın taraflarının veya uzlaştırmacının bu husustaki endişelerinin, atamaya yapan Cumhuriyet savcısı tarafından dikkate alınması gerektiği söylenebilir.

c. Uzlaştırmacıya Verilecek Belge ve Bilgiler

Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır (CMK m. 253/11).

³⁴ CMK'nın 253/11 maddesi gerekçesinde; "CMK'nın hakimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebeplerinin, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak da göz önünde bulundurulacağı hükmünü içermektedir. Bu konuda özel bir ret veya çekinme süreci öngörülmemiş olup, uzlaşmanın taraflarının veya uzlaştırmacının bu husustaki endişelerinin dikkate alınması gerekmektedir".

Bu hüküm ile anlatılmak istenen, uzlaştırma kurumunun işlerliği durumunda, soruşturmanın gizliliği ilkesinin ortadan kaldırılamayacağı, soruşturmanın gizliliğine uzlaştırmacının da uyması gerektiğini hatırlatmaktadır. Ancak bu hüküm kanaatimizce eksik bir düzenlemedir. Zira soruşturmanın gizliliği kuralına uzlaştırmacının uymaması durumunda yapılması gerekenin madde metninde düzenlenmediği görülmektedir. Bu hususta madde gerekçesinde de bir açıklama bulunmamaktadır.³⁵ Burada verilmesi gereken belgelerin şüpheli ve mağdur ifadelerinden birer suret olarak anlaşılması gerektiğinden şüphe etmemek gerekir. Ancak örneğin tanık beyanlarının da verilip verilmeyeceği hususu ileri sürülebilirse de kanaatimizce burada her bir olay için ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak cevap verilmesi gerekir. Cumhuriyet savcısı her bir somut olayın özelliğini dikkate almak suretiyle, uzlaştırma için gerekli olabilecek belgelerin birer örneğini, uzlaştırmacıya vermelidir. Verilen belgelerin yeterli olmadığı kanaatinde olan bir uzlaştırmacının da diğer belge ve ifade tutanaklarını Cumhuriyet savcısından isteyebileceğini kabul etmek gerekir.

Bu madde de eksik bırakılan bir diğer husus ise kanaatimizce 254. madde gereğince uzlaştırmanın kovuşturma aşamasında yapılması durumunda belge ve bilgilerin Cumhuriyet savcısı tarafından değil ve fakat mahkeme tarafından uzlaştırmacıya verilmesi gerektiğidir. Kanaatimizce, 254. madde gereğince uzlaştırma kovuşturma sırasında (bir başka anlatımla dava açıldıktan sonra) mahkeme tarafından yaptırılacak ise, belge ve bilgiler duruşma hakimi tarafından değil ve fakat mahkeme tarafından bir ara kararı yazdırılmak suretiyle yerine getirilmelidir. Zira 254. madde uzlaştırmanın açıkça mahkeme tarafından yerine getirileceğini açıkça belirtmektedir. Bu nedenle uzlaştırma yapılacak ise bunun bir mahkeme kararı ile belirlenmesi ve mahkemece uzlaştırmacı atanması veya barodan bir avukatın görevlendirilmesinin istenilmesi gerekir.

³⁵ CMK 253./11 madde gerekçesinde; ...Cumhuriyet savcısı, görevlendirilen uzlaştırmacının talebi halinde soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneğini verir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, kendisine (bu ibare kanaatimizce uygun değildir kendisinin biçiminde anlaşılması gerekir) soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır..."

3. Uzlaştırma Müzakereleri

a. Uzlaştırma Müzakerelerinin Süresi

Uzlaştırıcı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bu süreyi en çok yirmi gün daha uzatabilir (CMK m. 253/12).

Burada, uzlaştırmanın en fazla otuz günlük bir süre içerisinde bitirilmesi, bunun mümkün olmadığını anlaşılması durumunda, bu sürenin Cumhuriyet savcısı tarafından en fazla yirmi gün daha uzatılabileceği düzenlenmekle uzlaştırmanın mümkün olduğunca kısa bir sürede tamamlanması amaçlanmaktadır. Kanaatimizce, bu hüküm 254. madde yer alan mahkeme tarafından yaptırılacak uzlaştırma durumunda da kıyas yolu ile uygulanmalıdır. Aslında hiç kuşku yok ki burada sadece Cumhuriyet savcısından bahsedilmiş olması madde açısından bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir. Aslında bu tür eksikliklerin çok sayıda olmasının en önemli nedeni maddenin çok ayrıntılı düzenlenmeye çalışılması yanında uzlaştırmanın genel kurallarının soyut ve hem soruşturma ve hem de kovuşturma evreleri için genel geçerli olacak kurallarının düzenlenmemiş olmasıdır.

b. Uzlaştırma Müzakerelerinin Gizliliği

Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır (CMK m. 253/13).

Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülecek, uzlaştırma sırasında ileri sürülen bilgi, belge ve açıklamalar taraflarca izin verilmedikçe daha sonra da açıklanamayacaktır.³⁶

³⁶ Ersoy, Uğur, s. 65.

c. Uzlaştırma Müzakerelerinde izlenecek Yöntem

Uzlaştırıcı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir (CMK m. 253./14).

Madde, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntem ile ilgili olarak uzlaştırmacının Cumhuriyet savcısı ile görüşebileceği belirtilmiş halde CMK m. 254'te yer alan mahkeme tarafından uzlaştırmanın yapılması sırasında izlenecek yöntemin görüşüleceği makamın gösterilmemesi açısından madde metni kanaatimizce yeterli değildir. Bu nedenle buradaki hükmün kıyas yoluyla mahkeme tarafından kovuşturma sırasında gerçekleştirilmesi istenilen uzlaştırmalar için de uygulanması ve yöntem konusunda uzlaştırmacının hakim ile görüşebileceğinin ve kendisinden yardım isteyebileceğinin kabul edilmesi gerekir. Buradaki eksik düzenlemenin de sebebi uzlaştırmanın usulü konusunda hem soruşturma ve hem de kovuşturma sırasında uygulanacak ortak kuralların düzenlenmemiş olması gösterilebilir.

d. Uzlaştırma Müzakerelerinin Sonuçlandırılması

aa. Uzlaştırma Müzakerelerinin Tamamlandığının Uzlaştırmacı Tarafından Bildirilmesi

Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet savcısına verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır (CMK m. 253/15).

Madde metni uzlaştırma raporunun ve belge örneklerinin Cumhuriyet savcısına verileceğini belirtmesi ve CMK'nın 254. madde gereğince kovuşturma sırasında yapılacak uzlaştırma sonunda raporların hakime verileceğini belirtmemesi bakımından eksiktir denilebilir.

bb. Uzlaştırma Müzakerelerinin Reddinden Sonra

Uzlaşmanın Gerçekleştiğinin Taraflarca Bildirilmesi

Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddia-namenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler (CMK m. 253/16).

e. Uzlaştırma Müzakerelerine İlişkin Belgelerin Dosyasında Saklanması

Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder (CMK m. 253/17).

Burada Cumhuriyet savcısının yapacağı incelemenin ancak iki eksen etrafında toplanabileceği anlaşılmaktadır. Bu belirtilen iki husus dışında Cumhuriyet savcısı başka bir inceleme yapamaz. Uzlaşmanın tarafların özgür iradelerine dayanmadığı veya edimin hukuka aykırı olduğuna kanaat getirirse Cumhuriyet savcısının (veya kovuşturma aşamasında mahkemenin) ne yapacağı hususunda Kanunda bir açıklık yoktur ancak burada uzlaşmanın gerçekleşmediğinin kabulüyle Cumhuriyet savcısı tarafından dava açılması veya kovuşturma aşamasında ise mahkemenin davaya devam etmesi gerekir. Bu durumda mahkeme kovuşturmayı uzlaşmanın gerçekleştiğinden bahisle sonuçlandıramaz.

E. UZLAŞTIRMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

1. Uzlaştırma Sonrasında Soruşturma ve Kovuşturmanın Sona Erdirilmesi

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, CMK'nın 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 (CMK m. 253/19).

Burada zikredilmesi gereken en önemli hususlardan birisi mağdurun (suçtan zarar görenin) zararının tamamının karşılanması gerektiği değildir. Zararının önemli bir kısmının karşılanması yeterli olup, bu zarar maddi ve manevi zararının tamamını kapsar şekilde anlaşılmalıdır.³⁷ Suçun mağduru gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.

2. Uzlaştırma Müzakereleri Sırasında Yapılan Açıklamaların Hukuki Değeri

Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılmaz (CMK m. 253/20).

3. Uzlaştırma Müzakereleri Sırasında Dava Zamanaşımı ve Dava Süresinin İşlememesi

Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine, ilk uzlaşma teklifinde bulunduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar, dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemmez (CMK m. 253/21).

4. Uzlaştırmacının Ücreti

Uzlaştırmacıya, Cumhuriyet savcısı tarafından, çalışma ve masraflarıyla orantılı bir ücret takdir edilerek ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler devlet Hazinesi tarafından karşılanır (CMK m. 253/22).

5. Uzlaştırma Sonunda Verilecek Kararlara Karşı Kanun Yolu

Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir (CMK m. 253/23).

³⁷ Donay, Suheyli, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 324.

Soruşturma evresinin uzlaşma yolu ile tamamlanması sonunda verilecek olan bir takipsizlik kararına karşı itiraz kanun yoluna, kovuşturma aşamasında ise uzlaşma nedeniyle davanın düşmesine karar verildiğinde bu bir hüküm olduğundan temyiz kanun yoluna başvurulabilecek demektir.³⁸

6. Uzlaştırma Yoluna İkinci Kez Gidilemeyeceği

Uzlaştırmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez (CMK m. 253/18).

F. MAHKEME TARAFINDAN YAPTIRILACAK UZLAŞTIRMA

Kamu davası açıldıktan sonra, kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemleri 253. maddede belirtilen esas ve usûle göre, mahkeme tarafından yapılacaktır (CMK m. 254/1).³⁹

Yargıtay 10.07.2006 tarihli kararıyla⁴⁰ burada mahkemece verilecek olan kararını duruşma açılarak verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yani mahkeme, kararını evrak üzerinden değil ancak duruşma açtıktan sonra verebilecek demektir ki kanaatimizce buna katılmaya imkan yoktur bu kararın evrak üzerinden verilebilmesi gerekli olan sürati sağlaması bakımından daha uygun olurdu.

Kovuşturma sırasında yapılan uzlaştırmanın gerçekleşmesi durumunda, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine

³⁸ Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 647.

³⁹ CMK 254. maddesi 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve yukarıdaki biçimini almıştır.

⁴⁰ "Sanığın üzerine atılı olan 765 sayılı Kanun'un 459/1 maddesi kapsamında kalan ve tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu yaralamaya sebebiyet vermek suçunun, lehe kanun uyarlamasında karşılığının 5237 sayılı Kanun'un 89. maddesi kapsamında kalan, şikayete tabi olan suçlardan olduğu ve aynı Kanun'un 73/8 maddesine göre uzlaşma hükümlerine bağlı bulunması karşısında, duruşma açılarak 5271 sayılı CMK'nın uzlaşma başlıklı 253. maddesi hükümleri uygulanmak suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken duruşma açılmaksızın evrak üzerinde karar verilmesi kanun yararına bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay 9. CD, 10.07.2006 tarih ve 2170/4116 sayılı kararı (Yaşar, s.1507).

getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verecektir. Edimin yerine getirilmesinin ileriki bir tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, 231 maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilecektir. Bu durumda geri bırakma süresinde zamanaşımı işlemeyecek demektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi durumunda, mahkeme tarafından CMK'nın 231. maddesinin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasına karar verilmesi gerekecektir (CMK m. 254/2).

SONUÇ

1. CMK 253., 254. ve 255 maddelerinde düzenlenmiş bulunan uzlaştırma kurumuna ilişkin yasal düzenleme öncelikle şekil yönünden doğru ve kanun yapma tekniğine uygun olarak yapılmamıştır. Zira 253. madde 24 ayrı fıkradan oluşmakta 254. madde iki, 255 madde ise sadece tek bir fıkradan oluşmaktadır. Bu husus öncelikle bir müesseseyi düzenleyen yasa maddeleri arasında olması gereken denge ve her bir maddenin yeterli ağırlıkta olması gerektiği şeklindeki bir ön kabule aykırıdır. Uzlaştırma için eğer üç madde ayrılması zorunlu ise veya bu kurum üç madde içerisinde düzenlenecek ise, o zaman, mesela uzlaştırmanın genel olarak şartları bir maddede, uzlaştırmanın usulü bir diğer maddede ve hukuki sonuçlarının ise bir ayrı maddede düzenlenmesinin çok daha doğru olacağını söylemek gerekir.

Bu günkü düzenlemeye göre örneğin 254. maddede yer alan iki fıkra 253. maddenin 4. fıkrasından sonra, iki ayrı fıkra olarak, 255 madde ise uzlaştırmanın hukuki sonucu ile ilgili olması ve birden fazla fail bulunması durumunda bunların hukuki durumunu göstermesi ile alakalı olduğu için 253. maddenin 19 fıkrasından sonra gelmek üzere ayrı bir fıkra şeklinde düzenlenebilir ki o zaman 253. madde 24 değil 27 fıkra haline getirilmiş olur bu ise bir maddenin 24 fıkra yerine 27 fıkra olması arasında çok büyük bir farkın olmaması gerektiği ifade edilebilir. Ancak hiç kuşku yok ki asıl yapılması gereken uzlaştırmanın şartları, usulü ve hukuki sonuçları olarak fıkraların üç maddeye dengeli bir şekilde dağıtılmasıdır.

2. Uzlaştırma kurumunun kapsamı 253. maddenin ilk üç fıkrasın-

da ve son derece karmaşık bir şekilde kaleme alınmıştır. Aslında bu husus bir tek fıkrada ve çok daha yalın bir anlatım ile ifade edilmelidir. Yapılacak bir Kanun değişikliğinde bunun ele alınması ve düzeltilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsun veya olmasın etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar bakımından (örneğin TCK m. 168 maddesinde yer alan suçlardan bazıları bu tür suçlardır. Mesela, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, karşılıksız yararlanma suçlarında olduğu gibi) uzlaştırma hükümleri uygulanmamaktadır (CMK m. 253/3).

Bu suçlar için, uzlaşma hükümlerinin uygulanmamasının nedeni, aslında bu suçlarda etkin pişmanlığın bir cezada indirim sebebi olarak düzenlenmiş olmasıdır. Aslında bu suçların uzlaşma kapsamına alınması mağdurun zararının giderilmesi açısından ve uzlaşma kurumunun işlerlik kazanması açısından etkin olabilir. Mağduriyetin giderilmesi, mala karşı işlenen suçlar bakımından son derece önemli olup, bunun soruşturma başlamadan, soruşturma aşamasında veya kovuşturma aşamasında gerçekleştirilmesi, bir cezadan indirim sebebi olacağı yerde, soruşturmanın veya kovuşturmanın sona ermesini doğuracak bir uzlaşmaya konu olmasının bu kurumunun işlerlik kazanmasına ve dolayısıyla daha fazla mağdurun zararının giderilmesi sonucunun doğmasına yol açabilir. Sanık, mağdurun zararının giderilmesi durumunda daha az ceza alacağı yerde, hakkında yürütülmekte olan soruşturmanın sona ermesine veya kovuşturmanın bitirilmesine yol açacak bir usulü muamele ile karşılanacağı için zararı gidermek açısından daha istekli davranacaktır. Çünkü mağdurun zararının giderilmesi durumunda, kendisine sağlanan hukuki menfaat etkin pişmanlık durumundakine oranla daha fazla olmaktadır. Bu nedenle hiç olmazsa mala karşı işlenen suçlar bakımından uzlaşma hükümlerinin uygulanabilmesine imkan tanınması bunun içinde etkin pişmanlık hükümleri ile (TCK 168 m. gibi) uzlaşmanın kapsamını gösteren CMK'nın 253/3. maddesinin birlikte ele alınması ve yeni bir düzenlemeye kavuşturulması gerekir.

4. Uzlaşma hükümlerine tabi olup olmamanın ölçütü suçlara göre belirlenecektir. Hangi suçların bu kapsamda olup olmadığı düzenlenecek özel kanunlarda da gösterilecektir. Sanığın sıfatına göre kapsamı belirlemeye çalışmak, esas itibarıyla bir çelişki olup, Çocuk Koruma

Kanunu'nun 24. maddesi hükmünün var olup olmamasının bu açıdan bir önemi bulunmadığı kanaatindeyiz. Burada yapılması gereken belki suça sürüklenen çocuklar bakımından suç kapsamının bir parça daha genişletilmesi olabilir ki o zaman da suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca uzlaşma kapsamında olan suçların tek tek sayılmak suretiyle gösterilmesi olmalıdır. Örneğin suça sürüklenen çocuklar bakımından bunların en fazla işledikleri suçlar mala karşı suçlar ve özellikle hırsızlık suçudur. Bu nedenle suça sürüklenen çocukların işledikleri hırsızlık suçlarının uzlaşma kapsamına dahil edilmesi ve bunun Çocuk Koruma Kanunu 24 maddesine eklenecek bir fıkra ile yapılmasının çok yerinde ve uzlaşma hükümlerinin uygulanmasına katkıda bulunacak bir düzenleme olacağı kanaatindeyiz. Zira özellikle hırsızlık suçunun şikayetten vazgeçme ile düşen ve takip edilemeyecek suçlardan olmaması dikkate alınacak olursa böyle bir düzenlemenin uzlaşma kurumunu en azından şimdilik suça sürüklenen çocuklar bakımından işlerlik kazandırabileceğini düşünmekteyiz.

KAYNAKLAR

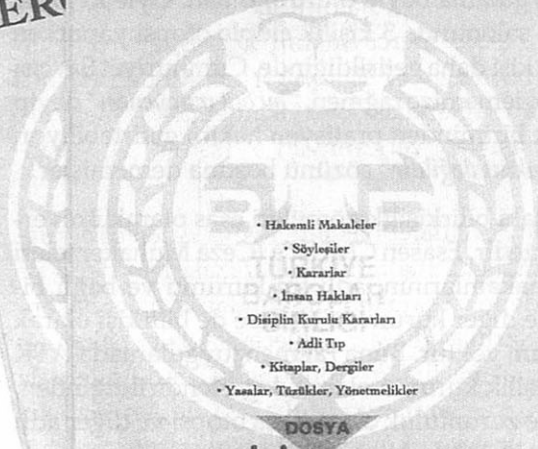
- Albayrak, Mustafa, Son Yasal Düzenlemeler Işığında Uzlaşma Kurumu Üzerine Düşünceler, *THD*, Haziran 2006, Sayı 10, (s 131-143).
- Artuk, Mehmet, Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, 6. Baskı, İstanbul 2006.
- Donay, Suheyl, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Cilt II, Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1999.
- Ersoy, Uğur, Ceza Hukukunda Uzlaşma, *Hukuk Gündemi Dergisi*, Ağustos 2005, Sayı 2.
- İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2.Kitap, Beta Yayınları, İstanbul.
- İçel, Kayıhan / Ünver, Yener, *Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları*, Beta Yayınları, İstanbul 2007.

- Kunter, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1989.
- Taşdemir, Kubilay / Özkepir, Ramazan, *Ceza Muhakemesi Kanununun Şerhi*, II. Cilt, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2006.
- Özbek, Veli Özer, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (CMK İzmir Şerhi)*, Şekçin Yayınevi, Ankara 2005,
- Öztürk, Bahri/ Erdem, R. Mustafa / Saygılar, F. Yasemin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Temel Bilgiler, Turhan Kitabevi, Yenilenmiş 4. Bası, Ankara, 2006.
- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.
- Yaşar, Osman, *Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, 2. Cilt, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2006
- Yılmaz, Zekeriya, *Ceza Muhakemesi Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Yargılama Sistemi*, 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2007,
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2005
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 3.Bası, Beta Basım ve Yayımlar, İstanbul 2000,
- Centel, Nur/ Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul-2006.
- Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Özeleşme Eğilimi: Uzlaşma*, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, (s. 727-750).
- Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Fail-Mağdur Uzlaşması*, (TCK 78/3), Maltepe Üniversitesi, *HFD (Hukuk Fakültesi Dergisi)*, V, 2 (2006), (s.117- 141)
- Yıldız, Ali Kemal, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2404



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

DOSYA

YENİ İŞ YASASI
Görüşler - Değerlendirmeler

01.05.2014 - 31.05.2014

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

5728 SAYILI KANUN İLE BİRLİKTE İDARİ YARGININ GÖREV ALANINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER ÜZERİNE BİR İNCELEME

Hüseyin BİLGİN*
Barış ÇELİK**

I. GİRİŞ

5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 08.02.2008 gün ve 26781 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Yasa ile birlikte birçok yasanın çeşitli maddelerinde değişikliğe gidilmiş olup, Yasa toplam 580 maddeden oluşmaktadır. Anılan Kanun hükümlerine baktığımızda idârî yargının görev alanı ile ilgili de birçok hüküm yer aldığı görülmektedir. Çalışmamızda 5728 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerle birlikte idârî yargının görev alanından çıkan idârî para cezalarının neler olduğu ve bu idârî para cezalarına karşı hangi kanun uyarınca hangi makama itiraz edileceği hususu ele alınıp incelenmiştir. 5728 sayılı Kanun'un idârî yargı ile ilgili hükümleri incelendiğinde idârî para cezalarıyla ilgili mevzuatta yer alan bu idârî para cezalarına karşı idârî yargı yerine dava açılacağı öngörülmekte iken 5728 sayılı Kanun ile bu hükümler ortadan kaldırılmıştır.

Öte yandan yine 5728 sayılı Kanun ile değişikliğe uğrayan idârî para cezalarını içeren mevzuat uyarınca verilen kararların ise yine idârî yargı yerinde dava konusu edileceği açıkça belirtilmiş olup, bunların ne olduğuna da çalışmamızda yer almıştır.

5728 sayılı Kanun'un idârî para cezalarına ilişkin değişiklik getiren hükümleri ve ilgili mevzuat incelendiğinde bu idârî para cezalarına karşı hangi yargı yerine dava açılacağına dair bir düzenlememeye

* Denizli İdare Mahkemesi üyesi.

** Denizli İdare Mahkemesi üyesi.

yer verilmemiştir. Ancak, bu konunun çözümüne 5326 sayılı genel kanun niteliğinde olan Kabahatler Kanunu'nun 3 ve 27. maddelerinden hareketle çözebilemekteyiz. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde; *"Bu Kanunun; a. İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b. Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır"*; 27/1 maddesinde ise, *"İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir"* düzenlemeleri yer almaktadır. Kabahatler Kanunu'na göre, idari para cezalarına karşı yapılacak itirazlarda özel bir görev kuralının bulunmaması halinde görevli mahkemenin sulh ceza mahkemeleri olacağı açıkça belirtilmiştir. Son değişiklikle birlikte yürürlükteki mevzuata göre de idare mahkemelerinin görevli olduğuna yönelik yasa ibareleri ilgili kanun metinlerinden çıkartılmış olması ve bu konuda Kabahatler Kanunu dışında başkaca bir özel bir düzenleme bulunmaması karşısında, aşağıda belirteceğimiz yasalar uyarınca verilen idarî para cezalarına karşı 5326 sayılı Kanun'un 3. ve 27/1 maddeleri gereği sulh ceza mahkemeleri kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde itiraz etmek gerekecektir.

II. 5728 SAYILI YASA İLE İDARİ YARGININ GÖREV ALANINDAN ADLİ YARGININ GÖREV ALANINA GEÇEN İDARİ PARA CEZALARI

1. 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun

Bu Kanun'un 70. maddesinde *"...idarî para cezası alınır. Bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir. ... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..."* hükmü yer almakta iken, 5728 sayılı Kanun'un 38. maddesi ile 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: *"Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük*

ameliye-i cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlere iki yüz elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir.”

Buna göre, 5728 sayılı Kanun’un 38. maddesi ile 1219 sayılı Kanun’un 70. maddesi değiştirildiğinden ve bu 1219 sayılı Kanun’a göre verilen idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 1219 sayılı Kanun’a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli yargı yeri, sulh ceza mahkemesidir.

2. 1262 Sayılı İспенçiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu

Bu Kanun’un 20.maddesinde “...idarî para cezası alınır. Bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir. ... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir...” hükmü yer almakta iken, 5728 sayılı Kanun’un 44. maddesi ile, 1262 sayılı Kanun’un 20. maddesi şu şekli almıştır: “18 ve 19 uncu maddelerde mezkûr ahval hariç olmak üzere bu Kanun ahkamına muhalif hareket edenlere iki yüz elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezalarına ve diğer idarî yaptırımlara mahallî mülkî amir tarafından karar verilir.”

Buna göre, 5728 sayılı Kanun’un 44. maddesi ile 1262 sayılı Kanun’un 20. maddesi değiştirildiğinden ve bu 1262 sayılı Kanun’a göre verilen idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 1262 sayılı Kanun’a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli yargı yeri, sulh ceza mahkemesidir.

3. 1593 Sayılı Umumi Hıfzısihha Kanunu

1593 sayılı Kanun’un 294. maddesinde “...idarî para cezası alınır... Bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tara-

ından verilir.... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..." hükmü yer almakta iken, 5728 sayılı Kanun'un 58. maddesi ile 1593 sayılı Kanun'un 294. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: *"Sihhat ve İçtimai Muavenet Vekaletiyle İktisat Vekaleti tarafından 141 inci maddede gösterildiği veçhile müştereken tespit edilen nizamnamede mündemiç levazım ve saireyi bulundurmayan ve yolcuların selamet ve emniyetini temin eyleyecek tedbirlere riayet etmeyen gemi sahip veya süvarilerine dört yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir ve bu levazım ikmal edilinceye kadar gemilerin seyrüseferlerine mümanaat olunur. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir."*

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 58. maddesi ile 1593 sayılı Kanun'un 294. maddesi değiştirildiğinden ve 1593 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 1593 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli yargı yeri, sulh ceza mahkemesidir.

4. 2219 Sayılı Hususi Hastaneler Kanunu

Bu Kanun'un 45. maddesinde: *"...idari para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir."* hükmü yer almakta iken, 5728 sayılı Kanun'un 76. maddesi ile 2219 sayılı Kanun'un 45. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: *"Bu Kanun ve 21 inci maddede yazılan nizamname ile tayin olunan mecburiyetleri yapmayan veya memnuiyetlere aykırı hareketlerde bulunanlara bin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir."*

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 76. maddesi ile 2219 sayılı Kanun'un 45. maddesi değiştirildiğinden ve 2219 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından,

yukarıda aktarılan durum gereğince 2219 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli yargı yeri, sulh ceza mahkemesidir.

5. 3153 Sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun

Bu Kanun'un 13. maddesinde: "... idari para cezasıyla cezalandırılırlar. Bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesin-dir...." hükmü yer almakta iken, 5728 sayılı Kanun'un 92. maddesi ile 3153 sayılı Kanun'un 13. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: "3 üncü maddede adı geçen nizamnamedeki vasıf ve şartlara uygun olmayan cihazları kullananlara üç bin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 92. maddesi ile 3153 sayılı Kanun'un 13. maddesi değiştirildiğinden ve 3153 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 3153 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli yargı yeri, sulh ceza mahkemesidir.

6. 5584 Sayılı Posta Kanunu

Bu Kanun'un 59. maddesinde: "...idari para cezasıyla cezalandırılırlar. ... Bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir. ... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesin-dir...." hükmü yer almakta iken, 5728 sayılı Kanun'un 130. maddesi ile 5584 sayılı Kanun'un 59. maddesi şu şekli almıştır. "A) Posta tekeli altında bulunan maddeleri kaçak olarak götürülenlerle bilerek bunlarla gönderenler, B) Başkalarının adlarına olan tekele bağlı maddeleri bir araya toplayıp posta ile yollayanlar, C) 22 nci madde hükmünü ihlal edenler, iki yüz elli Türk Lirası idarî para cezasıyla cezalandırılırlar. II- Bu sebeplerle verilmemiş olan

posta ücretleri de dört kat alınıp dörtte üçü kaçağı tutana verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları o yerin mülkî amiri tarafından verilir."

Bu durumda, 5728 sayılı Kanun'un 130. maddesi ile 5584 sayılı Kanun'un 59. maddesi değiştirildiğinden ve 5584 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince, 5584 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir.

7. 6197 Sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun

Bu Kanun'un 45. maddesinde: "... idari para cezasıyla cezalandırılır. Bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir...." kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 173. maddesi ile 6197 sayılı Kanun'un 45. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: "Eczaneyi işletmeye başladıktan sonra mazeretsiz olarak ve mücbir sebepler dışında eczanesi olan yerlerde otuz gün, olmayan yerlerde on gün müddetle eczanesini kapalı bırakan veya teftiş sırasında görülen noksanların tamamlanması için yapılmış iki yazılı ihtarla riayet etmeyen eczacılara, beş yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 173. maddesi ile 6197 sayılı Kanun'un 45. maddesi değiştirildiğinden ve 6197 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 6197 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

8. 6283 Sayılı Hemşirelik Kanunu

Bu Kanunu'nun 11. maddesinde: "... idarî para cezası alınır. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları o yerin en büyük mülkî amiri tarafından

verilir.... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..." kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 175. maddesi ile 6283 sayılı Kanun'un 11. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: "3 üncü madde hükümlerine riayet etmeyen, 4. üncü maddede yazılı vazife ve salahiyet hudutlarını tecavüz eden ve 5 inci maddenin ikinci fıkra hükmünü yerine getirmeksizin serbest çalışan hemşirelere yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 175. maddesi ile getirilen değişiklik ile 6283 sayılı Kanun'un 11.maddesi değiştirildiğinden ve 6283 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 6283 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

9. 6343 Sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun

Bu Kanun'un 72. maddesinde: "...Bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir.... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir...", kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 188. maddesi ile 6343 sayılı Kanun'un 72. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: "Bu Kanunda yazılı olup da idarî para cezasını gerektiren füllerin tekrarı halinde tayin olunacak ceza, iki misli olarak uygulanır. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 188. maddesi ile 6343 sayılı Kanun'un 72.maddesi değiştirildiğinden ve 6343 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 6343 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı

açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

10- 7126 Sayılı Sivil Savunma Kanunu

Bu Kanun'un 53.maddesinde: "... idari para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir. ... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..." kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 248. maddesi ile 7126 sayılı Kanun'un 53. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: "Hassas bölgelerde, bu Kanununun 13 üncü maddesinde yazılı mükelleflerin tam listesini, talep vukuunda, ilgili makamlara bildirmeyenlerle değişiklikleri otuz gün içinde merciine haber vermeyen mahalle ve köy muhtarları hakkında dörtyüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 248. maddesi ile 7126 sayılı Kanun'un 53. maddesi değiştirildiğinden ve 7126 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 7126 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

11. 167 Sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun

Bu Kanun'un 18.maddesinde: "... Bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir...Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir...." kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 270. maddesi ile 167 sayılı Kanun'un 18. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: "Bu Kanundaki vecibeleri yerine getirmeyenler bu hareketlerinden dolayı, diğer kanunlara göre suç oluşturmadığı takdirde, bu madde hükmüne göre cezalandırılırlar. a) Belge almadan 8 inci maddedeki işleri yapanlar ile kasten yanlış bilgi verenler bin Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası ile cezalandırılır. Ceza alınmakla beraber, kuyunun açılıp işletilmesinde Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne bir mahzur görülmezse, sahibine gerekli belge verilir. Aksi hâlde, kuyu kapa-

tılır ve masrafı kuyuyu açtırandan alınır. b) 10 ve 11 inci madde hükümlerine aykırı hareket edenlerle arama, kullanma, ıslah ve tadil faaliyetleri sırasında konulan şartlara riayet etmeyenler, müracaat formlarında istenen bilgileri vermeyenler, 8 inci maddenin son fıkrasındaki mecburiyete riayet etmeyenler beş yüz Türk Lirasından iki bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, kuyu kapatılarak masrafı açtırandan alınır. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir.”

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 270. maddesi ile 167 sayılı Kanun'un 18. maddesi değiştirildiğinden ve 167 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 167 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

12. 2841 Sayılı Zorunlu İlköğretim Çağı Dışında Kalmış Okuma Yazma Bilmeyen Vatandaşların, Okuryazar Duruma Getirilmesi veya Bunlara İlkokul Düzeyinde Eğitim-Öğretim Yaptırılması Hakkında Kanun

Bu Kanun'un 12. maddesinde: “...idarî para cezası ile cezalandırılırlar. Bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesin-dir...”, kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 404. maddesi ile 2841 sayılı Kanun'un 12. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: “Bu Kanunun 8 inci maddesinde belirtilen imkânlardan yararlanmak amacıyla, gerçeğe aykırı beyanda bulunanlara, filleri suç oluşturmadığı takdirde, yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir.”

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 404. maddesiyle 2841 sayılı Kanun'un 12. maddesi değiştirildiğinden ve 2841 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 2841 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

13. 2844 Sayılı Fındık Üretimini Planlanması ve Dikim Alanlarının Belirlenmesi Hakkında Kanun

Bu Kanun'un 7. maddesinde: "... idarî para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları o yerin en büyük mülkî amiri tarafından verilir. ... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..." kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 405. maddesi ile 2844 sayılı Kanun'un 7.maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: "Tarım ve Orman Bakanlığından izin almadan yeniden fındık bahçesi kuranlar ile belirlenen alanlar dışında mevcut fındık bahçesini yenileyenlere yedi yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. 3 üncü madde gereğince beyanda bulunmayanlar veya yanlış beyanda bulunanlara dört yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 405. maddesi ile 2844 sayılı Kanun'un 7. maddesi değiştirildiğinden ve 2844 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 2844 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir.

14. 3285 Sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu

Bu Kanun'un 56. maddesinde: "... Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları o yerin en büyük mülkî amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..." kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 456. maddesi ile değiştirilerek 3285 sayılı Kanun'un 56. maddesi şu şekli almıştır: "Bu Kanunda yazılı olan idarî yaptırımlara mahallî mülkî amir tarafından karar verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 456. maddesi ile 3285 sayılı Kanun'un 56.maddesi değiştirildiğinden ve 3285 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 3285 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezala-

rına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

15. 4925 Sayılı Karayolu Taşıma Kanunu

Bu Kanun'un 30. maddesinde: *"Para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içerisinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir."* kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 520. maddesi ile 4925 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile şu şekli almıştır: *"Bu Kanunda belirtilen idarî para cezasını gerektiren fiillerin işlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde aynı nitelikteki fiili üç defa işlediği tespit edilen gerçek ve tüzel kişilere, işlediği fiillerin cezalarının toplamının on katı idarî para cezası verilir ve taşıt şoförünün yurt içi ve yurt dışı taşımalarda sürücü mesleki yeterlilik belgesi ile varsa uluslararası sürücü sertifikası bir yıl süreyle askıya alınır."*

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 520. maddesi ile 4925 sayılı Kanun'un 30. maddesi değiştirildiğinden ve 4925 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 4925 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

16. 5149 Sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun

Bu Kanun'un 28. maddesinde: *"... Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezalarına ... karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir...."* kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 537. maddesi ile 5149 sayılı Kanun'un 28. maddesi şu şekli almıştır: *"Bu Kanuna aykırı eylemlerde bulunanlar hakkında büyükşehir ve il belediye sınırları içinde il spor güvenlik kurulunun, bunun dışındaki yerlerde ilçe spor güvenlik kurulunun re'sen veya kendisine gelen şikâyet ve ihbarlar üzerine yapacağı inceleme sonucunda mahallin en büyük mülkî idare amiri tarafından ilgili hakkında bu Kanundaki idarî para cezaları veya tedbirlerin uygulanmasına karar verilir. Bu Kanun hükümlerine göre verilen idarî para cezalarından tahsil edilen miktarın tamamı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü hesabına aktarılır. Bu paralar Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü*

tarafından çıkarılacak yönetmelik esaslarına göre yüzde ellisi Engelliler Spor Federasyonu ile engelliler kulüp ve faaliyetlerine, yüzde ellisi ise fair play kurallarına uygun hareket eden amatör spor kulüpleri ile okul sporlarının geliştirilmesine ayrılır. Bu Kanunda belirtilen yasaklara uymayan kişilerin kimlik bilgileri, müsabakanın veya eylemin yapıldığı mahallin emniyet birimlerince fotoğraflı olarak kaydedilir ve bu kayıtlardaki kişiler takibe alınır.”

Buna göre, 5728 sayılı Kanun’un 537. maddesi ile getirilen değişiklik ile 5149 sayılı Kanun’un 28. maddesi değiştirildiğinden ve 5149 sayılı Kanun’a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 5149 sayılı Kanun’un göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

17. 5179 Sayılı Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun

Bu Kanun’un 30. maddesinde: *“Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları, o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı, yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine, verilen karar kesindir....”* kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun’un 543. maddesi ile 5179 sayılı Kanun’un 30. maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: *“Bu Kanunda yazılı olan idarî yaptırımlara karar vermeye, mahallî mülkî amir yetkilidir.”*

Buna göre, 5728 sayılı Kanun’un 543. maddesi ile 5179 sayılı Kanun’un 30. maddesi değiştirildiğinden ve ile 5179 sayılı Kanun’a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince ile 5179 sayılı Kanun’a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

18. 4857 Sayılı İş Kanunu

Bu Kanun’un 108. maddesinde: *“Bu Kanunda öngörülen idari nitelikteki para cezaları cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün*

çinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..." kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 578. maddesinin (öö) bendi ile 4857 sayılı İş Kanununun 108. maddesinin 2. fıkrasının yürürlükten kaldırılmıştır.

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 578. maddesinin (öö) bendi ile 4857 sayılı Kanun'un 108. maddesinin 2. fıkrası yürürlükten kaldırıldığından ve 4857 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 4857 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

19. 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu

Bu Kanun'un 26. maddesinde: *"İdarî para cezalarına karşı cezanın tebliği tarihinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine dava açılabilir. Davanın açılmış olması idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. Bu konuda idare mahkemelerinin verdiği kararlar kesindir."* kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 578. maddesi (vv) bendi ile 5199 sayılı Kanun'un 26. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 578. maddesi (vv) bendi ile 5199 sayılı Kanun'un 26. maddesi yürürlükten kaldırıldığından ve 5199 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 5199 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

20. 4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu

Bu Kanun'un 54. maddesinde: *"... İdari para cezası verilir. İdari para cezaları tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde Kuruma ödenir veya aynı süre içinde Kurumun ilgili ünitesine itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler idari yargı yoluna başvurabilirler. Yargı yoluna başvurulması cezanın takip ve tahsilini durdurmaz... İtiraz yoluna başvurulmuş olması ilgililerin yargı yoluna başvurma haklarını ortadan kaldırmaz."*

kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 578. maddesi (II) bendi ile 4447 sayılı Kanun'un 54/2. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 578. maddesi (II) bendi ile 4447 sayılı Kanun'un 54/2. maddesi yürürlükten kaldırıldığından ve 4447 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 4447 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

21- 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu

Bu Kanun'un 22.maddesinde: *"Bu Kanunda yazılı olan idarî cezalar o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir...."* kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 577. maddesi ile 5403 sayılı Kanun'un 22. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: *"Kanunda yazılı olan idarî cezalar mahallî mülkî amir tarafından verilir"*

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 577. maddesi ile 5403 sayılı Kanun'un 22. maddesi değiştirildiğinden ve 5403 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 5403 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

22. 4703 Sayılı Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun

Bu Kanun'un 13. maddesinde: *"... Bu idari para cezalarına karşı, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, verilen idari para cezasının yerine getirilmesini durdurmaz"* kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 496. maddesi ile 4703 sayılı Kanun'un 13. maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: *"Bu Kanunda yer alan idarî para cezaları, yetkili kuruluşlar tarafından verilir."*

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 496. maddesi 4703 sayılı Kanun'un 13. maddesi değiştirildiğinden ve 4703 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 4703 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

23. 5193 Sayılı Optisyenlik Kanunu

Bu Kanun'un 15. maddesinde: "... Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları o yerin en büyük mülkî amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı, tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir...." kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 552. maddesi ile 5193 sayılı Kanun'un 15. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: "11 inci maddede belirtilen yasaklara uymayanlara yirmi bin Türk Lirası idarî para cezası verilir. 6 ncı maddede zikredilen yasaklar hilafına hareket eden optisyenlere altı bin Türk Lirası idarî para cezası verilir ve üç ay süre ile optisyenlik mesleğini icra etmekten men edilirler. Bu Kanununun 7 nci maddesinin ikinci fıkrası ile 9 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı şarta üst üste iki denetimde de uymadığı belirlenen optisyenler ile 9 uncu maddenin ikinci fıkrası ile 8, 10, 12 ve 13 üncü madde hükümlerine uymayanlara altı bin Türk Lirası idarî para cezası verilir. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 ve 13 üncü maddelerdeki yasakların tekrarı hâlinde idarî para cezası iki kat olarak uygulanır. Bu Kanunda yazılı olan idarî yaptırım kararları mahallî mülkî amir tarafından verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 552. maddesi ile getirilen değişiklik ile 5193 sayılı Kanun'un 15. maddesi değiştirildiğinden ve 5193 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 5193 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

24. 5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetleri Hakkında Kanun

Bu Kanun'un 20. maddesinde "... Bu maddede öngörülen idarî para cezaları o yerin en büyük mülkî amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine iti-

raz edilebilir. İtiraz, verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz... İtiraz üzerine verilen kararlara karşı bölge idare mahkemesine başvurulabilir. Bölge idare mahkemesinin verdiği kararlar kesindir..." kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 547. maddesi ile 5188 sayılı Kanun'un 20. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: "Bu Kanunda öngörülen idarî para cezasını gerektiren fiiller şunlardır: a) 17 nci maddede belirtilen grev yasağına uymayan, ateşli silâhını bu Kanuna aykırı veya görev alanı dışında kullanan veya özel güvenlik kimlik kartını başkasına kullandıran özel güvenlik görevlisine bin Türk Lirası idarî para cezası verilir ve bu kişilerin çalışma izni valilikçe iptal edilir. Bu kişiler bir daha özel güvenlik görevlisi olamazlar. b) Diğer kişi, kurum ve kuruluşlara sağlanacak özel güvenlik hizmetini 5 inci maddede belirtilen süre içinde ilgili valiliğe bildirmeyen özel güvenlik şirketlerine her bildirim için bin Türk Lirası, c) 6 ncı madde uyarınca mülkî idare amirlerince istenen ilave tedbirleri almayan kişi, kurum, kuruluş veya şirketlerin yöneticilerine iki bin Türk Lirası, d) 22 nci madde gereğince tespit edilip giderilmesi istenen eksiklikleri gidermeyen kişi, kurum, kuruluş veya şirketlerin yöneticilerine iki bin Türk Lirası, e) Özel güvenlik görevlisini koruma ve güvenlik hizmetleri dışında başka bir işte çalıştıran kişi, kurum ve kuruluşlara her eylemleri için bin Türk Lirası, f) 11 inci maddenin ikinci fıkrası ile 12 nci maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen bildirimleri süresinde yerine getirmeyenlere bin Türk Lirası, idarî para cezası verilir. Bu maddede öngörülen idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 547. maddesi ile 5188 sayılı Kanun'un 20. maddesi değiştirildiğinden ve 5188 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 5188 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

25. 3621 Sayılı Kıyı Kanunu

Bu Kanun'un 15. maddesinde: "Cezalara karşı, cezanın tebliğ tarihinden itibaren en geç 7 gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın uygulanmasını durdurmaz." kuralları hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 466. maddesi ile 3621 sayılı Kanun'un 15. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: "Kıyıda ve uygulama imar planı bulunan sahil şeritlerinde duvar, çit, parmaklık, tel örgü, hendek, kazık ve benzeri engelleri oluşturanlara iki bin Türk Lirasından on

bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Ayrıca oluşturulan engellerin beş günden fazla olmamak üzere belirlenen süre zarfında kaldırılmasına karar verilir. Bu süre zarfında engellerin ilgililer tarafından kaldırılmaması halinde, masrafı yüzde yirmi zammıyla birlikte kendilerinden kamu alacaklarının tahsili usulüne göre tahsil edilmek üzere kamu gücü kullanılmak suretiyle derhal kaldırılır. Kabahatin tekrarı halinde, ceza üst sınırdan verilir. Birinci fıkrada sayılan yerlerden kum, çakıl alanlara üç bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Birinci fıkrada sayılan yerlere moloz, toprak, cüruf, çöp gibi atık ve artıkları dökenler, atılan veya dökülen maddenin niteliğine, çevreyi kirletici ve bozucu etkisine göre Türk Ceza Kanunu, Kabahatler Kanunu veya Çevre Kanunu hükümlerine göre cezalandırılır. Yukarıdaki fıkralarda sayılan fiillerin kıyının doğal yapısını bozacak bir etki meydana getirmesi halinde, daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, failleri hakkında altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Birinci fıkrada sayılan yerlerde ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapı yapan kişilere Türk Ceza Kanunu veya İmar Kanunu hükümlerine göre verilecek ceza bir kat artırılır.İlgili kanunlarda belirtilen makamların yetkileri saklı kalmak üzere, bu maddede belirtilen idarî yaptırımlara karar vermeye mahalli mülki amir yetkilidir.”

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 466. maddesi ile 3621 sayılı Kanun'un 15. maddesi değiştirildiğinden ve 3621 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 3621 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

26. 4904 Sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu

Bu Kanun'un 20. maddesinde: “...idari para cezaları tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde Kuruma ödenir veya aynı süre içinde Kuruma itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler idari yargı yoluna başvurabilirler. Yargı yoluna başvurulması cezanın takip ve tahsilini durdurmaz.” kuralları hükme bağlanmış iken, 5728 sayılı Kanun'un 503. maddesi ile 4904 sayılı Kanun'un 20. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: “Kurumca dayanağı belirtilmek suretiyle;a) Yurt dışı iş ve işçi bulma faaliyetlerine ilişkin hizmet akitlerini Kuruma onaylatmayan özel istihdam bürolarına her bir hizmet akdi için üç yüz Türk Lirası,b) Kurum

tarafından istenilen bilgi ve belgelerle işgücü piyasasının izlenmesi için gerekli olan istatistiksel bilgileri talebin tebliği tarihinden itibaren on beş gün içerisinde Kuruma vermeyen özel istihdam bürolarına altı yüz Türk Lirası,c) Kurum müfettişlerince istenilen bilgi, belge, kayıt ve defterleri on beş gün içerisinde ibraz etmeyen özel istihdam bürolarına bin iki yüz Türk Lirası,d) Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (d) bendine aykırı davranan kişilere iki bin Türk Lirasından elli bin Türk Lirasına kadar, ayrıca Kuruma onaylatılmayan her bir yurt dışı hizmet akdi için de üç yüz Türk Lirası,e) Bu Kanunun 21 inci maddesinde belirtilen bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket eden özel kesim işyerlerine iki bin Türk Lirası, idarî para cezası verilir. Kanun hükümlerine göre verilen idarî para cezalarından tahsil edilen miktarın tamamı Kurum hesabına aktarılır.”

Buna göre, 5728 sayılı Kanun’un 503. maddesi ile 4904 sayılı Kanun’un 20. maddesi değiştirildiğinden ve 4904 sayılı Kanun’a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 4904 sayılı Kanun’a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

27. 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu

Bu Kanun’un “idarî para cezaları” başlıklı 18 maddesinde; “...bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz, zaruret görülmeyen hâllerde, evrak üzerinden inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılır. İtiraz üzerine verilen kararlara karşı Bölge İdare Mahkemesine başvurulabilir. Bölge İdare Mahkemesinin verdiği kararlar kesindir...” hükmüne ve “idarî nitelikteki suçların tekrarı ve kapatma” başlıklı 19. maddesinde ise; “... Bu karara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, yetkili makam tarafından verilen kapatma kararının yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz, zaruret görülmeyen hâllerde, evrak üzerinden inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılır. İtiraz üzerine verilen kararlara karşı Bölge İdare Mahkemesine başvurulabilir. Bölge İdare Mahkemesinin verdiği kararlar kesindir.” kuralları hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun’un 527. ve 528. maddeleri ile 5070 sayılı Kanun’un 18 ve 19. maddeleri değiştirilerek şu şekli almıştır: 18. maddeye göre; “Bu Kanunun; a) 10 uncu maddesindeki yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmeyen

elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına on beş bin Türk Lirasından otuz bin Türk Lirasına kadar, b) 11 inci maddesindeki yükümlülüklerden herhangi birini yerine getirmeyen elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına on iki bin Türk Lirasından yirmi bin Türk Lirasına kadar, c) 12 nci maddesi hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında on beş bin Türk Lirasından otuz bin Türk Lirasına kadar, d) 13 üncü maddesinin beşinci ve yedinci fıkralarındaki yükümlülükleri yerine getirmeyen elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına on iki bin Türk Lirasından yirmi bin Türk Lirasına kadar, e) 15 inci maddesi hükümlerine aykırı hareket eden elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına otuz bin Türk Lirasından elli bin Türk Lirasına kadar, idarî para cezası Telekomünikasyon Kurulu tarafından verilir. Bu madde hükümlerine göre ilgili tüzel kişi hakkında verilecek olan idarî para cezasının üst sınırı yetmiş beş bin Türk Lirasıdır.” Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri başlığını alan 19 maddeye göre ise “ Bu Kanunda tanımlanan suçlar dolayısıyla ilgili tüzel kişiler hakkında Türk Ceza Kanununun 60 ıncı maddesi hükmüne göre tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İdarî para cezasını gerektiren eylemlerin işlendikleri tarihten itibaren geriye doğru üç yıl içinde üçüncü kez işlenmesi hâlinde Kurum tarafından elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tüzel kişinin faaliyet izninin iptaline karar verilir.”

Buna göre, 5728 sayılı Kanun’un 527 ve 528. maddesi ile 5070 sayılı Kanun’un 18. ve 19. maddeleri değiştirildiğinden ve 5070 sayılı Kanun’a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin bölge idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 5070 sayılı Kanun’a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

28. 2860 Sayılı Yardım Toplama Kanunu

Bu Kanun’un 29. maddesinde: “...Bu maddede yazılı olan para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine veriler karar kesindir...” kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun’un 406. maddesi ile 2860 sayılı Kanun’un 29. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: “Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak izinsiz yardım toplayanlara yedi yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. İzin verilen yer dışında yardım toplayanlara beş yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu

Kanunun diğer hükümlerine aykırı davranışta bulunanlara, fiilleri suç oluşturmadığı takdirde, iki yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu maddede yazılı olan idarî yaptırımlara karar vermeye mahallî mülkî amir yetkilidir. Yukarıdaki fıkralara aykırı davranış sonucu izinsiz toplanan mal ve paralara el konularak mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 406. maddesi ile 2860 sayılı Kanun'un 29. maddesi değiştirildiğinden ve 2860 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 2860 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

29. 6948 Sayılı Sanayi Sicili Kanunu

Bu Kanun'un 11. maddesinde: "...Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..." kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 225. maddesi ile 6948 sayılı Kanun'un 11. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: "Bu Kanuna göre istenen malumatı hakikate aykırı olarak bildirenlere bin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları o yerin mülkî amiri tarafından verilir".

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 225. maddesi ile 6948 sayılı Kanun'un 11. maddesi değiştirildiğinden ve 2860 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 2860 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

30. 984 Sayılı Ecza Ticarethaneleriyle Sanat ve Ziraat İşlerinde Kullanılan Zehirli ve Müessir Kimyevi Maddelerin Satıldığı Dükkanlara Mahsus Kanun

Bu Kanun'un 21. maddesinde: "...bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdur-

maz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir...” kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun’un 7. maddesi ile 984 sayılı Kanun’un 21. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: “Bu Kanunda tasrih edilen kaidelere riayet etmeyen veya memnuiyetlere muhalif hareket eden ecza ticarethaneleri sahip veya müdiri mesulleri ile sanat ve ziraat işlerinde kullanılan zehirli ve müesir maddeler satıcılığı yapanlara, mahallî mülkî amir tarafından iki yüz Türk Lirasından beş yüz Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Bu maddelerin satışı kamu sağlığı bakımından tehlikeli bir durum oluşturuyorsa, tehlike giderilinceye kadar geçici olarak işletme faaliyetten men edilir.”

Buna göre, 5728 sayılı Kanun’un 7. maddesi ile 984 sayılı Kanun’un 21. maddesi değiştirildiğinden ve 984 sayılı Kanun’a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 984 sayılı Kanun’a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

31. 2527 Sayılı Basma Yazı ve Resimleri Derleme Kanunu

Bu Kanun’un 10. maddesinde: “...bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir...” kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun’un 81. maddesi ile 2527 sayılı Kanun’un 10. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: “Verilmesi mecburi olan basma yazı ve resimleri müddeti içinde vermeyenlere mahallî mülkî amir tarafından iki yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, verilmesi gereken basma yazı ve resimlere el konularak Milli Eğitim Bakanlığına devredilmek üzere mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir.”

Buna göre, 5728 sayılı Kanun’un 81. maddesi ile 2527 sayılı Kanun’un 10. maddesi değiştirildiğinden ve 2527 sayılı Kanun’a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 2527 sayılı Kanun’a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

32. 2903 Sayılı Pamuk Islahı Kanunu

Bu Kanun'un 7. maddesinde: "...bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir. ...Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir...", kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 82. maddesi ile 2903 sayılı Kanun'un 7.maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: "Bu Kanun hükümlerine aykırı hareket edenlere mahallî mülkî amir tarafından üç yüz elli Türk Lirası idarî para cezası verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 82. maddesi ile 2903 sayılı Kanun'un 7. maddesi değiştirildiğinden ve 2903 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 2903 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

33. 3670 Sayılı Milli Piyango Teşkiline Dair Kanun

Bu Kanun'un 13. maddesinde: "...bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..." kuralları hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 108. maddesi ile 3670 sayılı Kanun'un 13.maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: "Biletlerin, üzerinde yazılı kıymetlerden daha yüksek fiyatla satılması memnudur. Hilafına hareket eden bayiler yüksek fiyatla sattıkları beher bilet için iki yüz Türk Lirası idarî para cezasıyla cezalandırılacakları gibi bayilik ruhsatnameleri de o yerin en büyük mülkî amiri tarafından geri alınır. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 108. maddesi ile 3670 sayılı Kanun'un 13.maddesi değiştirildiğinden ve 3670 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 3670 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

34. 5683 Sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun

Bu Kanun’un 24. maddesinde: “... bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir...” , kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun’un 135. maddesi ile 5683 sayılı Kanun’un 24. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: “12 ve 15 inci maddelerle 18 veya 19 uncu maddeler hükümlerine makbul bir sebebe müstenit olmaksızın riayet etmeyenlere mahallî mülkî amir tarafından yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir.”

Buna göre, 5728 sayılı Kanun’un 135. maddesi ile 5683 sayılı Kanun’un 24. maddesi değiştirildiğinden ve 5683 sayılı Kanun’a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 5683 sayılı Kanun’a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

35. 7402 Sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun

Bu Kanun’un 19. maddesinde: “...bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir...” kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun’un 263.maddesi ile 7402 sayılı Kanun’un 19. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: “11 inci maddede yazılı mecburiyete riayet etmeyenlere dört yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Fiilin tekrarı halinde para cezasının iki katı verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir”.

Buna göre, 5728 sayılı Kanun’un 263. maddesi ile 7402 sayılı Kanun’un 19. maddesi değiştirildiğinden ve 7402 sayılı Kanun’a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 7402 sayılı Kanun’a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

36. 7472 Sayılı Ziraat Yüksek Mühendisliği Hakkında Kanun

Bu Kanun'un 4. maddesinde: " ...bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..." kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 265. maddesi ile 7472 sayılı Kanun'un 4.maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: "Bu Kanununun 1 inci maddesinde yazılı evsaf ve şeraiti haiz olmadıkları halde ziraat yüksek mühendisi unvanını kullananlara mahallî mülkî amir tarafından beş yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 265. maddesi ile 472 sayılı Kanun'un 4. maddesi değiştirildiğinden ve 472 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 472 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

37. 222 Sayılı İlköğretim ve Eğitim Kurumları Kanunu

Bu Kanun'un 59.maddesinde: " ... Bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..." kuralı hükme bağlanmışken 5728 sayılı Kanun'un 284. maddesi ile 222 sayılı Kanun'un 59. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: "Yukarıdaki hükümlere aykırı davranışlara dört yüz Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 284. maddesi ile 222 sayılı Kanun'un 59.maddesi değiştirildiğinden ve 222 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 222 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

38. 1593 Sayılı Erişime Kontrollü Karayolu Kanunu

Bu Kanun'un 12. maddesinde: "...bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir...", kuralı hükme bağlanmışken 5728 sayılı Kanun'un 358. maddesi ile 1593 sayılı Kanun'un 12. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: "Bu Kanunla kısıtlanan, yasaklanan işler ve hareketleri yapan, yaptırımlar ile hayvanlarının yola girmesini önlemeyenlere, mahallî mülkî amir tarafından yüz yirmi Türk Lirası idarî para cezası verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 358. maddesi ile 1593 sayılı Kanun'un 12. maddesi değiştirildiğinden ve 1593 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 1593 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

39. 1734 Sayılı Yem Kanunu

Bu Kanun'un 15. maddesinde: "...bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir...", kuralları hükme bağlanmışken 5728 sayılı Kanun'un 362. maddesi ile 1734 sayılı Kanun'un 15. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: "Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 362. maddesi ile 1734 sayılı Kanun'un 15. maddesi değiştirildiğinden ve 1734 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 1734 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

40. 2866 Sayılı Öğrencilerle İlgili Bazı Basılı Evrakın Milli Eğitim Bakanlığınca Hazırlanması, Bastırılması ve Satılması Hakkında Kanun

Bu Kanun'un 5. maddesinde: *"..bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları o yerin en büyük mülkî amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..."* kuralı hükme bağlanmışken 5728 sayılı Kanun'un 418. maddesi ile 2866 sayılı Kanun'un 5. maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: *"Bu Kanun'un yayımı tarihinden itibaren, Milli Eğitim Bakanlığı veya Milli Eğitim Bakanlığı Vakfı dışında, bu Kanun kapsamına giren basılı evrakı, basmak veya satmak veya satın almak yasaktır. Bu yasaklara aykırı davrananlara, fiilleri suç oluşturmadığı takdirde, üç yüz elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir."*

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 418.maddesi ile 2866 sayılı Kanun'un 5. maddesi değiştirildiğinden ve 2866 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 2866 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

41. 3224 Sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu

Bu Kanun'un 46.maddesinde: *"... bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..."*, kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 443. maddesi ile 3224 sayılı Kanun'un 46.maddesi değiştirilerek şu şekli almıştır: *"Bu Kanununun 17 nci maddesinin dördüncü fıkrası ile 42 nci maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarındaki hükümlere uymayanlara mahallî mülkî amir tarafından bin Türk Lirası idarî para cezası verilir."*

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 443. maddesi ile 3224 sayılı Kanun'un 46. maddesi değiştirildiğinden ve 3224 sayılı Kanun'a göre

verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 3224 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

42. 815 Sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcraı Sanat ve Ticaret Hakkında Kanun

Bu Kanun'un 5. maddesinde: "...Birinci fıkrada yazılı olan idari para cezalarıyla yasaklamalar o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir...Bu kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..." kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile 815 sayılı Kanun'un 5. maddesi şu şekli almıştır: "Bu Kanunun 1 inci maddesi hükmüne aykırı olarak Türkiye limanları arasında kabotaj yapan gemilerin kaptanlarına ve yabancılara ait deniz taşıtlarının sahiplerine bin Türk Lirasından yirmi beş bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Donatanı yabancı olan gemilerle yabancılara ait sair deniz taşıtları, idarî para cezası tahsil edilinceye kadar elverişli bir limanda masrafları kendisine ait olmak üzere tutulur. Bu Kanununun 2 ve 3 üncü maddelerinde belirtilen yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan hakları kullanan yabancılara beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir ve gemi ve sair deniz taşıtları seferden alıkonulur. Birinci fıkrada yazılı olan idarî para cezalarına o yerin mülkî amiri, diğer idarî tedbirlere liman başkanı tarafından karar verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile getirilen değişiklik ile 815 sayılı Kanun'un 5. maddesi değiştirildiğinden ve 815 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 815 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

43. 992 Sayılı Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanunu

Bu Kanun'un 10. maddesinde, "...Birinci fıkrada ve 9 uncu maddede yazılı para cezalarıyla 9 uncu maddenin birinci fıkrasındaki kapatma kararı hariç diğer kapatma, ruhsatnamenin geri alınması işlemlerine ilişkin kararlar, o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... Bu kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..." kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile 992 sayılı Kanun'un 10. maddesi şu şekli almıştır: "Fenne uygun tahliller yerine getirilmediği ve beyannamesinde belirtilen hükümlere uymadığı veya bu Kanununun 7 nci maddesi uyarınca düzenlenen yönetmeliğe aykırı hareket ettiği belirlenenlere mahallî mülkî amir tarafından bin Türk Lirasından üç bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Ayrıca, şartlar yerine getirilinceye kadar laboratuvar kapatılır."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile 992 sayılı Kanun'un 10. maddesi değiştirildiğinden ve 992 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 992 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

44. 854 Sayılı Deniz İş Kanunu

Bu Kanun'un Ek 1. maddesinde: "...para cezaları gerekçesi belirtilmek suretiyle geminin bağlama limanının bulunduğu yer Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürünce verilir...Bu para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..." kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 323. maddesi ile 854 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesi şu şekli almıştır: "Bu Kanunda yazılı idarî para cezaları geminin bağlama limanının bulunduğu yer Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürünce verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 323 maddesi ile 854 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesi değiştirildiğinden ve 854 sayılı Kanun'a göre

verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 854 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

45. 3092 Sayılı Çay Kanunu

Bu Kanun'un 2. maddesinde: "...Bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..." kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 438. maddesi ile 3092 sayılı Kanun'un 2. maddesi şu şekli almıştır: "Çay tarım alanları Bakanlar Kurulunca tespit edilir. Bu alanlar dışında çay tarımı yapmak yasaktır. Çay tarım alanlarına giren yerlerde çay bahçesi kuracak olanlar önceden ruhsatname almak zorundadırlar. Ruhsatsız olarak çay bahçesi kuranlara, çaylıkları söktürüldüğü gibi, her dekar için dört yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Daha küçük alanlar için bu para cezası oranlanarak uygulanır. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 438. maddesi ile 3092 sayılı Kanun'un 2. maddesi değiştirildiğinden ve 3092 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 3092 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

46. 3308 Sayılı Mesleki Eğitim Kanunu

Bu Kanun'un 41. maddesine göre, bu Kanun uyarınca verilen bazı cezalara karşı 7 gün içinde Sulh Ceza Mahkemesine itiraz ediliyordu. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 17.02.2004 gün ve E:2003/72, K:2004/24 sayılı kararı¹ ile sulh ceza mahkemesine itirazı öngörülen yasa hükmü iptal edilmiştir. Yasama organınca ise açıkça bu Kanun uyarınca verilen idarî para cezalarına karşı hangi yargı yoluna gidile-

¹ 29.07.2004 gün ve 25537 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

ceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından hareketle bu idârî para cezalarına karşı da idârî yargı yerleri görevli olacaktır. Ancak 5728 sayılı Kanun'un 458. maddesi ile 3308 sayılı Kanun'un 41. maddesi yeniden düzenlenmiş ve şu şekli almıştır: *"Bu Kanun hükümlerine göre Bakanlığa bağlı eğitim kurumlarının dışında kamu ve özel kurum ve kuruluşlarında yapılan aday çırak, çırak ve kalfaların eğitimi ile işletmelerde yapılan mesleki eğitim, öğrencilerin bu eğitiminden sorumlu işletmelerin bağlı olduğu oda veya birliklerin temsilcilerinin katılımı ile Bakanlıkça; iş ortamı, sosyal güvenlik, iş güvenliği ve sağlık şartları bakımından ise Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca denetlenir. Denetimle ilgili raporlar valiliğe verilir. Raporlarda belirtilen hususlar valilikçe değerlendirilir ve gereği yapılır. Denetlemenin esas ve usulleri bu bakanlıklarca müştereken çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Bu Kanunun; 9, 10, 12, 13, 14, 15, 17, 20, 22, 25, 26, 28 ve 30 uncu maddelerindeki yükümlülükleri yerine getirmeyenlere ihtar cezası verilir. İhtarın tebliğinden itibaren on gün içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyenlerden; a) 9, 10, 25, 26 ve 28 inci maddelerine aykırı davrananlara altı yüz Türk Lirası, b) 12, 13, 14, 15, 17, 20, 22 ve 30 uncu maddelerine aykırı davrananlar ile sözleşmeyi tek taraflı ve haksız olarak fesheden işletmelere dört yüz Türk Lirası, idarî para cezası verilir. Fiilin tekrarı hâlinde bu cezalar iki katına çıkarılır. Fiilin sürmesi hâlinde ise meslekten geçici men cezası verilir. Bu maddedeki idarî yaptırımlara karar vermeye mahallî mülkî amir yetkilidir. Bu Kanunun 30 uncu maddesine aykırı olarak açılan işyerleri durumun öğrenilmesinden itibaren İl Mesleki Eğitim Kurulu ile ilgili mercilerin müracaatı üzerine mahallî mülkî amirce yedi gün içinde kapatılır."*

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 458 maddesiyle 3308 sayılı Kanun'un 41. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte bu idârî para cezalarına karşı açılacak olan davalarda açıkça ve ayrıca idare mahkemelerinin görevli ve yetkili olduğu belirtilmediğinden ve dahi yukarıda izah edilen 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3 ve 27 maddesinden hareketle bu cezalara karşı da açılacak olan davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

47. 5224 Sayılı Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun

Bu Kanun'un 13. maddesinde: *"... maddede öngörülen idarî para cezaları o yerin en büyük mülkî amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı*

tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..." kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 555. maddesi ile 5224 sayılı Kanun'un 13. maddesi şu şekli almıştır: "Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak; a) Zorunlu tutulduğu hâlde gerekli işaret ve ibareleri taşımayan filmlerin dağıtım ve gösterimini yapanlara on bin Türk Lirası, b) Zorunlu tutulduğu hâlde gerekli işaret ve ibareleri kullanmayan filmlerin yapımcılarına elli bin Türk Lirası, c) Üzerindeki işaret ve ibarelere rağmen, bu işaret ve ibarelere uyulmaksızın dağıtım ve gösterim yapanlara elli bin Türk Lirası, idarî para cezası verilir. Bu maddede öngörülen idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir. İdarî para cezasının ödenmiş olması, yükümlülükleri ortadan kaldırmaz."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 555. maddesi ile 5224 sayılı Kanun'un 13. maddesi değiştirildiğinden ve 5224 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 5224 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

48. 5253 Sayılı Dernekler Kanunu

Bu Kanun'un 33.maddesinde: "... bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mülkî idare amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..." kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 559. maddesi ile 5253 sayılı Kanun'un 33. maddesi şu şekli almıştır: "Bu Kanunda yazılı olan idarî yaptırımlara karar vermeye mahalli mülki amir yetkilidir."

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 559. maddesi ile 5253 sayılı Kanun'un 33. maddesi değiştirildiğinden ve 5253 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 5253 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

49. 5262 Sayılı Organik Tarım Kanunu

Bu Kanun'un 13. maddesinde: *"Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları, Bakanlık veya o yerin en büyük mülkî amiri tarafından verilir... Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir..."* kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 561. maddesi ile 5262 sayılı Kanun'un 13. maddesi şu şekli almıştır: *"Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları, Bakanlık veya mahallî mülkî amir tarafından verilir."*

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 561.maddesi ile 5262 sayılı Kanun'un 13. maddesi değiştirildiğinden ve 5262 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 5262 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

50. 5324 Sayılı Kozmetik Kanunu

Bu Kanun'un 5. maddesinde: *"...İdarî para cezası Sağlık Bakanlığınca verilir ... bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz..."* kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 572. maddesi ile 5324 sayılı Kanun'un 5. maddesi şu şekli almıştır: *"Bu Kanunun; a) 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen yükümlülüklerinden herhangi birini ihlal eden üreticiye yirmi bin Türk Lirası, b) 4 üncü maddesinin; 1) (a) bendinde belirtilen yasaklardan herhangi birine uymayan üreticiye yirmi bin Türk Lirası 2) (b) bendinde belirtilen personeli istihdam etmeyen ve (c) bendi uyarınca bildirimde bulunmayan üreticiye on bin Türk Lirası, 3) (d) bendine aykırı hareket eden kozmetik ürünün üreticisine elli bin Türk Lirası, 4) (e) bendine göre muhtevasında hiç bulunmaması gereken maddeler içeren kozmetik ürünleri piyasaya arz eden üreticiye yirmi bin Türk Lirası, muhtevasında belirli limit ve şartların dışında maddeler içeren kozmetik ürünleri piyasaya arz eden üreticiye on beş bin Türk Lirası,5) (g) bendinde belirtilen yükümlülüğü ihlâl eden üreticiye yirmibin Türk Lirası, idarî para cezası Sağlık Bakanlığınca verilir. Bu Kanuna göre idarî para cezasını gerektiren fiilin tekrarı hâlinde idarî para cezaları iki kat olarak uygulanır. Bu maddeye göre idarî para cezası verilmiş olması, ihlâl edilen yü-*

kümlülüğün niteliğine göre gereken diğer idarî tedbirlerin ve müeyyidelerin uygulanmasına engel olmaz.”

Buna göre, 5728 sayılı Kanun’un 572. maddesi ile getirilen değişiklik 5324 sayılı Kanun’un 5. maddesi değiştirildiğinden ve 5324 sayılı Kanun’a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 5324 sayılı Kanun’a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

51. 2920 Sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu

Bu Kanun’un 145. maddesinde: “...*Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir....*” kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun’un 578. maddesi (hh) bendi ile 2920 sayılı Kanun’un bu maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

Buna göre, 5728 sayılı Kanun’un 578.maddesi (hh) bendi ile 2920 sayılı Kanun’un 145 maddesi yürürlükten kaldırıldığından ve 2920 sayılı Kanun’a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu kanun metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 2920 sayılı Kanun’a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

52. 5539 Sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun

Bu Kanun’un 21. maddesinde: “... *maddenin ikinci fıkrasına göre yapılan tebligat üzerine tebliği izleyen günden başlamak üzere yedi gün içinde idare mahkemesi nezdinde cezayı kesen idare aleyhine dava açılabilir. Dava açılması söz konusu alacakların tahsil işlemlerini durdurmaz...*” kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun’un 578. maddesinin (o) bendi ile 5539 sayılı Kanun’un 21.maddesinin 2 ve 5 fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 578.maddesi (o) bendi ile getirilen değişiklik 5539 sayılı Kanun'un 21. maddesinin 2. ve 5. fıkraları yürürlükten kaldırıldığından ve 5539 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu kanun metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 5539 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir.

53. 4915 Sayılı Kara Avcılığı Kanunu

Bu Kanun'un 30. maddesinde: *"Bu Kanuna göre verilecek idari para ... cezalara karşı, tebellüğ tarihinden itibaren yedi gün içinde, idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. Bu konuda idare mahkemelerince verilen kararlar kesindir..."* kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 578. maddesinin (pp) bendi ile 4915 sayılı Kanun'un 30 maddesinin 2 ve 3 fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 578. maddesinin (pp) bendi ile 4915 sayılı Kanun'un 30 maddesinin 2 ve 3 fıkraları yürürlükten kaldırıldığından ve 4915 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu kanun metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 4915 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

54. 1479 Sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu

Bu Kanun'un 80. maddesinde: *"... sigortalılar, gerekçesini belirtmek suretiyle para cezasına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Kuruma itiraz edebilirler. İtiraz takibi durdurur. Kurum en geç otuz gün içinde itirazı inceler ve karara bağlar. Kurum tarafından itirazın reddedilmesi halinde, sigortalılar red kararının kendilerine tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler. Mahkemeye başvurulması cezanın takip ve tahsilini durdurmaz..."* kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 344. maddesi ile getirilen değişiklik 1479 sayılı Kanun'un 80. maddesi şu şekli almıştır: *"Bu Kanunun 26 ncı maddesinde belirtilen tescil ve sigortalılığın sona ermesi ile ilgili yükümlülüğe uyma-*

yan sigortalılara Kurumca ellibeş Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bir başkasına ait sağlık kartını veya kartını kullanan, kendisine ait sağlık kartını veya kartını bir başkasına kullandıran ya da bu fiillere iştirak eden kişiler, Kurumca yapılan sağlık giderlerinden kanunî faiziyle birlikte iki katı olarak müştereken ve müteselsilen sorumlu olup; haklarında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılmak üzere işlem yapılır.”

Buna göre, 5728 sayılı Kanun’un 344.maddesi ile getirilen değişiklik 1479 sayılı Kanun’un 80. maddesi değiştirildiğinden ve 1479 sayılı Kanun’a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 1479 sayılı Kanun’a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

55. 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun

Bu Kanun’un 30. maddesinde: “...Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir...” kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun’un 150. maddesi ile getirilen değişiklikle 5953 sayılı Kanun’un 30. maddesi şu şekli almıştır: “Bu Kanununun 25 inci maddesi hükmüne aykırı hareket eden işverene iki bin beş yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları, o yerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürü tarafından verilir.”

Buna göre, 5728 sayılı Kanun’un 150. maddesi ile getirilen değişiklikle 5953 sayılı Kanun’un 30. maddesi değiştirildiğinden ve 5953 sayılı Kanun’a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 5953 sayılı Kanun’a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

56. 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

Bu Kanun’un Ek 10. maddesinde: “...Bu para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir.

İtiraz üzerine işlemler durmaz. Mahkemenin itiraz üzerine verdiği kararlar kesindir...” kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun’un 146. maddesi ile getirilen değişiklikle 5846 sayılı Kanun’un Ek 10. maddesi şu şekli almıştır: “Aşağıda belirtilen hâllerde idarî para cezası uygulanır: 1. 44 üncü madde gereğince alınması zorunlu sertifikaları almaksızın faaliyet gösteren kişi mahallî mülkî amir tarafından on bin Türk Lirasından otuz bin Türk Lirasına kadar idarî para cezasıyla cezalandırılır. İlgili tüzel kişi hakkında verilecek idarî para cezasının üst sınırı elli bin Türk Lirasıdır. 2. Ek 5 inci madde hükümlerine aykırı olarak derlenmesi gereken eserleri süresi içinde vermeyen kişi Kültür ve Turizm Bakanlığının telif haklarının korunmasıyla ilgili biriminin amiri tarafından bin Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar idarî para cezasıyla cezalandırılır. Bu madde hükümlerine göre verilen idarî para cezalarından tahsil edilen miktarın yüzde ellisi Kültür ve Turizm Bakanlığının hesabına aktarılır.”

Buna göre, 5728 sayılı Kanun’un 146. maddesi ile getirilen değişiklikle 5846 sayılı Kanun’un Ek 10. maddesi değiştirildiğinden ve 5846 sayılı Kanun’a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu madde metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 5846 sayılı Kanun’a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

57. 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanunu

Bu Kanun’un 35. maddesinde: “...Para cezalarına ilişkin Bakanlık kararına ve diğer cezalara karşı, belgeli işletmenin bulunduğu çevresindeki idare mahkemesi nezdinde iptal davası açılabilir.” kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun’un 578. maddesi (ff) bendi ile 2634 sayılı Kanun’un bu maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

Buna göre, 5728 sayılı Kanun’un 578 maddesi (ff) bendi ile 2634 sayılı Kanun’un 35. maddesi yürürlükten kaldırıldığından ve 5846 sayılı Kanun’a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu kanun metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 5846 sayılı Kanun’a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

58. 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanunu

Bu Kanun'un 59. maddesinde: *"Bu Kanuna göre verilen ceza kararları 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. İdarî yargı mercilerine yapılacak müracaat, para cezalarının yürütülmesini durdurmaz."* kuralı hükme bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun'un 578. maddesi (zz) bendi ile 5302 sayılı Kanun'un bu maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

Buna göre, 5728 sayılı Kanun'un 578. maddesi (zz) bendi ile 5302 sayılı Kanun'un 59. maddesi yürürlükten kaldırıldığından ve 5302 sayılı Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı görevli mahkemenin idare mahkemeleri olduğu kanun metninden çıkartıldığından, yukarıda aktarılan durum gereğince 5302 sayılı Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir.

III. 5728 SAYILI YASADA YER ALAN VE İDARİ YARGININ GÖREVLİ OLDUĞU VURGULANAN YASALAR

1. 4634 Sayılı Şeker Kanunu

Bu Kanun'un idarî para cezalarını düzenleyen 11. maddesinin 10. fıkrasında *"İdari para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içerisinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. Yapılacak itirazları idari para cezalarının yerine getirilmesini durdurmaz"* hükmüne yer verilmişken, 5728 sayılı Kanun'un 578. maddesinin ile 4634 sayılı Kanun'un 11 maddesinin 9 ve 11. fıkraları yürürlükten kaldırılmış ve 490. maddesi ile, aynı maddenin 10. fıkrası ise şu şekilde değiştirilmiştir. *"İdarî para cezaları dahil, Kurul tarafından alınan bütün kararlara karşı açılan iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar."* Yapılan bu değişiklikle birlikte, itiraz için başvuru yeri idare mahkemesi yerine başka bir idarî yargı birimi olan Danıştay olarak değiştirilmiştir.

2. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

Bu Kanun'un 55 maddesinde Kurul kararlarına karşı Danıştay'a Başvuru yapılabileceği hükme bağlanmış iken, 5728 sayılı Kanun'un 474. maddesiyle 55 madde hükmünde, *"Kurulun nihai kararlarına, tedbir*

kararlarına ve idarî para cezalarına ilişkin kararlarına karşı iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür. Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve idarî para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz." hükmüne yer verilmiş ve Danıştay'ın bu davalarda görevli ve yetkili olduğu vurgulanmıştır.

3. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

Bu Kanun'un 26 maddesi 2 fıkrasında, "Bu Kanunda düzenlenen her türlü para cezası, idari niteliktedir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz ve zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılır. İtiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararlar kesindir." hükmüne yer verilmiş iken, 5728 sayılı Kanun'un 477. maddesiyle birlikte "Bu Kanun hükümlerine göre verilen idarî yaptırım kararlarına karşı 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulur. Ancak, idare mahkemesinde dava, işlemin tebliği tarihinden itibaren on beş gün içinde açılır. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz" şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre, idare mahkemeleri görevli ve yetkili mahkeme olarak belirtilmiş ve bu arada açılacak davaların ise 2577 sayılı Kanun'a tabii olduğu ifade edilmiş ve itiraz süresi de 7 günden 15 güne çıkarılmıştır.

4. 4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu

Bu Kanun'un 12 maddesinde, Kurul kararlarına karşı açılacak davaların Danıştay'da görüleceği hükme bağlanmış iken, 5728 sayılı Kanun'un 480. maddesiyle madde şekli almıştır: "İdari para cezaları dahil, Kurul tarafından alınan bütün kararlara karşı açılan iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar." Buna göre, Danıştay'ın görev ve yetkisi 5728 sayılı Kanun ile de vurgulanmaktadır.

5. 4646 Sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu

Bu Kanun'un 10. maddesinin 3 fıkrasında, "Kurul kararına karşı açılacak davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür. Danıştay,

Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar.” hükmüne yer verilmiş iken, 5728 sayılı Kanun’un 492 maddesinde yapılan değişiklikle bu fıkra hükmü, “İdarî para cezaları dahil, Kurul tarafından alınan bütün kararlara karşı açılan iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar.” denmiştir. Burada da Danıştay’ın bu davalarda görev ve yetkisi vurgulanmıştır.

6. 5015 Sayılı Petrol Piyasası Kanunu

Bu Kanun’un 19 maddesinde idârî para cezaları konusu düzenlenmiş olmakla birlikte, bu cezalara karşı başvurulacak yargı yeri konusunda bir hükme yer verilmemiştir. 5728 sayılı Kanun’un 522 maddesiyle getirilen değişiklikle birlikte 19 maddenin son fıkrasında, *“Kurul tarafından verilen idarî para cezalarına karşı açılan iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar.”* kuralına yer verilmiştir. Danıştay’a başvuru yapılması gerektiği açıkça vurgulanmıştır.

Aynı Kanun’un 21 maddesinde ise, *“Kurul, resen veya kendisine intikal eden ihbar veya şikayetler üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için ön araştırma yapılmasına karar verir. Ön araştırma ve soruşturmada takip edilecek usul ve esaslar, Kurum tarafından yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenlenir. Kurul kararına karşı açılacak davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar.”* hükmünde her hangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Burada aslında bir tekrar da oluşmuştur. Burada da Danıştay’ın görevli ve yetkili olduğu vurgulanmıştır.

7. 5307 Sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Bu Kanun’un 18. maddesinin son fıkrasında, *“Kurul kararlarına karşı açılacak davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar.”* hükmüne yer verilmiş iken 5728 sayılı Kanun’un 571. maddesiyle, *“İdarî para cezaları dahil Kurul tarafından alınan bütün kararlara karşı açılan iptal*

davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar.” şeklinde değiştirmiş ve Danıştay'ın görev ve yetkili olduğu vurgulanmıştır.

IV. 5728 SAYILI KANUN'UN 4854 SAYILI KANUN ÜZERİNDE ETKİSİ

06 Mayıs 2003 günlü ve 25100 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4854 sayılı Bazı Kanunlardaki Cezaların İdari Para Cezasına Dönüştürülmesine Dair Kanun ile birlikte bazı kanunlarda² suç

-
- ² 1. 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanun, 2. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, 3. 927 sayılı Sıcak ve Soğuk Maden Sularının İstismarı ile Kaplıcalar Tesisatı Hakkında Kanun, 4. 984 sayılı Ecza Ticarethaneleriyle Sanat ve Ziraat İşlerinde Kullanılan Zehirli ve Müessir Kimyevi Maddelerin Satıldığı Dükkanlara Mahsus Kanun, 5. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu, 6. 14.05.1928 tarihli ve 1262 sayılı İşperçiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu, 7. 1593 sayılı Umumi Hıfzıshıha Kanunu, 8. 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu, 9. 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun, 10. 3670 sayılı Milli Piyango Teşkiline Dair Kanun, 11. 3958 sayılı Gözlükçülük Hakkında Kanun, 12. 5584 sayılı Posta Kanunu, 13. 5683 sayılı Yabancıların Türkiye' de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, 14. 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu, 15. 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun, 16. 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu, 17.6301 sayılı Öğle Dinlenmesi Kanunu, 18.6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına Türk Veteriner Birliği ve Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun, 19. 6948 sayılı Sanayi Sicili Kanunu, 20. 7126 sayılı Sivil Savunma Kanunu, 21. 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun, 22. 7472 sayılı Ziraat Yüksek Mühendisliği Hakkında Kanun, 23. 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun, 24. 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu, 25. 308 sayılı Tohumlukların Tescil, Kontrol ve Sertifikasyonu Hakkında Kanun, 26. 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 27. 1593 sayılı Erişme Kontrollü Karayolları Kanunu, 28. 1734 sayılı Yeni Yem Kanunu, 29. 2841 sayılı Zorunlu İlköğretim Çağı Dışında Kalmış Okuma Yazma Bilmeyen Vatandaşların, Okur-Yazar Duruma Getirilmesi veya Bunlara İlkokul Düzeyinde Eğitim-Öğretim Yapılması Hakkında Kanun, 30. 2844 sayılı Fındık Üretiminin Planlanması ve Dikim Alanlarının Belirlenmesi Hakkında Kanun, 31. 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu, 32.2866 sayılı Öğrencilerle İlgili Bazı Basılı Evrakın Milli Eğitim Bakanlığınca Hazırlanması, Bastırılması ve Satılması Hakkında Kanun, 33. 2908 sayılı Dernekler Kanunu, 34. 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, 35. 3092 sayılı Çay Kanunu, 36. 3224 sayılı Türk Dış Hekimleri Birliği Kanunu, 37. 3285 sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu, 38. 815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcrayı San'at ve Ticaret Hakkında Kanun,39. 992 sayılı Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teammüller Aranılan Umuma

olarak nitelendirilen bazı fiillerin karşılığı olarak öngörölmüş olan ağır para cezaları, hafif para cezaları, hapis cezaları idari para cezalarına dönüştürölmüş ve bu idari para cezalarının birçoğuna karşı açılacak davalarda yargı yeri olarak yetkili idare mahkemeleri gösterilmiştir.³

Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanun, 40. 2527 sayılı Basma Yazı ve Resimleri Derleme Kanun, 41.2903 sayılı Pamuk Islahı Kanunu, 42. 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, Bkz Demirkol / Selami, İdari Yargının Görev Alanının Genişlemesi Yolunda Somut Adımlar, *Adalet Dergisi*, Sayı:15.

- ³ **4854 Sayılı Kanun Madde 5:** "Telgraf ve Telefon Kanununun 28 inci, Sıcak ve Soğuk Maden Sularının İstisnaları ile Kaplıcalar Tesisi Hakkında Kanunun ek 2 nci, Ecza Ticarethaneleriyle Sanat ve Ziraat İşlerinde Kullanılan Zehirli ve Müesir Kimyevi Maddelerin Satıldığı Dükkanlara Mahsus Kanunun 21 inci, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70 inci, İspençiyarı ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun 20 nci, Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 294 üncü, Hususi Hastaneler Kanununun 45 inci, Basma Yazı ve Resimleri Derleme Kanununun 10 uncu, Pamuk Islahı Kanununun 7 nci, Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanunun 13 üncü, Milli Piyango Teşkiline Dair Kanunun 13 üncü, Gözlükçülük Hakkında Kanunun 16 ncı, Posta Kanununun 59 uncu, Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanunun 24 üncü, Türk Tabipleri Birliği Kanununun ek 1 inci, Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanunun 45 inci, Hemsirelik Kanununun 11 inci, Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekköl Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanunun 72 nci, Sanayi Sicili Kanununun 11 inci, Sivil Savunma Kanununun 53 üncü, Sıtmanın İmhası Hakkında Kanunun 19 uncu, Ziraat Yüksek Mühendisliği Hakkında Kanunun 4 üncü, Yeraltı Suları Hakkında Kanunun 18 inci, İlköğretim ve Eğitim Kanununun 59 uncu, Tohumlukların Tescil, Kontrol ve Sertifikasyonu Hakkında Kanunun 14 üncü, Erişme Kontrollü Karayolları Kanununun 12 nci, Yem Kanununun 15 inci, Zorunlu İlköğrenim Çağı Dışında Kalmış Okuma-Yazma Bilmeyen Vatandaşların, Okur-Yazar Duruma Getirilmesi veya Bunlara İlkokul Düzeyinde Eğitim-Öğretim Yapılması Hakkında Kanunun 12 nci, Fındık Üretiminin Planlanması ve Dikim Alanlarının Belirlenmesi Hakkında Kanunun 7 nci, Öğrencilerle İlgili Bazı Basılı Evrakın Milli Eğitim Bakanlığınca Hazırlanması, Bastırılması ve Satılması Hakkında Kanunun 5 inci, Dernekler Kanununun 87 nci, Çay Kanununun 2 nci, Türk Dış Hekimleri Birliği Kanununun 46 ncı ve Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanununun 56 ncı maddelerine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.: Bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin en büyük mülki amiri tarafından verilir. Verilen idari para cezalarına dair kararlar ilgililere 11/02/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir. İtiraz, zaruret görölmeyen halde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılır. Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları 21/07/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunur."

Ancak 5728 sayılı Kanun ile birlikte bu idârî para cezalarından birçoğuna karşı açılacak davaların yeniden adli yargı yeri olan sulh ceza mahkemesinde görüleceği şeklinde düzenleme yoluna gidilmiştir. 5728 sayılı Kanun ile birlikte geçmişe dönüş söz konusu olmuştur. Burada yasa koyucunun amacının bu idârî para cezalarına karşı açılan davaların idârî yargı yerlerinde çözümünün adli yargı yerleri olan sulh ceza mahkemesine göre daha uzun sürmesinden kaynaklanmış olabilir.

SONUÇ

5728 sayılı Kanun ile 580 maddede birçok yasa da değişikliğe gidilmiş olup, bu değişikliklerle birlikte mahkemelerin göreceği dava sayısı ile ilgili önemli artış ve azalışlar olacaktır. 5728 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra yukarıda tek tek anlattığımız üzere toplam 58 tane yasa uyarınca verilen idârî para cezalarına karşı açılacak olan davaların görüm ve çözümünden idare mahkemeleri görevli ve yetkili olmaktan çıkartılmıştır. Mahkemeler açısından bakıldığında bu durumun idare mahkemelerinin iş yükünde bir azalmaya yol açtığı düşünülebilir. Zira yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte birçok dosyada davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir. Bu davaların sulh ceza mahkemelerinde görülmesi gerektiğinden bahisle bu kararlar verilmektedir.

Yürürlükte olan mevzuat uyarınca verilen bu kararlar yerinde ve doğru kararlar olmakla birlikte, idârî para cezalarının idareler tarafından tesis edilmiş olması nedeniyle birer idârî işlem olmaları dolayısıyla da bu cezalara karşı idârî yargı yerlerinde dava açılması gerektiği de açıktır. Nitekim bu düşünceden hareketle Türkiye'de bazı idârî yargı yerlerince 5236 sayılı Kanun'un 3. maddesinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi tarafından verilecek olan karara göre 5728 sayılı Kanun'un uygulanma alanı daha net olarak ortaya çıkacaktır.

Ayrıca bu idârî para cezalarına karşı idârî yargı yerlerinde açılan davalarda, 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin iptali için ilgili mahkemelerce de Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılabilir. Bu takdirde de Anayasa Mahkemesi'nce sadece başvuru yapılan kanun hakkında inceleme yapılacaktır.

5728 sayılı Kanun ile aslında 4854 sayılı Kanun ile genişletilen idârî yargının görev alanı yeniden daraltılmış ve bu cezalara karşı adli yargı yoluna gidilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Çalışmamız 580 maddenin tek tek incelenmesi sonucu ortaya çıkmış olup, idârî yargının görev alanı ile ilgili tüm değişiklikler tek tek ortaya konulmuştur. Bu açıdan da uygulama açısından çok yararlı bir eser olmuştur.

DENETİMLİ SERBESTLİK HİZMETLERİNDE SİVİL TOPLUM DESTEĞİ

Vehbi Kadri KAMER*
Duygu ALTUN**

I. GİRİŞ

Ceza infaz sisteminde, gönüllü çalışmaların ayrı bir önemi bulunmaktadır. Bu kapsamda 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 102. maddesinde, hükümlülerin ceza infaz kurumundan salıverilmelerinden önce veya salıverilmelerinden sonra kişisel zorluklarını aşmalarını, iyileştirilmelerini ve dışarıdaki yaşama uyumlarını sağlamak amacıyla gönüllü kişi, kurum ve kuruluşlardan yardım alınabileceği hükme bağlanmıştır. Yine denetimli serbestlik hizmetlerinde gönüllü çalışmalar, 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu'nun 22. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre; denetimli serbestlik yardım ve koruma hizmetlerinde Kanunda belirtilen ilkeler göz önüne alınarak gönüllü kişilerden yararlanılabileceği belirtilmiştir.

Makalede; mukayeseli hukukta denetimli serbestlik hizmetlerinde gönüllü çalışmalar açıklanacak, sonra Ülkemizdeki düzenlemeler belirtilecek ve sonuçta siste ile ilgili değerlendirme yapılacaktır.

II. MUKAYESELİ HUKUKTA GÖNÜLLÜ ÇALIŞMALAR

Mukayeseli hukukta gönüllü çalışmalar kapsamında; Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Kore ve Singapur'daki uygulamalar açıklanacaktır.

-
- * Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanı.
 - * Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Yalova Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetleri Daire Başkanlığı Psikoloğu.

A. Amerika Birleşik Devletleri'nde Gönüllü Çalışmalar

Amerika Birleşik Devletleri'nde denetimli serbestlik hizmetleri gönüllü çalışmalar ile başlamıştır. Bu Ülkede 3.000'in üzerindeki yarı-
gü bölgesinde binlerce kişi denetimli serbestlik hizmetlerinde gönüllü
olarak çalışmaktadır. Bu sayede denetimli serbestlik hizmetlerindeki
çalışanlar üzerindeki iş yükü azaltılmakta, diğer yandan hükümlülere
etkin rehabilitasyon hizmetleri verilmektedir.¹

Amerika Birleşik Devletleri'nde gönüllü çalışmalar kapsamında;
Kuzey Carolina Denetimli Serbestlik Merkezi, Kaliforniya Fresno De-
netimli Serbestlik Merkezi, Kaliforniya Orange Denetimli Serbestlik
Merkezi ve Arizona Maricopa Denetimli Serbestlik Merkezindeki uy-
gulamalar açıklanacaktır.

1. Kuzey Carolina Denetimli Serbestlik Merkezi'nde Gönüllü Çalışmalar

Kuzey Carolina Denetimli Serbestlik Merkezi; yirmi dört yerel böl-
ge² ve sekiz bürodan sorumludur. Bu merkezde, denetimli serbestlik
görevlileri dışında öğrenciler ve gönüllüler çalışmaktadır.

Öğrenci ve gönüllülerin; psikoloji, hukuk, sosyoloji, sosyal çalış-
ma, ceza adaleti, danışmanlık gibi farklı alanlarda eğitimi bulunmak-
tadır. Bu kişiler için staj programı hazırlanmakta; bu programa en az
bir dönem için haftada en az 20 saatini ayırabilecek, not ortalaması en
az 2.00 olan öğrenciler katılabilmektedir. Mezun öğrenciler de progra-
ma kabul edilebilmektedir.

Program, hem stajyer ya da gönüllülerin tecrübe kazanmalarını ve
teorik bilgilerini birebir denetim altına alınanlar ile denetimli serbest-
lik görevlileriyle iletişim kurarak uygulama şansı bulmalarını hem de
denetimli serbestlik bürolarının stajyer ya da gönüllülerin çalışmalari-
ndan faydalanmasını amaçlamaktadır.

Öğrenciler ve gönüllüler denetimli serbestlik merkezinde;

a. Denetimli serbestlik görevlisinin denetim altına alınan kişiyi zi-

¹ http://www.ncvo-vol.org.uk/uploadedFiles/NCVO/What_we_do/Research/Research_Events/Machin_J_and_%20Ockendon_N_PDF.pdf

² Eyaletten sonraki en büyük idari birim

yaretine ya da diğler saha çalışmalarına eşlik etmekte,

b. Denetimli serbestlik görevlisinin rehberliğinde denetim altına alınan ya da koşullu salıverilen kişilerin denetiminde yardımcı olmakta,

c. Denetimli serbestlik görevlisiyle birlikte duruşmaya katılmakta,

d. Hüküm öncesi rapor düzenlenmesinde yardımcı olmakta,

e. Denetimli serbestlik görevlisinin rehberliğinde yazı hazırlamakta,

f. Değişik vaka yönetimi tekniklerini gözlemlemekte, öğrenmekte ve kullanmakta,

g. Gerektiğinde ev içi eğitim seminerlerine katılmaktadır.

Stajyerin eğitim gördüğü okuldaki danışmanının sömestirde en az bir kez yüz yüze ilgili denetimli serbestlik görevlisiyle görüşmesi, koordinasyon sağlanması ve öğrencinin gereksinimlerindeki değişimlerin öğrenilmesi açısından önemli görülmektedir.

Denetimli serbestlik merkezinde çalışmak isteyenlerin, başvuru formunu internet üzerinden doldurarak koordinatöre göndermeleri gerekmektedir. Staj programı için dönem başlamadan 60 gün önce başvuru yapılmalıdır. Yapılan değerlendirme sonunda belirlenen adaylar görüşmeye çağrılmakta ve geçmiş araştırması yapılmaktadır. Başvurunun kabulü halinde hakim tarafından atanma yapılmakta, davranış kuralları ve gizlilik kuralları anlatılmaktadır.³

2. Kaliforniya Fresno Denetimli Serbestlik Merkezi'nde Gönüllü Çalışmalar

Kaliforniya Fresno Denetimli Serbestlik Merkezi'nde gönüllüler, denetimli serbestlik hizmetlerinin her alanında çalışmaktadır. Halen 200 gönüllü bu merkezde görev yapmaktadır. Gönüllüler; öğrenciler, emekliler ve çalışanlardan oluşmaktadır.

Gönüllü olabilmek için 18 yaşında olmak, geçmiş araştırması olumlu olmak, temiz bir tüberküloz testine sahip olmak gereklidir.

Bu merkezde gönüllüler; İspanyolca-Güneydoğu Asyalı tercüman, gençlere özgü rol modellerinde danışman, dosyalama ve kalem

³ <http://www.ncmp.uscourts.gov/internship.asp>.

hizmetleri için ofis asistanı, duruşma gözlemi, uyuşturucu madde test edilmesi, görüşme, vaka çalışmasında denetimli serbestlik asistanlığı, mağdur ve tanık avukatları için asistanlık gibi görevlerde çalışmaktadır.⁴

3. Kaliforniya Orange Denetimli Serbestlik Merkezi'nde Gönüllü Çalışmalar

Kaliforniya Orange Denetimli Serbestlik Merkezi'nde gönüllü olabilmek için; 21 yaşında olmak, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olmak, geçerli bir Kaliforniya sürücü belgesine sahip olmak, bir yıl süresince haftada en az yirmi saat ayırabilmek, ağır suç mahkumiyetine ya da geçmişine sahip olmamak, geçmiş araştırmasını ve psikolojik değerlendirmeyi geçmek gerekmektedir.

Bu merkezde gönüllüler; genç ve yetişkinlerin denetimine katılmak, iş, ev ve ceza infaz kurumu ziyaretlerine katılmak, telefonla uyum kontrolleri yapmak, mağdurla iletişim kurmak ve karşılıklı bilgilendirme yapmak, denetim altına alınan kişilerin yerleşim yerlerinin ve iş yerlerinin doğrulamasını yapmak, uyuşturucu tedavisi programlarında bulunan gençlerle çalışmaktadır.

Denetimli serbestlik merkezinde çalışmak isteyenlerin, Gönüllü Denetimli Serbestlik Görevlisi Koordinatörüyle iletişim kurması ya da internet üzerinden kişisel ve iletişim bilgilerini merkeze göndermesi gerekmektedir. Başvurusu kabul edilen gönüllü; "*Gönüllü Denetimli Serbestlik Görevlisi Programında*" otuz altı saatlik bir teorik eğitim ile bu merkezin iki çocuk biriminde yirmi dört saatlik pratik eğitimden sonra çalışmaya başlamaktadır.⁵

3. Arizona Maricopa Denetimli Serbestlik Merkezi'nde Gönüllü Çalışmalar

Arizona Maricopa Denetimli Serbestlik Merkezi'nde "*Gönüllülük Programı*" 1990'ların ortalarında, gönüllü kişilerin "*Kamu Adaleti Komitelerinde*" çalışmaya başladıkları zaman oluşturulmuştur.

⁴ www.co.fresno.ca.us/departmentPage.aspx?id=12729.

⁵ <http://www.ocgov.com/Probation/programs/vpo.asp>

“Kamu Adaleti Komiteleri” hafif suçlardan hüküm almış gençlerle çalışan gönüllü kişilerden oluşan kuruluşlardır. Bu programın temel amacı, hafif suçlardan hüküm giymiş gençlerin gençlik mahkemelerince gönüllü kişilerin çalıştığı kuruluşa yönlendirilmesidir. Maricopa’da 400 gönüllü ve 40 komite bulunmaktadır.

Bu merkezde gönüllüler; denetimli serbestlik görevlisinin rehberliğinde çocuklarla ilgilenmekte, rapor yazmakta, telefonla ya da kişisel takipte bulunmakta ve duruşmalara katılmaktadır.

Denetimli serbestlik merkezinde çalışmak isteyenler yazılı başvuruda bulunmakta, gönüllü ile görüşme yapılmakta, referanslar incelenmekte, geçmiş kontrolü yapılmakta, parmak izi alınmaktadır. Çalışması kabul edilen gönüllülere eğitim verilmektedir.⁶

B. İngiltere’de Gönüllü Çalışmalar

İngiltere’de ceza infaz kurumlarında ve denetimli serbestlik merkezlerinde gönüllüler çalışabilmektedir. Bu ülkede 2003 yılında ceza infaz kurumlarında 6.000 gönüllünün çalıştığı belirlenmiştir. Bu sayının dışında İngiltere’de bulunan ceza infaz kurumlarını ziyaret eden “Bağımsız Gözlem Kurulları’nda” 2005 yılında 1.800 kişinin gönüllü çalıştığı görülmektedir. İngiltere’de hükümlüler de gönüllü olabilmekte, 2002 yılında yapılan bir araştırmada hükümlülerin %7’sinin aynı zamanda gönüllü olduğu belirlenmiştir. Bu kapsamda hükümlü, yeni gelen hükümlülere destek vermektedir.⁷

1. Durham Denetimli Serbestlik Merkezi’nde Gönüllü Çalışmalar

Durham Denetimli Serbestlik Merkezi’nde gönüllü çalışmalar çeşitli alanlarda gerçekleşmektedir. Gönüllüler; mahkeme sürecinde, ceza infaz kurumlarında, denetimli serbestlik merkezlerinde çalışmaktadır.

⁶ <http://www.superiorcourt.maricopa.gov/JuvenileProbation/Probation/volunteerProgram.asp>

⁷ http://www.ncvo-vol.org.uk/uploadedFiles/NCVO/What_we_do/Research/Research_Events/Machin_J_and_%20Ockendon_N_PDF.pdf

Gönüllüler mahkeme sürecinde; duruşmalara katılmakta, mahkeme sonuçlarının yani kararların alınmasında, adli kontrol tedbiri olarak yargılaması devam eden kişilerin kalacağı yurtlara taşınmalarına, hükümlülere uygulanan müdahale programlarının psikometrik testlerinin yürütülmesinde ve anket çalışmaları yürüterek suçlu davranışla ilgili psikolojik araştırmalara yardımcı olmaktadır.

Ceza infaz kurumunda gönüllüler; salıverilen hükümlüler için yeniden yerleşmede yardımcı olmakta, ceza infaz kurumlarında ziyaret gerçekleştirmekte, ceza infaz kurumundaki hükümlüler için bülten hazırlamakta ve dağıtmakta, yeni salıverilen hükümlülere danışmanlıkta bulunarak toplumla bütünleşmesine yardımcı olmaktadırlar.

Gönüllüler denetimli serbestlik merkezlerinde; denetim altında bulunanlarla grup çalışması yapmakta, psikometrik testlerin uygulanmasında yardımcı olmakta, okuma yazma ve sayı sayma çalışmalarına katılmakta, kayıtların tutulmasında ve hükümlülerin ev ödevlerinin tamamlanmasına yardımcı olmaktadır.⁸

Gönüllü olabilmek için kişide bulunması gereken özellikler; sabırlı, uyum sağlayabilen, kolay erişilebilir, insanlarla iletişimi mükemmel, empati kurabilen, yargılayıcı olmayan, insanlarda değişim yaratmaya meraklı, güvenilir olarak tanımlanmıştır. Yetenek ve bilgi olarak ise gizliliğin farkındalığına sahip, takım çalışmasında yetenekli, sosyal konuların, eşitliğin ve farklılığın farkında olan; ceza adalet sistemiyle ilgili; denetimli serbestlik hizmetlerinin amaçları konusunda bilgi sahibi olmak şeklinde belirtilmiştir.⁹

2. Kuzey Galler Denetimli Serbestlik Merkezi'nde Gönüllü Çalışmalar

Bu merkezde gönüllülük, toplumdaki diğer kişilerin yararına, zaman ve enerjisini maddî beklentisi olmadan harcayan kişi olarak tanımlanmıştır. Burada dikkati çeken gönüllerin denetimli serbestlik sisteminde tamamlayıcı bir rolü olduğu ancak hiçbir zaman kadrolu personelin yerine geçmediğidir.

⁸ http://www.durhamprobation.org.uk/attachments/086_Work%20available.pdf

⁹ http://www.durhamprobation.org.uk/attachments/086_Requirements.pdf

Gönüllüler denetimli serbestlik merkezlerinde; genel destek, danışmanlık, bütçeleme, yaşam tarzı, pro-sosyal modelleme gibi sosyal yetenek çalışmalarına katılmakta, aile desteği, hükümlülerin aileleri ve yerleşim konularında destek sağlamakta, kişisel gelişim, okur-yazarlık, sayı sayabilme gibi konularda öğrenme, staj, eğitim ve işe erişim, boş zamanın yapıcı şekilde kullanımı, meslek edinme konularında yardım olmakta, denetimli serbestlik görevlisinin rehberliğinde ev ziyaretleri gerçekleştirmekte, düşük riskli hükümlülere destek sağlamakta, ofis hizmetlerinde yardımcı olmakta, akredite edilmiş müdahale programlarında ve madde kötüye kullanımı programlarında destek sağlamakta, denetimli serbestlik görevlileri ile birlikte yüksek riskli hükümlülerle çalışmakta, mağdurla iletişimin devam ettirilmesi konusunda çalışmakta, ücretsiz çalışma cezasının yerine getirilebilmesi için yerel yönetimlerle koordinasyonunun sağlanması için çalışmalar yürütülmektedir.

Gönüllü olabilmek için gönüllü koordinatörü ve denetimli serbestlik merkezi tarafından adaylar arasından seçim yapılmakta ve başvurusu kabul edilen adaylar eğitime alınmaktadır.

Gönüllü çalışmalar sırasında, gönüllüden kendi aracını kullanması istenebilmekte, ancak aracın iş amaçlı kullanıma yönelik sigortasının bulunması gerekli görülmektedir.

Gönüllerin ödedikleri yol masrafları ve diğer önemli harcamaları karşılanmaktadır. Harcama miktarı, denetimli serbestlik merkezi tarafından belirlenmekte ve zaman zaman gözden geçirilmektedir.

Bütün gönüllüler sağlık ve güvenlik politikasına uymakla yükümlüdür ve her zaman kendilerinin ve diğerlerinin güvenliğini korumakla yükümlüdür.¹⁰

3. Devon ve Cornwall Denetimli Serbestlik Merkezi'nde Gönüllü Çalışmalar

¹⁰ <http://www.northwalesprobation.gov.uk/magnoliaPublic/en/careers/volunteer.html>

Devon ve Cornwall Denetimli Serbestlik Merkezi'nde gönüllü çalışmalar yirmi beş yıl önce başlamıştır. Bu merkezde 100 gönüllü çalışmaktadır. Gönüllü bir saatten bir yılı aşan sürelerle denetimli serbestlik merkezinde çalışmaktadır. Ayrıca Devon ve Cornwall Denetimli Serbestlik Merkezi'nde her yıl gönüllüler tarafından 5000 saatlik çalışma gerçekleştirilmektedir.

Gönüllüler denetimli serbestlik merkezlerinde; denetim altına alınan kişilerin hastane, klinik ya da duruşma randevularına eşlik etmekte, grup çalışmalarına katılmaları için ulaşımını sağlamakta, akıl sağlığı sorunları yaşayan ya da madde bağımlısı olan kişilere destek olmayı içeren çalışmalarda destek ve danışmanlık çalışmaları yapmaktadır.

Gönüller hakkında geçmiş araştırması yapılmakta ve kırk saatlik denetimli serbestlik gönüllülük başlangıç eğitimini başarılı bir şekilde tamamlamaları gerekmektedir. Gönüllerin Devon ve Cornwall Denetimli Serbestlik Merkezi Davranış Kurallarına uymaları gerekmektedir.

Gönüllü çalışanların birçoğunun kadrolu olarak denetimli serbestlik merkezinde çalıştığı görülmektedir.¹¹

C. Singapur'da Gönüllü Çalışmalar

Singapur'da "*Kamu Denetimli Serbestlik Hizmetleri*" Temmuz 1971'de kurulmuştur. Bu kurumda 350'den fazla gönüllü çalışmaktadır.

Gönüllüler denetimli serbestlik merkezlerinde; denetim altına alınanlar için grup çalışması yapmakta, bu kişilerin ebeveynleri için ebeveyn atölye çalışmaları gerçekleştirmekte, denetim altına alınan kişiye rehberlik etmekte ve ailelerine danışmanlık yapmakta, sosyal araştırmaları yapmakta ve hüküm öncesi rapor düzenlemekte, kamu hizmeti çalışma projelerini planlamakta ve süpervize etmektedir.

İngiltere'de olduğu gibi Singapur'da da gönüllü koordinatörleri söz konusudur. İyi bir koordinatörün insanlarla çalışmaktan hoşlanması; esnek ve uyum sağlayabilen bir yapıya sahip olması; gönüllülerin ihtiyaçlarına duyarlı olması; diğerleriyle iletişiminin iyi olması;

¹¹ <http://www.devonjobs.gov.uk/probation/cat.asp?cat=150>

çeşitli ve gönüllülük fırsatlarını düşünebilecek şekilde yaratıcı olması; gerektiğinde kibarca ve ciddi bir şekilde hayır diyebilmesi; gönüllülerle iş birliği içinde çalışmasını sağlayacak takım ruhuna ve gönüllülerdeki gönüllüğü ortaya çıkaracak coşkuya sahip olması; gönüllüler devamsızlık yaptığında, hataları olduğunda sabırlı davranabilecek olması gerekli görülmektedir.

Koordinatörün görevleri arasında iş için en iyi kişiyi alma; potansiyel gönüllülerle görüşme yapma; uygunlukları için gönüllüleri gözlemleme; gönüllüleri işe, kuruma ya da programa yönlendirme; gönüllüleri eğitme ve geliştirme; gönüllülere destek olma; gönüllülerin kendi aralarında ve personelle bağ kurmalarına yardımcı olma; gönüllüleri motive etme; ağlayacakları geniş omuzlar sunma; geri bildirim alma ve sunma; çabalarını görme ve takdir etme; artık yapıcı olmadıklarında gönüllüleri yeniden yönlendirme ya da son verme; gönüllülük programını gözden geçirip değerlendirerek ihtiyaçları belirleme yer almaktadır.

Gönüllüler işe alınmadan önce; gönüllüye ihtiyaç duyulan alanlar, ihtiyaç duyulan zaman aralığı ve gerekli beceriler belirlenmektedir.

Gönüllü yerleştirme programı dokuz ayrı konuyu içermektedir. Bunlar;

a. Planlama; denetimli serbestlik hizmetlerine gönüllünün alım şekli, gönüllülerin ayırması gereken zaman, gönüllülerin bu çalışmadan elde edecekleri yarar belirlenmektedir.

b. Dikkat Çekme; gönüllülerin denetimli serbestlik hizmetlerine dikkatlerinin çekilme şekli belirlenmektedir.

c. Oryantasyon; gönüllülerin yapacakları çalışmalara yönelik oryantasyon programı düzenlenmektedir.

d. Eğitim ve Gelişim; ilgili ve istekli gönüllere kariyer sunmak amacıyla çalışma yapılmasıdır.

e. Rehberlik; gönüllülerin tek başlarına hangi hizmetleri yapabileceklerinin belirlenmesi ve bu konuda kendilerine rehberlik hizmeti sunulmasıdır.

f. Gözden geçirme ve destek; belirli aralıklarla gönüllülerin performansının gözden geçirilmesidir.

g. Motivasyon; gönüllülerin katılımıyla verilen hizmetlerin nasıl güçlendiğinin gönüllülere anlatılmasıdır.

h. Kabul; yöneticiler tarafından gönüllülerin resmi şekilde kabul edilmesi, yıllık gönüllü takdir programı hazırlanması ve töreni düzenlenmesidir.

1. Sona Erdirme; gönüllülerden ayrılmak isteyenlere ayrılacakları söylenmesi, çalışmalarından memnun olunmaması nedeniyle ayrılanların ayrılma nedeninin araştırılarak bu nedenin ortadan kaldırılmasına yönelik çalışılması, denetimli serbestlik hizmetlerinde yeterli katkıyı sağlayamayan gönüllülerin uygun oldukları kurumlara yönlendirilmesidir.¹²

D. Kore’de Gönüllü Çalışmalar

Tarihsel süreç içinde Kore’de gönüllü çalışmalara bakıldığında üç farklı gönüllü grubun olduğu görülmektedir. Bunlar; 1961’de kurulan Rehabilitasyon Yardım Komitesi, 1981’de kurulan Gençlere Özgü Rehberlik Komitesi ve 1989’da kurulan Koruma Komitesidir. 1996 yılında bu üç gönüllü kuruluşu birleşerek “Suç Önleme Gönüllü Komitesi” kurulmuştur. Denetimli serbestlik görevlileri de bu komitenin üyesidir.

Kore Ceza Kanunu, denetimli serbestliğin amaçlarını

- a. Sistematik bir halk desteği ile yeniden suç işlemeyi önlemek,
- b. Suçlunun topluma geri dönüşünü desteklemek
- c. Suç önleme çalışmalarını geliştirmek

olarak belirlemiştir.

Suç işlemenin önlenmesi ve suçlunun topluma kazandırılması, denetimli serbestliğin amacı olduğundan bu işin devlet ile halkın birlikte katılımıyla başarılacağı düşünülmektedir.

Denetimli serbestlik yönetmeliğinde denetim görevlisinin görevleri;

- a. Toplumda suç önleme aktiviteleri geliştirmek,
- b. Suçluya rehberlik hizmetinde bulunmak,

¹² http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no61/ch11.pdf,

c. İş ve finansal yardım konusunda asiste etmek,

d. Adalet Bakanlığı tarafından belirtilen diğer hususlara uymak olarak tanımlanmıştır.

Kore’de 1989’da gençlere özgü denetimli serbestlik sisteminin tanıtılmasının ardından sivil gönüllüler denetimli serbestlik görevlilerine suçlu rehabilitasyonu çalışmalarında yardımcı olmaya başlamışlardır.

Bu ülkede denetimli serbestlik sistemi kurulduktan sonra personel alımında yeterli sayıya ulaşamamıştır. Denetimli serbestlik görevlisi sayısı 125 iken denetim altına alınan kişi sayısı 140.000’i aşması üzerine denetimli serbestlik sistemine gönüllü çalışmaların katkısının alınması gerektiği ortaya çıkmıştır. Gönüllülerin sivil olmalarının da etkisiyle suçluların ailelerine daha rahat bir şekilde yaklaşabilmeleri, gönüllülerin denetimli serbestlik görevlilerine göre daha sabit yerleşime sahip olmaları gibi konular bu durumu önemli hale getirmiştir.

Gönüllü çalışan olabilmek için; karakter ve davranışları sosyal olarak güvenilir olmak, sosyal hizmetler için tutkulu bir yaklaşım sahip bulunmak, sağlıklı ve aktif olmak, Devlet Resmi İşe Alım Yönetmeliği’ndeki uygunsuzluk kriterine tabi olmamaktır.

Gönüllü çalışanın görevine son verilmesi için; kendisine verilmiş görevleri reddetmesi, çalışmalarından fayda elde edilememesi veya görevini kötüye kullanması yeterli görülmektedir.

Kore’de gönüllü olmak için bir yaş sınırı bulunmamakta, ancak 30 yaş ve üstünde olmak tercih sebebi olmaktadır. Gönüllüler üç yıl için atanmakta ve atama yenilenebilmektedir.

Adalet Bakanı tarafından gönüllü komitesinin üyeleri atanmaktadır ancak bu atama yetkisini Bakan başsavcıya da verebilmektedir.

Gönüllü çalışanın görevleri; toplumda suç önleme aktivitelerine katılmak, suçlulara rehberlik etmek, suçlulara iş bulma ve finansal yardım konusunda yardımcı olmak ve Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen diğer hususlara uymaktadır.

III. Ülkemizde Gönüllü Çalışmalar

Ülkemizde denetimli serbestlik hizmetlerinde toplumun desteğinin alınmasına özel önem verilmiş ve gönüllü çalışanların de-

netimli serbestlik sisteminde görev alabilmesi için 5402 sayılı Dene-
timli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu
ile Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları
Yönetmeliği'nde özel düzenlemeler yapılarak kurumsal bir yapı oluş-
turulmuştur.

A. Gönüllü Çalışan Olabilmek İçin Aranılan Koşullar

Anılan Yönetmelik, gönüllü çalışan olabilmek için üç koşulun
bulunması gerektiğini belirtmiştir. Bunlar;

- a. Türk vatandaşı olmak,
- b. Başvuru tarihinde yirmi bir yaşını doldurmuş bulunmak,
- c. Yüz kızartıcı bir suçtan hükümlü olmamaktır.

Bu koşulları taşıyan kişiler bir dilekçe ile şube müdürlüğüne
başvurması gerekmektedir. Başvuruya;

- a. Yerleşim yeri belgesi,
- b. İyi hal belgesi,
- c. Gönüllü başvuru formunun eklenmesi

gerekmektedir.

Başvurular Cumhuriyet savcısı tarafından değerlendirilmekte
ve Cumhuriyet başsavcısının onayına sunulmaktadır.

B. Gönüllü Çalışmanın Usul ve Esasları

Başvurusu kabul edilen gönüllülerin çalışma programı şube
müdürlüğü tarafından hazırlanmakta ve gönüllüye bildirilmektedir.
Gönüllülerin çalışmaları, şube müdürünün görevlendireceği bir uzman
rehberliğinde gerçekleştirilmektedir. Ancak gönüllünün çalışacağı alan
belirlenirken gönüllünün bilgisi, becerisi ve ilgi alanı göz önünde bu-
lundurulmaktadır.

C. Gönüllü Çalışmanın Sona Ermesi

Gönüllü çalışmanın sona ermesi, şube müdürünün belirlediği

kurallara ve çalışma programına uyulmaması halinde gönüllü çalışana yazılı uyarı yapılmakta, uyarıya rağmen kurallara ve çalışma programına uyulmaması halinde şube müdürü tarafından gönüllü çalışanın görevine son verilmektedir.

D. Değerlendirme

Denetimli serbestlik sisteminde gönüllü çalışmalar ile ilgili üç yıllık uygulamalara bakıldığında;

a. 134 şube müdürlüğünden 11'inde gönüllü çalışanın bulunduğu,

b. Bugüne kadar 42 gönüllü çalışanın şubelerde görev yaptığı, bugün itibariyle 36 gönüllü çalışanın bulunduğu,

c. Gönüllüler ile yapılan çalışmalarda; çalışmadan sorumlu bir personelin belirlendiği, gönüllü çalışana çalışmaları hakkında geri bildirimde bulunulduğu, ayrıca gönüllülerle düzenli toplantı yapıldığı belirlenmiştir.

Diğer ülkelerdeki gönüllü çalışanlarla Ülkemizdeki gönüllü çalışanları kıyasladığımızda Ülkemizdeki gönüllü çalışma uygulamalarının yeterli düzeyde olmadığını görmekteyiz. Bu nedenle gönüllü çalışmalarını Ülkemizde de yaygın hale getirebilmek için gönüllü çalışma konusundaki tanıtım çalışmalarımızı arttırmamız gerektiği değerlendirilmektedir.

Denetimli serbestlik sistemine dahil edilen gönüllü çalışanlar;

a. Çocuk ve yetişkinler hakkında verilen denetimli serbestlik kararlarının infazında yardımcı olmakta,

b. Rehberlik çalışmalarında destek sağlamakta,

c. Koruma kurulu çalışmalarına katılmakta,

d. Çocuklara sosyal model olmakta,

e. Suçtan zarar görenlere yönelik çalışmalara katılmakta,

f. Kalem hizmetlerinde yardımcı olmaktadır.

KAYNAKLAR

- <http://www.ncmp.uscourts.gov/internship.asp>
www.co.fresno.ca.us/departmentPage.aspx?id=12729
<http://www.ocgov.com/Probation/programs/vpo.asp>
<http://www.superiorcourt.maricopa.gov/JuvenileProbation/Probation/volunteerProgram.asp>
<http://www.northwalesprobation.gov.uk/magnoliaPublic/en/careers/volunteer.html>
<http://www.devonjobs.gov.uk/probation/cat.asp?cat=150>
<http://www.probation.justice.gov.uk/files/pdf/Careers%20in%20Probation%202007.pdf>
http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no61/ch11.pdf
http://www.durhamprobation.org.uk/attachments/086_Work%20available.pdf
http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms_all/no61.pdf#page=233
<http://www.durhamprobation.org.uk/attachments>

SERBEST PİYASA DÜZENİ = KRİZ, ÇÖKÜNTÜ VE FELAKET

(ARJANTİN ÖRNEĞİ VE ÇIKARTILACAK DERSLER)

Hasan DURSUN*

Serbest piyasa ekonomisini savunanların fikrine göre, serbest teşebbüsün piyasa düzeneğinin (mekanizmasının) kuralları ve şartları içerisinde çalışabilmesine olanak tanındığı takdirde ekonominin daha verimli çalışması ve kaynak yaratacak gücünün artması sağlanır ve böylece birçok ekonomik problemler çözüm yoluna girmiş olur.

İşte bu bakış açısından hareket eden Harvard mezunu, Arjantin önceki Maliye ile Ekonomi Bakanı Domingo F. Cavollo; *Büyüme İçin Ön Şart Ekonomide Yeniden Yapılanma "Economic Reorganization as a Prerequisite to Growth"* adlı makalesinde, Arjantin'in büyümeyi sağlamak için yapmış olduğu yapısal değişiklikler hakkında önemli bilgiler vermektedir. XX. yüzyılın başlarında, Arjantin, Batının en önemli devletlerinden biri olmaya aday bir ülkeydi. 1930 yılına kadar, Arjantin'in ekonomisi uluslararası ticarete yönelik bir ivmeye sahip olduğundan dolayı birçok fayda elde edilmişti. 1930'dan sonra, *Büyük Depresyon ve II. Dünya Savaşı* nedeniyle dünya ticareti düştü. Olumsuz dışsal etkenler 1950 yılından sonra kaybolmasına rağmen, Arjantin'in ekonomisi kapalı kaldı ve ülke, dünyadan soyutlandığından dolayı çok düşük bir oranda büyüdü. Özellikle 1973 yılından sonra, bu düşük büyüme oranı bile ortadan kaybolarak negatif büyüme görülmeye başlandı. Dışa kapalı dönemde Arjantin'in ekonomik yapısı şu şekilde özetlenebilir:

a. Ekonomi öyle karmaşıktı ki ekonomi uzmanları bile ne olup bittiğini anlamada güçlük çekiyorlardı; bunun yanında, her gün uzmanlar gizli bir sübvansiyon (subsidy) keşfediyorlar ki bu sübvansiyonlardan yalnızca ekonomi spekülöörleri haberdardı.

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) doktora öğrencisi.

b. Bütçede, Devletin kapasitesinin üstünde bir çok faaliyetler öngörülerek bunların finansmanı vergiler yoluyla sağlanmaktaydı. Bu aşırı yük şeffaflığı ortadan kaldırdığından dolayı ekonomi hakkında tam bir bilgiye ulaşamıyordu.

c. Özel sektöre öyle yoğun bir devlet müdahalesi vardı ki ekonomide oluşan dengesizliği, yine ekonominin arz ve talep yoluyla bu durumu düzeltmesine mani olunuyordu. Üretim faktörleri düşük kapasiteli üretim faaliyetinde kullanılarak ekonomide büyük bir darboğaz oluşmaktaydı. Ayrıca, özel mal ve hizmetleri kamu mal ve hizmetlerine çevirmek büyük bir hataydı.

d. Ekonomiye aşırı devlet müdahalesinden dolayı Hükümet ekonomi üzerindeki düzenleyici rolünü kaybetti ki bu durumu Arjantinliler "*voluntarismo irracional*" olarak adlandırmaktadırlar. Makul bir beklenti olmadığı müddetçe, hiç kimse "*voluntarismo irracional*" yüzünden gelecek hakkında bir tahmin yapamıyordu.

e. Kişi veya gruplar kendi menfaatleri doğrultusunda ekonomik kararların alınmasına etkiye bulunuyorlardı. Bundan da öte baskı grupları, bütün olarak ekonomik yapıyı düzeltmek yerine kendi ekonomik çıkarlarını koruma mücadelesi veriyorlardı.

f. Hükümet iş dünyasının problemlerine sırt çevirmişti, bunun yanında, iş dünyası, hükümetin benimsediği teknoloji ve söz verdiği pazar doğrultusunda yatırım yapıyordu ki bu durum zayıf bir ekonomiye neden olmuştu.

g. "*Voluntarismo irracional*"ın en kötü örneği enflasyondu. Hükümet topladığı vergiden çok yatırım yapmaya çalıştığından vergiler için meşruluk zemini oluşturulmada zorluk çekiliyordu. Çünkü Hükümet hiç bir şey yapmadığı halde halktan para istiyordu. Sonuç olarak kalkınma faaliyeti bloke edilmiş ve üretim kaynakları verimsiz alanlara yönlendirilmişti.¹

Geleneksel neo-klasik büyüme modeline göre, üretim büyümesi aşağıdaki üç unsurun herhangi birisinin veya birkaçının birleşiminden oluşur:

a. İşgücünün miktarı ve kalitesinde büyüme,

¹ Cavollo, *Economic Reorganization as a Prerequisite to Growth*, s. 149-151.

- b. Sermaye artışı,
- c. Teknolojide meydana gelen değişme.

Cavollo, Arjantin'in ekonomik yapısının "*negatif büyümeye*" yol açtığını, çünkü üretim faktörlerinin potansiyel olarak üretebileceği miktarı üretmediğini kabul etmektedir. Yetersiz üretim kapasitesi, kullanımı düşük üretim kapasitesine götürerek bir kısır döngüye neden oldu ve bu durumdan durgunluk ve ekonomik gerilik oluştu. Ekonomik büyümeyi temin etmek ve bütün bu kötü şartları ortadan kaldırmak için ekonominin yeniden yapılandırılması gerekmektedir. Bu yeniden yapılanma ya genel üretim kapasitesinin yükseltilmesi ya da "*negatif üretkenlik*" durumunun ortadan kaldırılması ile temin edilebilirdi. Çağdaş bir ekonomik ve sosyal yapılanma, büyük bir şeffaflık sağlayabilir ve kamu sektörü için iyi bir planlama rolü ile rekabet gücü oluşturulabilirdi. Ayrıca, bu yapılanma ile özel sektör iyi bir performansa ulaşabilirdi. Önemli olan ilke özel sektörün ekonominin serbest piyasa ve rekabet kurallarını kabul etmesi, kamu sektörünün ise yalnızca planlama ve bütçe rolünü kabul edebilmesiydi. Yolsuzluk ve karmaşayı önlemek için hangi kesim (kamu veya özel) tarafından yapılacağı belli olmayan faaliyetlere devletin müdahale etmemesi gerekiyordu. Ekonominin gerçeklerini tam anlamıyla kabul etmek için '*voluntarismo irracional*' in Arjantin için terk edilmesi gerekiyordu. Özel teşebbüsü dinamik yapabilmek için ekonomi basit ve sade olmalıydı. Bu amaçları temin etmek için aşağıdaki şartlar sağlanmalıydı:

- a. Kamu sektörünün yeniden yapılandırılması,
- b. İş dünyasının faaliyet alanlarının yeniden düzenlenmesi,
- c. Mali açıkların önlenmesi ile vergi toplamayı artırmak için vergi idaresinin etkin kılınması.

Bu amacı temin etmek için aşağıdaki tedbirler yürürlüğe konuldu;

- a. Ticaret serbestisi sağlanarak ihracat üzerindeki hemen bütün yükümlülükler kaldırıldı, ithalat üzerindeki tarife dışı engeller kaldırılarak ithalat mükellefiyetleri azaltılarak sabitleştirildi, yabancı sermaye için ayrımcılık sayılan alanlar ile kısıtlama getiren kurullar kaldırıldı ve teknoloji kullanımı yaygınlaştırıldı.

- b. Devlette reform yapılarak kamu harcamaları ve mali açıklar

azaltıldı, piyasa ekonomisine geçildi, kamu iktisadi teşebbüsleri özelleştirildi, fiyat, ücret, faiz ve döviz üzerindeki kısıtlamalar kaldırıldı, gizli vergi ve sübvansiyonlar kaldırıldı.

c. Yerel para (peso), döviz ve altın baz alınarak belli bir sabit değişim oranıyla güçlendirildi, endeksleme yasaklandı, dövizle yapılan sözleşmeler geçerli kılındı ve ücretlerin ancak üretimde meydana gelen artışa paralel olarak artırılmasına karar verildi.

d. Vergiler sadeleştirildi, maliye ve vergi politikalarında sistem reformu yapıldı, Vergi İdaresi yeniden yapılandırıldı ve ayrıca Federal Hükümet tarafından yapılan sosyal nitelikte olmayan harcamaların kısıtlanması yönüne gidildi.

e. İç ve dış borç yeniden yapılandırıldı. Bunun yanında, IMF ile 1991 yılında (Standby Loan) ve 1992 yılında (Extended Fund Facility) antlaşmaları yapılması yoluna gidildi.²

Sonuçlar iyimserdi. Enflasyon ve faiz oranları önemli oranda düştü. Bonex'in piyasa değeri yükseldi ve döviz bazında hesaplar arttı. İşsizlik azaldı ve sanayi üretimi arttı. İhracat düzeyi sürdürüldü; bununla birlikte, ithalat önemli oranda arttı. Kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesinde ilerlemeler sağlandı.³

Bu tedbirlerin temel amacı; enflasyonu uluslararası seviyede tutmak, yıllık % 6, 7 büyüme oranını yakalamak ve uluslararası serbest kredi piyasalarına girmek, ekonomi üzerindeki aşırı düzenlemeyi kaldırmak ve ekonomiye devlet müdahalesini yok etmektir.⁴

Cavollo, bu tedbirlerin Arjantin'de düşük düzeyde olan kapasite kullanım oranının artmasına neden olduğunu belirtmektedir. Üretim kapasitesindeki bu artışa atıl kapasitenin kullanılması yoluyla ulaşılmıştır. Atıl kapasite engeli ortadan kaldırıldıktan sonra yatırımların artması ve ilave kapasite oluşturulması vasıtasıyla ekonomik büyüme sağlanacaktır.⁵

Açıkça görülmektedir ki Cavollo, geleneksel neo-liberal büyüme teorisini desteklemektedir. Eşitlik kriteri yerine etkinlik kriterini göz

² Cavallo, a. g. m., s. 152-154.

³ Cavallo, a. g. m., s. 154.

⁴ Cavallo, a. g. m., s. 155.

⁵ Cavallo, a. g. m., s. 155.

önüne alırsak piyasa mekanizması yoluyla oluşan fiyat, devlet müdahalesi ile oluşan fiyata göre ekonomi açısından daha fazla arzulanan bir durumdur. Ancak, Cavallo ekonomik olarak az gelişmiş ülkelerin gelişmiş batı ülkelerinden yapı ve organizasyon bakımından çok farklı olduğunu gözden kaçırdı ki geleneksel neo-klasik büyüme modelinin varsayımları ve öngördüğü politikalar birinci durumda bulunan ilkelere için yetersiz ve yanlıştır.

Todaro'nun işaret ettiği gibi birçok iktisaden az gelişmiş ülkelerde serbest piyasa yoktur ve o ülkelerin kurumsal, kültürel ve tarihi perspektifi yönünden ve uzun dönem ekonomik ve sosyal yapısı itibariyle serbest piyasa arzulanan bir durum da değildir. Tüketiciler genel anlamı itibariyle hangi hizmet ve malların üretileceği, hangi miktarda üretileceği ve kimler için üretileceği hakkında çok az bir bilgiye sahiptir. Bilgi çok sınırlı, piyasalar bölünmüş ve ekonominin çoğu hala parasallaşamamıştır. Hiç bir şey tüketmeyen veya üretmeyen kimselere ceza ve mükafat verilmekte; diğer taraftan, üretim ve teknolojiye kısıtlamalar bulunmaktadır. Devlet veya özel kesim olsun üreticiler piyasa fiyatını belirlemede ve ne miktarda mal satılacağı hakkında büyük güce sahiptirler.

Gerçek hayatta çok az bir rekabet bulunmaktadır. Neo-klasik büyüme modelinin, ekonominin arz ve talep vasıtasıyla kendiliğinden dengeye gelme durumu varsayımı yerine birçok iktisaden az gelişmiş ülke, dengesizlik, yapısal uyum modelleri -ki fiyat ve ücret seviyesi arasında birbirinin tersi bir ilişki olabilmektedir- aracılığıyla incelenirler. Monopol teorisi devlet ve özel kesimin günlük faaliyetleri hakkında çok az bir bilgi verebilmektedir.

Ekonomide karar verme süreci öyle deşışkendir ki, kâr en çoklaştırması yerine yabancı yöneticileri yerlilerle deşıştırme ve istihdam oluşturma fikri daha fazla öncelik taşıyabilir. Son olarak, ekonominin görünmez eli (invisible hand) zaten iyi durumda olanların gelirlerini daha da yükseltebilmekte; diğer yandan, gelir dağılımında dengesizliği artırarak fakir durumda olan büyük çoğunluğun durumunu daha da kötü bir hale getirebilmektedir. Todaro yalnızca serbest piyasanın değil fiyat mekanizmasının -neo-klasik teori bu mekanizmayı toplumsal olarak en iyi (optimal) kaynak dağılımında işaret ve teşvik unsuru olarak görür- da ekonomik olarak az gelişmiş ülkeler açısından geçerli olmadığını belirtmektedir. Çünkü bu ülkelerde geniş bir çevresel,

kurumsal direnç oluşabilmekte ve yoğun sosyo-ekonomik eşitsizlikler bulunabilmektedir.⁶

Hiç kimse hükümetin piyasadaki rolünü inkar edemez. Arndt'ın belirttiği gibi "son bir kaç yüzyıl baz alınarak Batıya ve genel olarak dünyaya baktığımız zaman hiç bir ülkede hükümet müdahalesi olmadan piyasanın kendi kendine kurulduğu söylenemez. Asırlar boyunca, özel sektör; ekonomik teşviklere uyum göstererek önce yerel piyasaları oluşturdu, daha sonra bu piyasalar bölgesel, ulusal ve dünya piyasalarına doğru genişledi. Piyasaya büyük bir hükümet müdahalesi isteyenler işi abartabilirler fakat onların piyasa mekanizmasının ekonomik olarak az gelişmiş ülkelerin ihtiyaçlarını karşılamada yavaş işlediği şeklindeki kanaatları doğrudur." Arndt; Batı piyasa ekonomilerinde bile çok çabuk netice alınması gereken şeylerin, örneğin barış ekonomisinin savaş ekonomisine çevrilmesi işinin piyasa koşullarına bırakılamayacağını belirtmektedir. Piyasanın başarısı büyük oranda herhangi bir konuda acil düzenleme isteyip istemediğimize bağlıdır.⁷

Cavallo, kalkınma problemini yanlış bir mecraya da götürmüştür. Endonezyalı ekonomist, Suhartono'nun belirttiği üzere "iktisaden az gelişmiş ülkelerin karşı karşıya kaldığı problem, durağan (statik) analizlerle cevap alınmaya çalışılan hususlardan tamamen farklıdır: yalnızca üretim kaynaklarının nasıl tahsis edileceği problemi değil, fakat ekonomik ve sosyal kalkınmanın nasıl hızlandırılacağı problemi de önemlidir. . . Ekonomi dilinde problem, üretim olanakları eğrisinin genişlemesi olup eğri üzerinde hareket değildir. Bu nedenle durağan analizler problemi yanlış bir şekilde ortaya koymakta, iktisaden az gelişmiş ülkelerin özelliklerini hesap edememektedir."⁸

Hiç kimse, devlet müdahalesi olmadan herhangi bir ülkenin kalkındığını gösteremez. Arndt'ın belirttiği üzere Batıda bile "hükümetler, ekonomik kalkınmayı sağlamada, kamu malı sunumu, kamu yönetimi, adalet ve güvenlik, sağlık ve diğer hizmetler vasıtasıyla önemli bir rol oynadılar... hükümet, en azından özel sektörün müteşebbis gücünü harekete geçirecek dış şartları sağlamalıdır..."⁹

Açıkça, Cavallo, piyasanın yaratıcı fonksiyonu (iş görüşü) ile tahsis

⁶ Todaro, *Economic Development*, s. 87.

⁷ Arndt, *Market Failure ve Underdevelopment*, s. 227.

⁸ Nak., Arndt, a. g. m., s. 220.

⁹ Arndt, a. g. m., s. 228.

edici fonksiyonunu birbirine karıştırmıştır. Piyasanın yaratıcı fonksiyonu devlet tarafından yerine getirilmelidir. Arndt'ın belirttiği üzere ulaşım ve iletişim araçlarının geliştirilmesi, bankalar ve okullar piyasanın yaratıcı fonksiyonuna aittir ve bu hizmetlerin devlet tarafından yerine getirilmesi gerekir, bu hizmetlerin özel kesim tarafından yerine getirilmesinde başarısızlığa uğranılabilir. Piyasanın yaratıcı fonksiyonunun oluşturulmasında başarısız olunursa piyasa tahsis fonksiyonunu da tam anlamıyla yerine getiremez.¹⁰

Devlet, sadece piyasanın yaratıcı fonksiyonuna değil tahsis edici fonksiyonuna da müdahale etmelidir. Monopol durumunda, hiç kimse hükümet müdahalesinin rolünü göz ardı edemez. Myint'in bize hatırlattığına göre az gelişmiş ülkelerdeki fiyat çarpıklıkları hükümet müdahalesinden dolayı oluşmaz.¹¹ Arndt, devlet müdahalesinin şu durumlarda gerekli olduğunu iddia etmiştir: Devlet teşebbüsleri, yatırım planlaması, belki de siyasal hareketlilik ve piyasanın yetersiz olduğu durumlarda etik (moral) teşviklere başvurma.¹²

Hükümet piyasanın yaratıcı ve tahsis fonksiyonuna müdahale etmek yanında, Gelir dağılımının düzeltilmesi, çevrenin korunması ve piyasanın yetersiz olduğu diğer durumlarda yaşamın kalitesine de müdahale etmelidir.¹³ Bu hususa ilave olarak, Kuttner, serbest piyasa ekonomilerinin (laissez-faire economics) sağlık hizmetleri ve konut problemini çözmede yetersiz kaldığını iddia ederek yeni yaklaşımların benimsenmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁴

Serbest piyasa (kapitalist) düzeninin bir başka özelliği kriz yaratma gizilgücüdür. Kapitalist düzeninin yarattığı krizlerin başında çevre krizleri gelir. Richardson ve Curwen serbest piyasa düzeninin kriz yaratıcı gizilgüce sahip olduğunu belirtmişler ve bu bağlamda 1980 yılından beri serbest piyasaya doğru bir yöneliş ve merkezi planlamadan uzaklaşmanın olduğunu ve anılan dönemin ise çevresel kriz ve facia dönemi olarak adlandırılabilirliğini belirtmişlerdir.¹⁵ Bundan

¹⁰ Arndt, a. g. m., s. 228.

¹¹ Nak., Arndt, a. g. m., s. 228.

¹² Arndt, a. g. m., s. 228.

¹³ Arndt, a. g. m., s. 228.

¹⁴ Kuttner, Where the free market falls short, s. 20.

¹⁵ Richardson ve Curwen, *Do free-market governments create crisis-ridden societies?*, s. 551.

daha da vahim olanı, kapitalist düzeninin çevre kirliliğini etkin bir şekilde önleme yetisinin olmamasıdır. Gerçekten de, Güney'in belirttiği gibi kapitalist ilişkiler, siyasal iktidarların hukuk kuralları yoluyla kirlenlere karşı etkili önlemler almasını engeller. Bunun iki temel nedeni vardır. Bunlardan ilki, XXI. yüzyılda kapitalist sınıfların devleti ele geçirmiş olmalarıdır. İkincisi ise, kapitalist düzende üretim ilişkilerinin özel yarışma temeline dayalı olmasıdır. Özel yarışma temeline dayanan üretim ilişkileri durumunda ancak toplam satış hasılatının toplam maliyeti geçtiği durumlarda üretim yapılır. Bir başka deyişle, kapitalist düzende, bir ürünün maliyeti, onun satışından elde edilen geliri geçiyorsa üretim yapılmaz. Bu anlayış, kapitalizmin doğal yasasıdır. Çevrenin korunması için yapılan çabalar da maliyet gerektirdiğine göre kapitalist olanaklar ölçüsünde bu maliyetten kaçınır.¹⁶ Kapitalist düzende çevre olgusu, insana ve doğaya dönük özellikleri gözetilmeksizin alınıp satılan bir "meta" gibi algılanır. Bu algı, çevre ve doğayı bitme noktasına getirmiştir.¹⁷

Serbest piyasa ekonomisinin yarattığı bir başka kriz; piyasa krizidir. Kapitalizmin tarihi; kredi krizleri, panik, mali erime (financial meltdowns) ve durgunluklarla doludur.¹⁸ Nitekim, Marx, daha 140 sene önce kapitalist birikimin önündeki en önemli engelin yine sermaye olduğunu ve kapitalizmin bir anarşi ve kaos sistemi şeklinde betimlenebileceğini ifade etmiştir. Marx, sermaye birikiminin kapitalist ihtirası (tamahkarlığı) aşırı şekilde kamçılacağını ve bunun sonucunda da devresel olarak 50-60 yıllık veya bunun arasına sıkışmış daha şiddetli ancak daha az erimli dalgalar halinde; kriz, büyüme, aşırı üretim, tekrar kriz, tekrar büyüme, sermayenin el değiştirmesi ve yeniden yapılanması, tekellerin üretim koşullarının ortaya çıkması, sermayenin yoğunlaşması süreçlerinin kapitalizmin tarihinde iç içe yaşanacağını ifade etmiştir.¹⁹

2008 yılında Amerika'da çıkan ve tüm dünyayı bir felaketin eşi-

¹⁶ Fazla bilgi için bkz. Güney, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Çevre ve İnsan*, s. 14-18.

¹⁷ Konu hakkında örnekler ve fazla bilgi için bkz. Güney, *a.g.e.*, s. s. 14 vd.

¹⁸ Zakaria, *The Age of Bloomberg*, s. 23.

¹⁹ Nak., Erinç Yeldan, Erinç Yeldan'ın Amerika'da ortaya çıkan ve günümüzde tüm dünyayı kasıp kavuran mali kriz konusunda Devrim Sevimay ile söyleşi için bkz. *Milliyet*, 6 Ekim 2008, Siyaset Bölümü.

ğine getiren mali krizin temel sorumlusu da aç gözlü kapitalistlerdir. Gerçekten de, Foroohar'ın belirttiğine göre geçmiş yirmi yıllık dönem mali serbestleşme (financial liberalization) ve kuralsızlaşma (deregulation) dönemi olmuş, Morgan için 1:33, Goldman Sachs ve Merrill Lynch gibi diğer küresel mali kurumlar için 1:28 olmak üzere mali kuruluşların kaldıraç oranı²⁰ (leverage ratio) oldukça acıtacak bir noktaya (nose-bleed heights) ulaşmıştır. Mali kuruluşların aç gözlülüğünden doğan bu kriz, şu anda tüm dünyayı kasıp kavurmaktadır.

Cavallo'nun, serbest piyasa ekonomisi taraftarı olarak piyasanın kendi kendine mükemmel bir şekilde işleyeceği şeklindeki fikri de doğru değildir. Serbest piyasanın ekonomik problemleri etkin ve adil bir şekilde çözeceğine ilişkin bir garanti yoktur. Sürgit bir şekilde piyasanın yetersizliği ve sınırlılığı göz önüne alınmalıdır. Solow bu konuda şu fikri savunmaktadır; *"Ekonomistler arasında piyasa mekanizmasının avantajlarını savunanlar ile onun eksikliklerini kabul edenler arasında daima derin tartışmalar yaşanmıştır... Milton Friedman'ı bir dakika dinlediğim zaman zihnim; artan oranda getiri, oligopolcu iç bağımlılık, tüketici bilgisizliği, çevre kirliliği, nesiller arası eşitlik vb. kavramlarla dolar. John Kenneth Galbraith'i bir an için dinlemezsem bu konular için bir tedavi de yoktur, Galbraith'i dinlediğim zaman; rekabet disiplini, herhangi bir mal için büyük miktarda ikame edilebilirlik olanağı, bilginin olduğu yerlerde karar alma süreci vb. kavramlarla zihnimi doldurarak teselli buluyorum..."*²¹ Rozen ise serbest piyasanın yetersizliği konusunda şu görüşleri ileri sürmektedir: *"... fırsat eşitliği her zaman mevcut olmayıp kaynakların dağılımı -yapılan işlerde ve farklı endüstrilerin nispi önemindeki değişimler- süreci zor ve zaman alıcı bir karaktere sahiptir. İnsanları nasıl istim ile işleyen bir silindirin önünde tutmak sağduyulu bir hareket tarzı olmadığından tepkiye neden olursa, aynı şekilde, katı, kişisel nitelikleri dikkate almayan piyasa güçlerine karşı direnme gösterirler. Piyasanın mantığında insan haysiyetine bir saygı*

²⁰ En fazla tanınan mali kuruluşların kaldıraç oranı; mali kuruluşun borcunun onun sahip olduğu menkul kıymete oranıdır. Bu oranın, örneğin 1: 30 olması demek, mali kuruluşun, gerçekte 1 birim değerinde borcu (parası) olmasına rağmen 30 birimlik menkul kıymet (tahvil, hisse senedi, bono vb.) işlemi yapması anlamını taşır. Parasal olarak daha açık bir deyişle, mali kuruluşun gerçekte 1\$ değerinde parası olmasına rağmen 30\$'lık menkul kıymet işlemi yapması demektir. (Bkz. <http://www.investopedia.com/terms/L/leverageratio.asp>, Erişim Tarihi, 17.10.2008). Füçür (gelecek), türev ve diğer piyasalar yoluyla 1\$'lık parayla 30\$'lık işlem yapılmasının ne kadar bir aç gözlülük (greedy) oluşturduğu ortadadır.

²¹ Nak., Rozen, The market is no miracle worker, s. 48.

da söz konusu değildir. Başka bir deyişle serbest piyasa; önüne çıkan ezen ve hedeflerine büyük bir sosyal maliyet karşılığında ulaşan bir süreçtir..."²²

Tanınmış bir spekülâtör olan George Soros bile serbest piyasa düzeninin sınırlılığını itiraf etmektedir. Soros bu konuda şunları söylemektedir: "Piyasalar denge noktasına gelme konusunda eğilimli değildir. Piyasalar, sadece esası (fundamental) yansıtmakla kalmazlar, bunun yanında, onu (esası) şekillendirirler. Bu yüzden, yalnızca para arzının kontrol altına alınması yeterli değildir. Piyasaların balon gibi şişmeye eğilimi bulunduğundan kural koyucular onların (piyasaların) oldukça fazla büyümesini önlemeleri gerekir."²³

Cavallo, uygulanan neo-liberal politikaların sosyal maliyetini göz önüne almamıştır. Söz konusu sosyal maliyetlerden en önemlisi, gelir dağılımının bozulmasıdır. Arjantinde gini katsayısı 1980 yılında 0.38 iken, 2002 yılında 0.53'e yaklaşmıştır. Gini katsayısının sıfır olması herkesin aynı geliri elde etmesini ifade eden mutlak eşitlik halini gösterirken; bir olması, mutlak eşitsizlik, bir başka deyişle bütün gelirin tek bir kişi tarafından elde edildiğini gösterir. Gini katsayısının 0'dan 1'e doğru yükselmesinin gelir dağılımındaki adaletsizliği artırdığı açıktır.²⁴

Arjantin'de sadece gelir dağılımı kötüleşmekle kalmamış, yoksulluk oranı da, özellikle ekonominin büyüdüğü iddia edilen 1990'lı yıllardan sonra hızla yükselmiştir. Yetişkin kişi başına aylık 140 \$ gelir yoksulluk sınırı, 70 \$ gelir ise açlık sınırı olarak kabul edilerek Dünya Bankası tarafından yapılan tahminlerde 1994 yılında 9.2 milyon kişinin (nüfusun %27.4'ü) 1998 yılında ise 13.4 milyon kişinin (nüfusun %36'sı) yoksulluk sınırı altında yaşadığı kestirilmiştir. Yine bu dönem zarfında açlık sınırının altında yaşayan insan sayısının ise 1.6 milyondan 3.2 milyona (nüfusun %8'i) çıktığı tahmin edilmiştir.²⁵ Schuler ise 1998 yılında yoksulluk sınırı altında yaşayan kimselerin nüfusa oranının %25.9 olduğunu, bu oranının 2001 yılında %38.3'e çıktığını, 2002 yılında ise tarihinin en büyük zirvesini yaparak %57.5'e ulaştığını ifade etmektedir.²⁶ Yine serbest piyasa politikaları sonucu orta-direk bile

²² Rozen, a. g. m., s. 48.

²³ Bkz. *Newsweek*, 13 October 2008, s. 26.

²⁴ The World Bank Group B-SPAN, s. 1.

²⁵ Valente, *Low Inflation Has No Effect on Poverty*, s. 1.

²⁶ Schuler, *Argentina's Economic Crisis: Causes and Cures*, s. 1.

yoksulluğun pençesi altına girmiş ve bir kısım insanların yaşam kalitesi hızla kötüleşmiştir. Örneğin, *The Economist*'de çıkan bir yazıya göre Arjantin'de birçok meslek sahibi insan ek iş olarak kısa zamanlı (part-time) işlerle de uğraşmaktadır; bir öğretim üyesi veya mimarı Buenos Aires sokaklarında gazete dağıtırken görebilirsiniz. Kent ve kasabalarda milyonlarca insan barakalarda yaşamaktadır. Ayrıca, Arjantin'in, dul kadınlara, yaşlı kimselere ve fakir ailelere yönelik ulusal bir yardım planı da bulunmamaktadır...²⁷ Ekonominin en ağır bir şekilde krize girdiği 2001 yılının en ağır sonuçlarının görüldüğü 2002 yılında ücretler reel olarak %23.7 oranında azalmıştır ki²⁸ kanımca bu azalış, Arjantin'de orta direği çökertmiştir.

Arjantin'in özellikle 1990'lı yıllardan sonra karşı kaldığı bir başka sorun, işsizlik sorunudur. 1991 yılında çok yüksek bir değerde peso-nun dolara bire bir oranında sabitlenmesi sonucu Arjantin uluslararası rekabet gücünü yitirmiş, firmalar, düşük maliyetle dış pazara girebilmek için işgücü maliyetini düşünme yoluna gitmiş, bu çerçevede işçi çıkartmışlar veya yeni işçi almamışlardır. Arjantin'de neo-liberal politikaların yoğun bir şekilde uygulandığı özellikle 1990 yılından bu yana sadece 1991 ve 1992 yılları hariç her yılki açık işsizlik oranı 1990 yılından daha yüksek olarak görülmüş, 2002 yılında ise 1990 yılındaki açık işsizlik oranı, neredeyse üçe katlanmıştır. Açık işsizlik oranı yüzde olarak 1990 yılında 8.6, 1991 yılında 6.3, 1992 yılında 6.7, 1993 yılında 10.6, 1994 yılında 11.1, 1995 yılında 20.2, 1996 yılında 18.0, 1997 yılında 17.1, 1998 yılında 14.2, 1999 yılında 15.7,²⁹ 2001 yılında 18.3, krizin derin bir şekilde hissedildiği 2002 yılında ise 23.6'ya yükselmiştir.³⁰

Uygulanan neo-klasik politikalar sonucu Cavallo'nun iddia ettiği gibi Arjantin'de yolsuzluk ortadan kaldırılamamış, tam tersine Arjantin ekonominin 2001 yılında batmasının temel nedenini yolsuzluk teşkil etmiştir.³¹ Arjantin'de yolsuzluğun artmasının temel nedenini ise kamu mallarının özelleştirilmesi uygulamaları teşkil etmiştir. Yapılan özelleştirme uygulamalarında kamu malının ne pahasına olursa olsun elden çıkartılması anlayışı ile hareket edilmiş, yaygın bir şekilde kayır-

²⁷ The other side of the halo: Argentina, *The Economist*, 1994, s. 39.

²⁸ Bkz. Schuler, a. g. m., s. 1.

²⁹ Galiani ve Hopenhayn, *Duration and Risk of Unemployment in Argentina 2001*, s. 9.

³⁰ Schuler, a. g. m., s.1.

³¹ Aksi fikirde, bkz. Schuler, a. g. m., s. 17.

macılık, himayecilik ve kıyakçılık olaylarına rastlanılmıştır. Örneğin, Arjantin ulusal havayolu şirketi (Aerolines) özelleştirilmeden önce içi boşaltılmış, telefon şirketleri oldukça komik fiyatlara satılmış, elektrik şirketlerinin lisansları tekel olarak bir kısım firmalara devredilmiş, bu firmalar ise yüksek fiyatlarla tüketicileri sömürmüşler, demiryolları özelleştirilmesine rağmen bir takım bilet sübvansiyonları ve fiyat garantileri verilmiş ve deflasyonist bir ortamda, kamu mallarını satın alan şirketlerin mal veya hizmetlerin tarifelerini %40 ile %100 arasında artırmalarına izin verilmiştir.³²

1989 yılından itibaren serbest piyasa ekonomisine geçişle birlikte Arjantin'de daha yoğun olarak yolsuzluk olaylarıyla karşılaşıldığı Uluslararası Saydamlık (TI) Teşkilatının yayımladığı endekslere bakılarak da anlaşılabilir. TI, ilk Yolsuzluk Algılama Endeksini 1995 yılında yayımlamış ve en az yolsuzluğa bulaşmış ülkeden en fazla yolsuzluğa bulaşmış ülke olarak yaptığı sıralamada Arjantin'i yolsuzluğun en fazla olarak yapıldığı ülkelerin içinde bulunduğu grupta, kısacası, listenin ikinci yarısında göstermiştir. 2002 yılında yayımladığı Endekste ise söz konusu ülkeyi 102 ülke arasında 70. sıraya yerleştirmiştir.³³

Arjantin halkı da, Arjantin'de yoğun bir şekilde yolsuzluk yapıldığına inanmaktadır. Arjantinde yaşanan yolsuzluk olaylarına öfkeli bir tepki duyan halk günümüzde her pazar günü kadın, erkek, çocuk olarak Buenos Aires'teki Centenario Parkı'nda toplanmakta, bankaları, yolsuz siyasetçi ve yargıçları ıslıklamakta ve onlar hakkında aleyhte sloganlar atmakta ve tencere ile tavaları birbirine vurmaktadır.³⁴

Uygulanan neo-liberal politikalar sonucu 1990'lı yıllardan itibaren Arjantin'de sürekli olarak toplumsal huzursuzluk ve gerginliklere rastlanılmıştır. Örneğin 1994 yılında Arjantin Başkanlık Sarayı Casa Rosada'nın önünde, emekli maaşlarını yetersiz olarak gören³⁵ emek-

³² Bu konuda geniş bilgi için bkz. Katz, *Argentina's Economic Crisis: Interpretations and Proposals*, s. 2 vd.

³³ Schuler, a. g. m., s. 17.

³⁴ Hopkins, *Running Out of Patience*, s. 1.

³⁵ Makalesini değerlendirdiğimiz ve makalesini yazdığı dönemde Maliye Bakanı olan Cavollo'nun kendisinin bir röportajda aylık olarak ancak 10.000\$'a geçinebileceğini ifade etmesi de emeklilerin ve çalışanların maaşı dikkate alınca tam bir rezalet oluşturduğunu ifade etmek gerekir.

lilerin de dahil olduğu büyük kalabalıklarca gösteriler yapılmıştır ki³⁶ bu gösteriler günümüzde de sürgit bir şekilde devam etmektedir.

30 Kasım 2001 tarihinde bankalardan yüklü miktarda mevduat çekilmesi üzerine Hükümet 1 Aralık 2001 tarihinde banka hesaplarını dondurmuş, kişi ve firmalar ödemelerini yapamamaları üzerine ekonomi durgunluktan depresyone girmiş, krediler ise buhar olmuştur. Bunun üzerine kızgın kalabalıklar sokağa çıkarak tencere tava gösterisi (cacerolazos) olarak adlandırılan yüzlerce gösteri yapmışlardır. Bu gösterilere tencere tava gösterisi denilmesinin nedeni, tencere ile tavalanın gürültü çıkarması amacıyla birbirlerine vurulmasıdır. 5 Aralık 2001 tarihinde ise IMF, Eylül 2001 tarihinde vermeyi kabul ettiği ancak Arjantin'in kredi anlaşmasının gereklerini yerine getirmediği için 1.3 milyar \$'lık kredi taksitini vermeyi durdurduğunu ilan etmiştir. IMF dışında hiç bir dış kaynaktan kredi bulma olanağı kalmayan Arjantin'de 13 Aralık 2001 tarihinde genel greve gidilmiş, 19-20 Aralık 2001 tarihinde yapılan yağma ve protestolarda 24 kişi ölmüş, 150 kişi yaralanmıştır. Bunun üzerine Başkan Menem döneminde Ekonomi Bakanlığı, Başkan De la Rúa döneminde ise küçük bir partinin genel başkanı olarak yine Ekonomi bakanlığı yapan Cavallo 19 Aralık 2001 tarihinde istifa etmiş, bu istifayı 20 Aralık 2001 tarihinde Başkan De la Rúa'nın istifası takip etmiştir.³⁷

Arjantin'de uygulanan neo-klasik politikalar, Arjantin çiftçisini de perişan etmiştir. Efsanelere göre, Arjantinde eski dönemde hayvancılık o kadar güçlüydü ki aç yolcular derisini sahibine bırakmak şartıyla bir sığırı öldürmekte serbestti. Hayvancılığın bu kadar müthiş gizilgücü yanında ayrıca, Arjantin dünyanın en verimli topraklarına da sahiptir. *The Economist* dergisinin belirttiğine göre, Arjantin'de serbest piyasa düzeninin yürürlüğe konulduğu 1980'li yılların sonundan itibaren Arjantin çiftçisinin yarıdan fazlası borçlarını ödeyemediğinden tarımla uğraşmayı bırakmıştır... Başkan Menem'in serbest piyasa madalyonunun iki yüzüne de bakmak gerekir. Düşük enflasyona sahip olmak iyi fakat Arjantin'in öbür ihracatçıları gibi çiftçiler de pesonun dolara bire bir bağlanmasından dolayı oluşan fiyat dezavantajları nedeniyle büyük zarar görmektedirler. Subvansiyon edilmiş Kuzey Amerikan buğdayı Brezilya piyasasını ele geçirmiş bulunmaktadır. Arjantin tarımda

³⁶ Smith, *Will Argentina stay the course?* s. 174.

³⁷ Schuler, a. g. m., s. 12.

uygulanan tarifeleri düşürdüğünden dolayı gıda sektörü ile uğraşan yabancı firmalar adeta ülkeyi istila etmiştir. Tarımda uygulanan vergilerin artmasının acısı yavaş yavaş hissedilmeye başlanmıştır.³⁸

Tarım kesiminin problemleri de çığ gibi büyümüştür. *The Economist*'in işaret ettiği üzere; reel değerler bakımından 1993'te tarım üretimi % 1 azalmıştır. Konvertibilite rejiminin uygulanmasından sonra dünyanın en verimli tarım arazilerinin bulunduğu Pampas Bölgesi'nin arazi fiyatlarında % 30 düşme olmuştur. Zirai borçlar 5 milyar dolara, başka bir deyimle endüstrinin toplam üretiminin % 40'ına ulaşmıştır. Ağustos 1994'in buğday fiyatlarını 1980 yılının ortalama buğday fiyatları ile karşılaştırsak % 60 oranında bir düşüş görülür; et için bu oran % 55'dir.³⁹ Yine *The Economist*'in aktardığına göre tarım endüstrilerinde görülen bu düşüş en fakir Arjantinlilerin durumlarının daha da kötüleşmesine neden olmuştur.⁴⁰

Arjantin hükümeti; 7 Ocak 2002 tarihinde, ulusal para birimi olan peso'yu dolar karşısında devalüe etmiş, resmi olarak 1.4 pesonun 1 \$'a eşit olduğunu kabul etmiştir. Daha sonra devalüasyona devam edilmiş, 2002 yılının ortalarında 4 pesonun 1 \$'a eşit olduğu kabul edilmiş sonra ise dalgalı kur rejimine geçmiştir. İlk bakışta pesonun dolar karşısında devalüe edilmesinden veya dalgalı kur rejimine geçilmesinden Arjantin çiftçisinin büyük yararlar sağladığı düşünülebilir. Örneğin devalüe edilmeden önce bir ton buğday 100 peso ediyorsa, devalüasyondan sonra 140 pesoya çıkacaktır. Bir diğer deyişle, uluslararası piyasalarda tarım ürünleri Amerikan doları üzerinden alınıp satıldığından, Arjantin çiftçilerinin en azından peso olarak tarım ürünlerinin daha değerli hale geldiği, bu durumun ise tarımsal üretimi artıracakı düşünülebilir. Ancak, çok değişik faktörler yüzünden Arjantin'in tarımsal üretimi artmayacaktır. İlk olarak, Arjantin ekonomisinin çökmesi nasıl diğer yurttaşları etkiliyorsa, Arjantin çiftçisini de etkilemektedir. Diğer yurttaşların olduğu gibi çiftçilerinin de tasarruf yapma kabiliyetleri azalmış, yine çiftçiler enflasyon ve fiyat belirsizliğiyle karşı karşıya kalmışlardır. Diğer yandan çiftçiler, ürünleri karşılığında daha fazla peso elde etseler de, Devlet sübvansiyonu kalktığı için tohum, gübre, akaryakıt ve diğer girdilere daha fazla para ödemektedirler.

³⁸ Unhappy: Argentina Farms, *The Economist*, 1994, s. 36.

³⁹ How much is that gaucho in the window, *The Economist*, 1994, s. 11.

⁴⁰ Raining cats and dogs, *The Economist*, 1994, s. 12.

İkinci olarak, çiftçilerin kredi almaları da oldukça zorlaşmıştır. Çiftçilere verilen kredilerin faiz oranı %25 ile %50 arasında değişmekte bu durum ise çiftçilerin kredi almasını olanaksız kılmaya bile oldukça zorlaştırmaktadır. Böylelikle yalnızca tarımsal girdi fiyatları artmakla kalmamış, girdiler için gerekli olan parayı bulmak da zorlaşmıştır. Son olarak, Arjantin’de ekilebilir arazilerin büyük çoğunluğu zaten ekilmekte ilave üretim için gerekli olan pek fazla nadasa bırakılan veya marjinal araziler bulunmamaktadır.⁴¹

Cavollo; neo-liberal politikaların Arjantin ekonomisini parlak bir geleceğe götüreceğini savlamaktadır. Halbuki neo-liberal politikardan özellikle aşırı değerlendirilmiş sabit döviz kuru ve yüksek dış borç sonucu Arjantin ekonomisi 2001 yılında çökmüştür. Arjantin’de, 1990’lı yılların başından itibaren pesonun dolar ile çok yüksek bir seviye olan bire bir oranında eşitlenmesi, Arjantin’in uluslararası rekabet gücünü önemli ölçüde düşürmüş, dışsatımı çok az artırırken, dışalımını körüklemiştir. Söz konusu dış ticaret dengesizliği Arjantin’in dış borçlarının faizini ödemeye yeter dövizin bile kazanılamamasına neden olmuştur. Arjantin dış borçlarının faizini ödeyebilmek için borç bulmuş, bu durum dış borçların daha da artmasına yol açmıştır. Sonunda yerel yönetimlerin borçlarıyla birlikte Arjantin’in borçları yıllık Gayri Safi Milli Hasılasının %50’sine ulaşmış, 2002 yılında ödenmesi gereken dış borç miktarı 30 milyar \$’ı bulmuştur. Borcunu çevirebilmek ve faizini ödeyebilmek için yeni borç bulamayan Arjantin, borcunu vadesinde ödeyemeyeceğini (default) ilan etmiş ve pesoyu devalüe etmiştir.⁴² Arjantin’in borçlarını ödeyememesinin ülkeyi nasıl bir tehlikeli yola götürdüğü aşağıda incelenecektir. Bundan önce, Arjantin’in 2002 yılında yaptığı devalüasyonun etkileri üzerinde kısaca durmak gerekir.

2002 yılında pesonun dolar karşısında %40 oranında devalüe edilmesi, Arjantin’de yaygın bir şekilde şirket iflaslarına yol açmıştır. Şirketler genel olarak dolar ile borçlandığından örneğin 1 milyon dolar borç alan bir şirket, devalüasyondan sonra 1 milyon dolarlık borcunu ödeyebilmek için 1.4 milyon peso bulmak zorunda kalmıştır. Devalüasyon sadece şirketleri batırmakla kalmamış, önemli ölçüde döviz yükümlülüğü olan bir çok bankanın batmasına da neden olmuştur.⁴³

⁴¹ *Market commentary and forecasts*, CWB, s. 2.

⁴² Feldstein, *Lessons from Argentina*, s. 1.

⁴³ Krş. Feldstein, a. g. m., s. 1.

Arjantin'in 1991 yılında pesoyu dolarla çok yüksek seviyede bire bir olarak eşleştirmesi, iş gücü maliyetlerini düşürememiş, tam tersine bu durum işgücü maliyetlerinin artmasına yol açmıştır. Bu olgu, Arjantin'in zaten zayıf olan uluslararası rekabet gücünü daha da düşürerek, dışsatımı -özellikle 1999 yılında- düşürürken; tam aksine, dışalımını daha da yoğun bir şekilde körüklemiştir. Yine doların 1995 yılından sonra Japon Yeni'ne karşı, Güneydoğu Asya'nın 1997 ve 1998 yılında uğradığı ekonomik krizden sonra bu ülkelerin paralarına karşı ve 1999 ve 2000 yıllarında Avrupa ülkelerinin paralarına karşı göreceli olarak değer kazanması pesonun daha da değer kazanmasına yol açmış, bu durum Arjantin'in rekabet gücünü daha da kötüleştirmiştir. Brezilyanın 1999 yılında para birimi olan real'ı keskin bir şekilde devalüe etmesi, Arjantin'in uluslararası rekabet gücünü tam anlamıyla çökertmiştir. Dolara bire bir oranında çıpalanan pesoyu gerçek anlamda dolarla eşitleyebilmek için Arjantin hükümeti sıkı bir makro ekonomik politika uygulamış, bu durum ise ekonomiyi durgunluğa itmiştir. Halbuki böyle bir ortamda yapılması gereken husus, ya işgücü maliyetlerinin düşürülerek veya paranın devalüe edilerek ülkenin rekabet gücünün artırılması olmak gerekirdi. Sendikaların işçi ücretlerinin düşürülmesine direnmesi ve dövizin çıpaya tabi olması her iki yola gidilmesine de engel olmuştur.⁴⁴

Bu durumun kaçınılmaz sonucu, artan oranda cari işlemler açığı ve dış borcun yığılmasıdır. Dış borcun büyümesi, özel tasarrufların düşük oranlı olması ve merkezi idare ile yerel yönetimlerin bütçelerinin esaslı ölçüde açık vermesi olgularında da yansıma alanı bulmuştur. Bütçelerin önemli ölçüde açık vermesinin temel nedeni, yaygın bir şekilde vergi kaçırmak ve özellikle yerel yönetimlerde olmak üzere kamu harcamalarının kontrol edilmesindeki zorluktur. Arjantin Anayasasına göre merkezi idarenin vergilerinin bir kısmı yerel yönetimlerle bölüşülmek zorundadır. Yerel yönetimler merkezi idarenin gelirlerinden bir kısım pay almalarına rağmen büyük bütçe açığı ile yüz yüze kalmışlar, açıklarını, yurt dışından borç alarak kapatma yoluna gitmişlerdir. Dış borç büyüdükçe, Arjantin'e kredi verenler daha fazla faiz oranı talep etmişler, bu durum ise ülkenin yıllık dengesini daha da bozmuş ve dış borcun hızla artmasına yol açmıştır. Bu durumun doğal sonucu dış borcun çevrilememesidir. Arjantin'in Aralık 2001 tarihinde

⁴⁴ Feldstein, a. g. m., s. 1.

merkezi idare ve yerel yönetimlerin toplam 155 milyar \$'lık ödeyemeyeceğini ilan etmesi, bu zamana kadar tarihte hiç rastlanmamış olan en büyük miktarda borç ödenememesi olayıdır.⁴⁵

Böyle bir ortamda kurnaz Arjantinliler ve yabancı yatırımcılar; ekonominin ağır bir durgunluğa girmesini önlemek ve cari işlemler açığının azaltılabilmesi için pesonun mutlaka devalüe edileceğini düşünmüşlerdir. Konvertibilite kanununa göre pesoyu dolara çevirmek ve doların yurtdışına çıkarılması serbest bırakılmıştı. Bu olanaktan yararlanan bazı kimseler Arjantin Merkez Bankası'ndan dolar çekerek yurtdışına çıkarmışlar, böylelikle pesonun devalüe edilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Gerçi devalüasyonu önleyebilmek için IMF 2001 yılında yeni bir kredi vermiş, Merkez Bankası da işlerin iyi gittiği yönünde halka güven aşılama çalışmışsa da bu durum bir kaç ay sürmüş, Arjantin para birimi olan pesoyu Ocak 2002 tarihinde keskin bir şekilde⁴⁶ devalüe etmiştir.⁴⁷

Yukarıda da belirtildiği üzere Arjantin'in borç sorunu ülkeyi bir default durumuna götürmüştür. Üç yıl süren bir default'un arkasından, Arjantin borcun yeniden yapılandırılmasını tamamlamış ve sonuçlar 3 Mart 2005 tarihinde açıklanmıştır. Borcun yeniden yapılandırılmasına (swap) katılım düzeyi alacaklıların %76.07 düzeyine ulaşmıştır. Default zamanında 81.8 milyar dolar tutarında olan borcun default tarihinden sonra işleyen faizleri yeniden yapılandırma kapsamı dışında tutulmuş ve swap kapsamında borcun 62.2 milyar dolarlık kısmı 36.2 milyar dolar olarak yeniden yapılandırılmıştır.⁴⁸

Arjantin'de yapılan swapa yerli ve yabancıların katılım düzeyi farklı olmuştur. Yerli alacaklıların (kreditörlerin) %98'inin swapa katıldığı tahmin edilmektedir. Yurtdışındaki alacaklılardan ise ABD ve İsviçre'de katılımın çok yüksek olmuş, özellikle Wall Street'deki banka ve fonlarda %80'inin üzerine çıkmıştır. En kötü sonuçlar ise Avrupa'da özellikle Almanya ve İtalya'da alınmıştır. Japonya'da ise Bank of Tokyo-Mitsubishi ve Shinsei Bank; yaptıkları resmi duyuru-

⁴⁵ Feldstein, a. g. m., s. 3.

⁴⁶ 4 Peso:1\$.

⁴⁷ Feldstein, a. g. m., s. 3.

⁴⁸ Serasker, *Kırık bir swap hikayesi*, s. 18.

ruklarla swap teklifinin tek taraflı ve yetersiz olduğunu savlayarak reddetmişlerdir.⁴⁹

Arjantin’de yapılan bu swap operasyonunda tahvillerin orijinal değerleri üzerinden yapılan *tıraşlama*, sonul olarak, kabaca % 65 düzeyinde gerçekleşmiştir. Söz konusu operasyonla Arjantin, tüm zamanların en büyük borç indirim operasyonunu yapan ülke olarak tarihe geçmiştir.⁵⁰ Arjantin her ne kadar yüksek düzeyde borç tıraşlaması yapsa da borç veren alacaklıların doymak bilmeyen yüksek faiz oranı üzerinden para elde etmelerinden çok acı çekmiştir. Bu yüzden, Frenkel adlı Arjantin’li bir yazar; spekülâtif sermayenin Arjantin ekonomisine tekrar girmesini istemediklerini, bir kez finansal kapana girdiyeniz, uluslararası politikanızın da kapana girmiş sayılacağını ifade etmiştir.⁵¹

Kanımızca, eğer uluslararası konjonktür müsait olmasaydı Arjantin’in yapmış olduğu swap işleminden⁵² oldukça tehlikeli uluslararası sonuçlar doğacaktı.⁵³ Bir diğer deyişle, Arjantin söz konusu operasyonu sonucu tehlikeli uluslararası sonuçların doğmamasının temel nedenini, kanımızca, Amerika’nın yeni politikasının swap için uygun ortam oluşturması teşkil eder. Çünkü Amerika, Uluslararası Para Fonu’nun (IMF) asli fonksiyonuna dönmesi ve ülkelerle acil ödemeler dengesi dışında program ilişkisine girmemesini, bu bağlamda, iflas durumunda ki ülkelere taze mali fonlar yerine iflas edebileceği bir uluslararası yasal düzenleme sağlanmasını istemektedir. İngiltere, İtalya ve Japonya’nın tüm girişimlerine rağmen IMF’nin Arjantin’in swap sürecinde devreye girmemesi de ABD’nin bu yeni politikası yüzündendir.⁵⁴

Son olarak; uygulanan serbest piyasa ekonomisinin Arjantin’i 2001

⁴⁹ Serasker, a. g. m., s. 18.

⁵⁰ Serasker, a. g. m., s. 18.

⁵¹ Ali Molla Serasker’in Frenkel ile yaptığı bu söyleşinin Türkçe metni için bkz. *İktisat İşletme ve Finans*, Yıl:20, Sayı: 229, Nisan 2005, s. 5-9.

⁵² Bir tür moratoryum.

⁵³ Alacaklı devletler; Osmanlı İmparatorluğu’nun borcunu ödeyememesi üzerine ülkenin bir kısmını işgal ettikleri gibi, Kosta Rika’nın borcunu ödeyememesi üzerine 1902 yılında söz konusu ülkenin bir boğazını da işgal ettiğini anımsamak gerekir. Gerçi, günümüzde borcundan dolayı bir ülkenin işgal edilmesi olayına rastlanmasa da devletler hukukunda öngörülen başka yaptırımların (örneğin ekonomik yaptırımların) devreye sokulabileceğini ifade etmek gerekir.

⁵⁴ Fazla bilgi için bkz. Serasker, a. g. m., s. 20.

yılında götürdüğü ekonomik çöküşün yansımalarını daha iyi görebilmek için ülkenin bazı ekonomik göstergelerine bakılması yerinde olacaktır.

- 1998 yılına göre Gayri Safi Yurt İçi Hasıla 2002 yılında %28 düşmüştür.

- Reel olarak süpermarketlerin cirosu 2001 yılında %5 düşmüş, 2002 yılında ise %26 oranında azalmıştır.

- Nisan 1991 yılından bu yana 1 \$'a eşit olan 1 peso, Ocak 2002 tarihinde %40 oranında devalüe edilmiş, 2002 yılı ortalarında tekrar aşırı bir şekilde devalüe edilerek 4 Pesonun 1 \$'a eşit olduğu kabul edilmiş, Haziran 2003 tarihinde ise 2.90 pesonun 1 \$'a eşit olduğu kabul edilmiştir

- 1990 yılından bu yana oldukça düşük olan hatta kimi yıllarda negatif olan enflasyon oranı, 2002 yılında %41 olarak gerçekleşmiştir.⁵⁵

Halbuki, Arjantin, bir asır önce, dünyanın yedinci büyük ekonomisine sahip bulunmaktaydı. Hatta II. Dünya Savaşı'nın bittiği sıralarda Arjantin yurttaşları, Amerikan yurttaşlarından daha iyi bir yaşam standardına sahip bulunmaktaydı.⁵⁶ Daha önceleri oldukça kaliteli bir yaşama sahip olan Arjantin'i, 2001 krizinin götürdüğü rakamsal göstergesine baktıktan sonra meşhur bir deyiş olan "*Arjantin; bize lütfen ağlama,*" tekerlemesini anımsamaktan başka çare kalmamaktadır.

SONUÇ

ARJANTİN DENEYİMİNDEN TÜRKİYE LEHİNE ÇIKARTILABİLECEK DERSLER

Türkiye'nin yakın ekonomik krizlerinin tarihi, bir çok bakımlardan Arjantin'in yakın ekonomik krizlerinin tarihiyle benzerlikler taşımaktadır. Türkiye, 1980'li yıllardan itibaren IMF'nin doğrudan yardım ve desteğiyle neo-liberal akıma katılmış ve bu akımın gereği olarak; ithalattan alınan tarifeleri düşürmüş, kamu iktisadi teşebbüslerini özelleştirmeye başlamış, sosyal nitelikli harcamalarda büyük kısıntıya gitmiş, emek piyasasını liberalleştirmiş ve çok uluslu şirketlere kapılarını aç-

⁵⁵ Schuler, a. g. m., s. 1, 16.

⁵⁶ Ruddy, *Report from Buenos Aires: Don't Cry to Us*, s. 1.

mıştır. IMF destekli neo-liberal politikalar Türkiye ve Arjantin'i tarihlerinde pek görülemeyecek ölçüde ağır ekonomik krizlere sürüklemiş ve krize dayanamayan Arjantin ekonomisi 2001 yılında çökmüştür. 2001 yılında Türkiye ekonomisi de çökmek üzereyken IMF'nin desteğiyle ayakta kalabilmiştir. Her iki ülke de yakın geçmişten⁵⁷ itibaren neo-liberal politikalar uygulamasına rağmen IMF'nin Türkiye'ye yardım etmesinin temel nedenini, Türkiye'nin Amerikanın jeo-politik hedefleri bakımından yaşamsal bir konumda bulunması oluşturur. Bilindiği üzere IMF'nin en büyük hisseli ortağını ABD teşkil etmekte, görünürde olmasa da gerçek anlamda IMF kararlarının temelini Amerikanın jeo-politik çıkarları oluşturmaktadır.⁵⁸

Ancak kanımca Türkiye'nin jeo-stratejik konumu gereği IMF tarafından Türkiye'nin batmasına izin verilmeyeceği düşüncesiyle Türkiye'nin ekonomik krize girmemesi yönünde herhangi bir önlem alınmaması doğru değildir. Bir kere sürekli olarak IMF desteğiyle ayakta kalmak; Türkiye ve Türk insanının onur ve gururunu incittiği gibi, Anayasanın başlangıç kısmında ifade edilen Türkiye'nin "*Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olması*" esasına da aykırıdır. Bu çerçevede, Arjantin örneğinden yola çıkarak Türkiye'nin ekonomisini sağlıklı bir yapıya kavuşturabilmek için aşağıdaki önlemleri alması yerinde olacaktır. Bununla birlikte, söz konusu önlemleri incelemeye geçmeden önce önemli bir hususa vurgu yapmak yerinde olacaktır.

Türkiye; ekonomik, sosyal ve kültürel düzenini sağlıklı bir yapıya kavuşturabilmek için her şeyden önce serbest piyasa düzeninden vazgeçip, sosyal piyasa düzenine yönelmesi gerekir.⁵⁹ Liberal ekonomik programın, bir diğer deyişle, serbest piyasa ekonomisinin uygulanmasıyla günümüzün çağcıl devlet anlayışı hiç bir şekilde bağdaşmaz. Günümüz çağcıl devleti, XIX. yüzyıl Batı Avrupa Ülkelerinde olduğu gibi kişilerin salt güvenliğini sağlayan jandarma bir devlet değildir. Günümüz devleti, herkese insan haysiyetine yakışır bir hayat düzeni sağlama, gelir ve servet eşitsizliklerini azaltma yönünde tedbirler alan sosyal bir devlettir. Nitekim Anayasanın 2'nci maddesinde de Türkiye Cumhuriyetinin sosyal bir devlet olduğu açık bir şekilde be-

⁵⁷ Türkiye'de 1980'li yıllarda, Arjantin'de ise 1980'li yılların sonunda.

⁵⁸ Ülman, *Argentina, Turkey, the IMF and the US*, s. 2.

⁵⁹ Sosyal piyasa düzeni hakkında özlü bilgi için bkz. Erkan, Hüsnü, *Sosyal Piyasa Ekonomisinin Bilimsel Temelleri*, Konrad -Adenauer-Stiftung, İzmir, 1991.

lirtilmiştir. Sosyal devlet söz konusu tedbirleri alırken dogmatik veya sezgiye bağlı varsayımlara dayanarak veya keyfi olarak ekonomiye müdahale etmez, planlı ve programlı bir şekilde müdahale eder. Nitekim Anayasa'nın 166. maddesinde ekonomiye müdahalenin planlı bir şekilde yapılacağı bildirilmiştir. Bu çerçevede, devletin ekonomiye hiç bir müdahalesinin olmaması anlamına gelen katıksız liberal ekonomik düzenin Anayasa'nın sosyal devlet anlayışı ile bağdaştırılması kolay görülmemektedir. Çünkü piyasa kendi başına bırakıldığı takdirde; onun herkese asgari insan haysiyetine yaraşır bir yaşam sunabilmesi olanaklı olmadığı gibi, gelir ve servet eşitsizliklerinin azaltılması da mümkün olamaz. Hatta tam tersine, ekonominin görünmez eli (invisible hand) zengini daha zengin, yoksulu ise daha yoksul yapar. Sosyal devlet ilkesinin gereklerini yerine getirebilmek için devletin ekonomiye az veya çok ancak planlı bir şekilde müdahale etmesi gerekmektedir. Nitekim bazı gelişmiş batı ülkeleri kendi ekonomik düzenlerini tanımlarken *"serbest piyasa ekonomisi"* tabirinden özenle kaçınarak, ekonomik düzenlerini devletin ekonomiye müdahalesini gösteren *"sosyal piyasa ekonomisi"* olarak tanımlamaktadırlar. Bu açıdan liberal ekonomik politikalarından vazgeçilerek, sosyal devlet ilkesine yaraşır ekonomik politikaların uygulanması yerinde olacaktır.

a. Sabit Döviz Kuru Sistemine Hiç Bir Şekilde Geri Dönülmemesi Gereği

İster Arjantin'de olduğu gibi başka bir ülkenin (Amerika'nın) para birimine bağlansın isterse Türkiye'de Şubat 2001 krizinden önce olduğu gibi enflasyona çıpalı sabit döviz kuru sistemleri olsun bu olgular son derece tehlikeli sonuçlar doğurmaktadır.

Sabit döviz kuru sistemleri yerel para biriminin aşırı değerlenmesine yol açmakta bu durum ise kur krizine yol açmakta, daha sonra ise ekonomi ve finans kesimi krize girmektedir. Bu sorunları önlemenin tek yolu dövizin değerinin piyasa tarafından belirlenmesini sağlayacak dalgalı kur sistemine geçmektir.⁶⁰

Türkiye, 1999 yılında IMF desteğiyle yeni bir İstikrar Programı uygulayarak lırayı dolar ve marktan oluşan bir sepete karşı sabitle-

⁶⁰ Feldstein, a. g. m., s. 4.

miş, dövizin ancak enflasyon oranı kadar artırılması öngörülmüştür. Türkiye'nin lirayı dolar ve mark sepetine karşı sabitlemesinin temel nedeni, enflasyonu tek haneli rakama indirme ereğidir. Bununla birlikte 1999 yılında uygulanmaya başlayan istikrar programından sonra bile enflasyon tek haneli rakamlara indirilememiş, 2000 yılı için öngörülen %25'lik enflasyon hedefi tutturulamamış, bu yılda enflasyon %36 olarak gerçekleşmiştir.⁶¹

Türkiye'nin enflasyonu indirebilmek için 1999 yılında Lirayı dolar ve mark sepetine karşı sabitlemesi, Türkiye'nin dış rekabet gücünü de oldukça zayıflatmıştır. Bunun yanında, Türkiye'nin dışsatımının büyümesi de son derece yetersiz kalmıştır. Cari işlemler açığını kapatabilmek ve döviz talebi karşılayabilmek için dışarıdan borç bulunmuş ve dış borçlar hızla yükselmiştir. Türkiye'nin 1999 yılında borca dayalı büyümeyi öngören İstikrar Programı dış şoklara oldukça duyarlı bir konumda bulunmuş ve dış koşulların olumsuz etkisinin ülkede hissedilmesine yol açmıştır. Rusya ve Asya Krizleri, Türk ekonomisini olumsuz yönde etkilemiş, 1999 yılında meydana gelen Gölçük ve Düzce Depremleri, dış dünyadaki yüksek akaryakıt fiyatları ve 2000-2001 yılında doların uluslararası arenada yükselişi, Türkiye'nin performansını son derece kötü etkilemiştir.⁶²

Daha açık bir deyişle, sabit döviz kuru politikası; Türkiye'nin reel ekonomisini oldukça zayıflatmış ve dışsatımda rekabet gücünü bir çıkmaza sokmuştur. Türk lirasının aşırı değer kazanması; dışalım kö-rüklemiş, dışsatımı ise durgunluğa sokmuştur. Bu durum geleceğe yönelik kötü bir sinyal vermiş ve yatırımcının güveni ortadan kalkmıştır. Buna ilave olarak, sürdürülebilir bir mali reform yapılamamış ve böylece Türkiye, özellikle Şubat 2001'de, tarihinde görülmeyecek ölçüde çok ağır bir ekonomik ve mali krizle karşı karşıya kalmıştır.⁶³

Kanımca, Türkiye'nin tarihinde görülmeyecek ölçüde ağır bir krize sürüklenmesinin temel nedenlerinden birini teşkil eden sabit döviz kuru sistemine hiç bir şekilde geri dönülmemesi ve şimdi olduğu gibi dalgalı kur sisteminin sürdürülmesi gerekir. Ancak günümüzde yü-

⁶¹ Eichengreen, *Crisis Prevention and Management: Any New Lessons from Argentina and Turkey*, s. 2

⁶² Öni, *Argentina Crisis, IMF and The Limits of Neo-Liberal Globalization: A Comparative View From Turkey*, s. 12

⁶³ Öni, a. g. m., s. 12-13.

rütülen dalgalı kur rejimi konusunda bir husus dikkat çekmektedir. Uygulanan sistem, dalgalı kur kambiyo rejimi olmasına rağmen, kimi yetkililer, dolar kurunun düşük seviyede bulunduğunu, dışsatımı artırabilmek için doların Türk lirası karşısındaki değişim oranının artırılmasını istemektedirler. Eğer dövizin değerini artırmak veya düşürmek için dalgalı kur sistemine müdahale edilirse uygulanan sistem dalgalı kur sistemi olmaktan çıkar, kirli dalgalı kur sistemine (dirty floating exchange rate system) dönüşür. Kanımca, sabit döviz kuru sisteminden doğan her türlü olumsuzluk, kirli dalgalı kur sistemi açısından da geçerlidir. Bu nedenle dövizin değerini piyasanın belirleyeceği, serbest dalgalı kur sisteminden sapılmaması gerekir. Ancak dövizin değerini piyasanın sağlıklı bir şekilde belirleyebilmesi için devletin sağlıklı bir döviz piyasası altyapısı oluşturması gereğinin de altının çizilmesi gerekir.

b. Dış Borçlanma Konusunda Strateji Değişirme Gereği

Arjantin ekonomisinin batışını hazırlayan temel faktörlerden birisi ülkenin ağır bir dış borç yüküyle karşılaşmasıdır. Bu çerçevede Arjantin örneğinden çıkarılacak çok önemli bir ders, kanımca, yüksek miktarda dış borç almanın oldukça riskli bir strateji olduğudur.⁶⁴ Feldstein'in isabetli bir şekilde belirttiği gibi sadece kısa vadeli dış borç değil, aynı zamanda, uzun vadeli dış borç da çok büyük tehlike doğurur. Ayrıca dış borcu kullananın kamu veya özel sektör olması da önemli değildir.⁶⁵

Türkiye'de neo-liberalizmin temelini oluşturan 24 Ocak 1980 kararları ile dışalım ikameci sanayileşme modeli yerine dışsatıma yönelik gelişme modeli, bir başka deyişle, dışa açılımcı gelişme modeli benimsenmiştir. Dışa açılımcı büyüme modeli; dış borç yükünün artışı da beraberinde getirmiştir. 1979 yılında 13.4 milyar \$ olan dış borç stoku, 1989 yılında 38 milyar \$'a çıkmış, 1999 yılında 111 milyar \$'a ulaşmış,⁶⁶ 2002 yılında 131.4 milyar \$ olan dış borç stoku ise 2003

⁶⁴ Sadece yüksek miktarda dış borç değil kanımca, söz konusu miktarda iç borç da oldukça tehlikelidir. Esasen günümüzde mali piyasalarda görülen liberalleşme ve küreselleşme olguları nedeniyle, iç ve dış borç arasında yapılan geleneksel ayırım da gittikçe ortadan kalkmaktadır.

⁶⁵ Feldstein, a. g. m., s. 4-5.

⁶⁶ Fazla bilgi için bkz. *Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Borçlanma, İç ve Dış Borç Yönetimi Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara 2001, s. 53.

yılının ilk çeyreğinde 133.2 milyar dolar olmuştur. 2003 yılı ilk çeyreği itibariyle toplam dış borç stokunun 116.5 milyar \$'lık kısmını orta-uzun vadeli borçlar, 16.7 milyar \$'lık kısmını ise kısa vadeli borçlar oluşturmuştur.⁶⁷ 2008 yılının 2. çeyreğinde ise Türkiye'nin toplam dış borç stoku 284.403\$'a ulaşmıştır.⁶⁸ Görüldüğü üzere Türkiye, ağır bir dış borç yüküyle karşı karşıya bulunmaktadır.

Kanımızca, Türkiye'nin 2001 yılında maruz kaldığı ekonomik ve finansal krizin temel nedenlerinden birisini Türkiye'nin karşı karşıya kaldığı ağır bir dış borç stoku oluşturur. Dış borcun çok ağır olmasından dolayı faizler düşürülemedi, ortalama vadesi uzatılamamış ve kamu maliyesi alanında bütçeyi hazırlayanlara bir manevra kabiliyeti kazandırılmamıştır. Bu durum ise ülkeyi çok ağır bir ekonomik ve mali krizle karşı karşıya bırakmıştır.⁶⁹ Ayrıca, Türkiye'nin günümüzdeki dış borç stokunun 2001 kriz yılından daha fazla olması, ülkenin söz konusu krizden yeterli ölçüde ders almadığının da somut bir göstergesidir.

Türkiye'nin dış borç yükünün bu kadar yüksek olması, yukarıda anlatıldığı üzere Arjantin'de yaşanan "default" ve "swap"ın Türkiye'de de yapılması gerektiği baskısını doğuracaktır. Gerçekten de, Serasker'in belirttiği gibi ekonomik olarak gelişmekte olan ülkelerde sürdürülebilir borç oranı konusunun önümüzdeki dönemde daha da fazla tartışılacaktır. Çünkü, Arjantin'de yaşanan default ve swap yalnızca Arjantin'i değil, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu ekonomik olarak gelişmekte olan ülkeler grubunun tamamını ilgilendirmektedir. Bir kere, default'un kuramsal değil gerçek bir olgu olduğunu, ekonomik olarak gelişmekte olan ülkelerin oldukça fazla riskli olduğunu herkese anımsatmıştır. Swap sonucunda Arjantin'in başarı hanesine yazılan her indirim puanını ya da tıraşı "atılan kazığın ölçüsü" olarak değerlendirmek de olanaklıdır. Bu kazık ise, yalnızca Arjantin'i değil, aralarında paralellik kurulacak ve benzer şekilde algılanıp değerlendirilecek büyük bir ülke grubu⁷⁰ açısından daha yüksek faiz ve daha kısa erim (vade) ile borçlanma anlamına gelebilir. Dolayısıyla henüz kazığın tam

⁶⁷ Hazine Müsteşarı İbrahim Halil Çanakçı'nın *İşveren Dergisi* Cilt: 41, Sayı 12, Eylül 2003, s. 5'te yaptığı söyleşi.

⁶⁸ Bkz. *Kamu Borç Yönetimi Raporu*, Hazine Müsteşarlığı, Eylül 2008, s. 17.

⁶⁹ Krş. İnan, *Kamu Borç Stokunun Sürdürülebilirliği ve Türkiye*, s. 15.

⁷⁰ Türkiye dahil.

olarak kimlere atıldığı da belirli değildir.⁷¹

Kanımızca, Arjantin’de yaşanan *default* ve *swap* başarılı gibi gözükse de⁷² Türkiye’nin hiç bir şekilde bu yola tevessül etmemesi gerekir. Bir kere, alınan bir borcun ödenmesi ahlaki ve etik bir olgudur. Diğer yandan, Türkiye’nin bu yola tevessül etmesi durumunda bundan oldukça tehlikeli uluslararası sonuçların doğabileceğini unutmamak gerekir. Arjantin açısından tehlikeli sonuçlar doğmamasının Serasker’in de belirttiği gibi iki temel nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yukarıda anlatıldığı gibi Arjantin’in *default* ve *swap* işleminin şanslı bir döneme rastlaması ve başarısını bir yerde Amerika’nın yeni politikasına borçlu olmasıdır. İkinci olarak, Amerika’nın bu yeni politikası olmasa bile Arjantin, *default* ve *swap* işlemini gerçekleştirebilirdi. Çünkü diplomatik olarak günümüzde “Amerika Amerikalıdır” şeklindeki Monroe doktrini geçerli olup Amerika’nın her durumda iflas eden bir arka bahçesine duyarsız kalması ve elini uzatmaması düşünülemez.⁷³

Bu açılardan son derece tehlikeli olan yüksek dış borç stoğuyla yüz yüze kalmak ve *default* ve *swap* yapılması yerine, reel ekonominin iç ve dış rekabet gücünü güçlendirici, ulusal tasarrufları artırıcı, ulusal kaynakları harekete geçirici yaklaşımlara ağırlık verilmeli, bu yaklaşımlara rağmen yine de sermayeye gereksinim duyulduğu hallerde ise doğrudan dış borç alma yerine portföy senetleri ihracı ve dış yatırımı ülkeye çekmek için yatırım ortamını iyileştirmek gibi çeşitli stratejileri geliştirmek gerekir. Ancak böylelikle borçlanmadan doğan sorunların giderilmesi olanağına kavuşulur.⁷⁴

c. Vergi Oranlarının Azaltılması ve Verginin Tabana Yayılması Gerekliliği

Arjantin ekonomisinin çöküşünü hazırlayan nedenlerinden birisi de yanlış vergi politikasıdır. Fernande De la Rúa, Aralık 1999 tarihinde “Merkez Sol Koalisyon Hükümeti”nin başı olarak Arjantin Devlet Başkanı seçilmiştir. Başkan De la Rúa, Gayri Safi Yurt İçi Hasılanın 1999

⁷¹ Serasker, a. g. m., s. 20.

⁷² Gözükse diyoruz çünkü bize göre borcun kısmen reddi anlamına gelen bu davranış hiç de ahlaki değildir.

⁷³ Serasker, a. g. m., s. 20.

⁷⁴ Krş. Feldstein, a. g. m., s. 5

yılında %2.5'ine ulaşan federal bütçe açığı konusunda büyük endişe duymuştur. Başkan, bütçe açığının azaltılmasının kamu finansmanında güven oluşturacağı, faiz oranlarını azaltacağı, ekonomiyi harekete geçireceğini düşünmüştür. Bütçe açığını azaltabilmek için iki yol bulunmaktaydı; ya kamu harcamaları kesilecek ya da vergi oranları artırılacak idi.⁷⁵

Kamu harcamalarının azaltılmasının kendisini siyasi olarak zor durumda bırakacağını düşünen Başkan, diğer yolu seçmiş, bir başka deyişle vergi oranlarının artırılması yoluna gitmiştir. Fernande De la Rúa, Ocak 2000, Nisan 2001 ve Ağustos 2001 tarihinde geçerli olmak üzere üç büyük vergi artışı öngörmüştür. Öngörülen vergi artışlarıyla en yüksek gelir vergisi oranı %35'e çıkarılmış, işçi ve işverenlerin ödemesi gereken istihdam vergisi toplamı %32.5'e çıkarılmış, katma değer vergisi oranı %21'e çıkarılmış, dışsatıma vergi konmuş ve Nisan 2001 tarihinden geçerli olmak üzere mali işlemlerden vergi alınmaya başlamıştır. Vergi oranlarının yüksekliği sonucu ekonominin %23'ü yeraltına kaymış ve %30 ila %50 arasında vergi kaçırılmıştır. İzlenen yanlış vergi politikası, Arjantin ekonomisini 2000 yılından itibaren daralmaya itmiştir.⁷⁶

Kanımcı, Türk ekonomisinin Kasım 2000 ve Şubat 2001 tarihinde ağır bir ekonomik krize girmesinin ve hala krizden kurtulamamasının⁷⁷ temel nedenlerinden birisi vergi oranlarının yüksekliği ve verginin tabana yayılamaması oluşturur. Türkiye'nin belki de Gayri Safi Milli Hasılasının yarısından daha fazla olarak ekonominin kayıt dışı olmasının nedenlerinden birisi de vergi oranlarının yüksekliğidir.⁷⁸ Türkiye'nin daha sağlıklı bir ekonomik yapıya kavuşabilmesi için vergiyi tabana yayacak ve oranlarını düşürecek şekilde bir vergi reformu-

⁷⁵ Schuler, a. g. m., s. 8.

⁷⁶ Schuler, a. g. m., s. 9.

⁷⁷ Serbest piyasa düzeninin bizatihi kendisi kriz demek olduğundan ekonominin hiç bir zaman krizden kurtulması da zaten olanaklı değildir. Gerçekten de serbest piyasa düzeninde kriz kimi zaman görünmeyerek gizli gizli varlığını sürdürmekte kimi zaman ise akut bir şekilde patlayarak ortaya çıkmaktadır.

⁷⁸ Gerçi, son yıllarda "katma değer vergisi" (ki bizce doğru tanımlama "katılan değer vergisi" dir) ve kurumlar vergisi oranlarında önemli ölçüde düşürmeler yaşansa da, en fazla emekçilerden alınan bir vergi oranı olan gelir vergisinde hissedilir oranda bir indirim sağlanamamıştır. Bu durumun, gıda ve enerji fiyatlarındaki artıştan dolayı oldukça bunalan emekçilerin geçim zorluğunu daha da artırdığı açıktır.

nun yapılması ve kamu harcamalarının sorumlu bir yapıya kavuşturulması mutlak bir gerekliliktir.

d. Reel Ekonomiye Dayanılması ve Rekabet Gücünün Artırılması Gerekliliği

Türkiye, 1950'li yıllardan itibaren IMF destekli ve neo-liberal odaklı bir çok istikrar programı uygulamaya çalışmışsa da uyguladığı tüm programlar başarısızlıkla sonuçlanmıştır.⁷⁹ Türkiye'nin en son Kemal Derviş'in liderliğinde uyguladığı IMF destekli "*Güçlü Ekonomiye Geçiş Programı*" da kanımızca başarısızdır.⁸⁰ Bu zamana kadar uygulanan IMF destekli tüm programlarda ağırlıklı olarak dış borca ve dışarıdan sermaye girişine dayanılmakta, Türkiye gibi ekonomisi az gelişmiş ülkelerin çözmesi gereken temel sorunlara değinilmemektedir.

Türkiye'nin çözmesi gereken temel sorun, reel ekonomiye dayanarak onun rekabet gücünü artırmak ve ulusal kaynaklarını harekete geçirmektir. Türkiye'nin Kasım 2000 ve Şubat 2001 tarihinde girdiği ağır ekonomik bunalımların temel nedenini; reel ekonominin rekabet gücüne sahip olamaması ve ulusal tasarruf oranının oldukça düşük

⁷⁹ Bu başarısızlığa rağmen, 2008 yılında bile bazı kişiler hala IMF destekli bir program istemektedir. Örneğin, TÜSİAD Yönetim Kurulu Başkanı Arzuhan Doğan Yalçındağ 17 Ekim 2008 tarihinde yapılan TÜSİAD Yüksek İstişare Konseyi Toplantısında; IMF ile yeni bir stand-by anlaşması imzalamanın gerekli olduğunu, IMF ile ivedilikle girişilecek yeni ve güçlü bir işbirliğinin elde edilen makro istikrarın kuvvetlendirilmesi ve sürdürülebilmesi açısından önemli bir destek oluşturacağını, bu konuda gereksiz biçimde gecikildiğini, her geçen gün IMF ile yapılacak bu anlaşmanın zorlaşması anlamına geleceğini ifade etmiştir. Bu konuşma hakkında bkz. [http://www.tusiad.org/tusiad cms.nsf/Basinall/5F86679CA46892A2C22574E5002B3086/\\$FILE/ADDYIKKonusma171020081.pdf](http://www.tusiad.org/tusiad cms.nsf/Basinall/5F86679CA46892A2C22574E5002B3086/$FILE/ADDYIKKonusma171020081.pdf), Erişim Tarihi, 20.10.2008). Halbuki, bu zamana kadar uygulanan IMF destekli tüm programlar başarısızlıkla sonuçlandığından IMF ile yeni bir program yapmaya gerek yoktur. Ayrıca, Türkiye'de 2002 yılından bu yana elde edilen makro-istikrar biçimsel nitelikli olup öze ilişkin bir makro-ekonomik istikrar sağlanamamıştır. Gerçekten de, Yeldan'ın belirttiği gibi 2003 yılından sonra dünyada bir likidite bolluğu, bir sermaye bolluğu yaşanmış ve Türkiye'ye aşırı miktarda sıcak para girerek cari işlem açığı finanse edilmiştir. Eğer cari açık finanse edilemezse (ki bu risk her zaman vardır) bunun bedeli reel sektör kriziyle ödenecektir. Bu konuda fazla bilgi için bkz., dip not 19.

⁸⁰ Bu program yüzünden aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere tarım çökmüştür. Ayrıca, ulusal sanayi bitme nokta noktasına gelmiş, yan ve dikey sanayi arasındaki bağlantı neredeyse kopmuş ve Türkiye, bir ithalat cenneti ülkesi konumuna gelmiştir.

olması oluşturur. Nitekim Türkiye'nin toplam iç tasarruflarının Gayri Safi Milli Hasılaya oranı 1980 yılında %11.4, 1990 yılında %20.1, 1999 yılında 19.5, 2000 yılında %16.8'dir ki bu oranların son derece düşük olduğu ortadadır.⁸¹ Reel ekonomisinin zayıf olması nedeniyle Türkiye, 1999 yılında uygulamaya başladığı dış kaynağa dayalı program sonucu oluşan borç tuzağını çözememiş ve olumsuz etkisi bulunan dış şoklara karşı dayanaksız bir konumda kalmıştır.⁸²

Bu açılardan Türkiye, IMF'nin çizdiği sınırların dışına çıkarak ekonominin rekabet gücünü sağlayabilmek için insan sermayesi ve araştırma-geliştirme faaliyetlerine özel bir önem vermelidir. Nitekim ilk olarak 1997 yılında maruz kaldığı ekonomik krizi, Güney Kore, çok yüksek iç tasarruf oranı ve reel ekonomisinin gücü sayesinde aşabilmiştir.⁸³

Diğer yandan Türkiye'nin Kasım 2000 ve Şubat 2001 tarihinde girdiği ağır ekonomik bunalımlar bir gerçeği daha gün ışığına çıkarmıştır. Türkiye'ye kurlsız bir şekilde girip çıkan kısa vadeli döviz ve Türkiye'nin çok erken bir şekilde sermaye hareketlerini serbest bırakması ekonomik krizleri ağırlaştırmıştır ki⁸⁴ bu durum bile reel ekonomi yerine Türkiye'de IMF destekli parasalcı ekonomilerin tercih edilmesinin tehlikelerini açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Türkiye, rekabet gücü bakımından da iyi bir konumda bulunmamaktadır.⁸⁵ Ülkede, piyasada hakim durumun kötüye kullanılması olaylarıyla sıkça karşılaşmakta ve fiyat anlaşmaları, kartel ve tröst durumuyla piyasadaki rekabet kolayca bozulabilmektedir. Yine organize suç gruplarının yaygın bir şekilde yasal iş hayatına sızmaları etkin bir şekilde engellenememekte, bu durum ise Türkiye'nin rekabet gizilgü-

⁸¹ Toplam yurt içi tasarrufların GSMH'ye oranı günümüzde de oldukça düşüktür. Örneğin 2006 yılında bu oran %16 olarak hesaplanmıştır. Bkz. 2008 Yılı Programı (28 Ekim 2007 tarih ve Mükerrer 26684 sayılı *Resmî Gazete*, s. 17).

⁸² Krş. Öni, a.g.m. s. 17.

⁸³ Bkz. Öni, a.g.m. s. 17.

⁸⁴ Krş. Öni, a.g.m. s. 17-18.

⁸⁵ International Institute for Management Development (IMD) adlı kuruluş her yıl Dünya Rekabet Yılılığı hazırlamaktadır. Bu kuruluşun hazırladığı 2007 Yılı Dünya Rekabet Yılılığında Türkiye, ekonomisinin rekabet gücü bakımından 2006 yılında olduğu gibi 55 ülke arasında 48. sırada yer almıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için 16 Bkz. Mayıs 2008 tarihli *Radikal Gazetesi*, (<http://www.radikal.com.tr/Default.aspx?aType=Detay&ArticleID=877886&Date=16.5.2008eCategoryID=80>).

cüne büyük zarar vermektedir. Organize suç grupları tehdit, baskı, haraç toplama ve sahip oldukları infaz gücüyle rakiplerine bariz bir üstünlük sağlamakta, yasal olarak iş yapan firmaların iş yaşamından çekilmesine bile sebep olabilmektedirler. Bu olgu, Türkiye'nin gerek yurtiçi gerekse uluslar arası rekabet gücünü oldukça olumsuz bir şekilde etkilemektedir.

Günümüz dünyasında bir ulusun zenginliği; o ulusun sahip olduğu doğal kaynaklara veya bir takım fizik büyüklüklere bağlı olarak değil o ulusun insan sermayesine ve rekabet gücüne bağlı olarak belirlenmektedir. Türkiye'nin reel ekonomiyi güçlendirme yolunda insan sermayesini ve ekonominin rekabet gücünü artırması, ülkenin sağlıklı bir yapıya kavuşması açısından yaşamsal bir önem taşımaktadır.

e. Özelleştirme Uygulamalarında Köklü Değişikliğe Gidilmesi Gerekliliği

Arjantin deneyiminden faydalanılarak kanımızca, Türkiye'nin özelleştirme stratejisinde köklü değişikliklere gidilmesi gerekir. Arjantin, dünyanın en hızlı ve yoğun özelleştirme programını uygulayarak 1991-1996 yılları arasında 14.2 milyar \$'lık gelir elde etmiştir. Özelleştirilmeden elde edilen gelir, sabit döviz kurunu sürdürme ve cari işlemler açığı ile bütçe açıklarını kapatmada önemli bir iş görüsellik (fonksiyon) görmüştür. Bununla birlikte, özelleştirme gelirleri, kamunun sürekli bir gelir kaynağını oluşturamamıştır. Çünkü 1990'ların ortasında Arjantin'in satabileceği kamu malvarlığı kalmamıştır. Özelleştirme uygulamaları sonunda iki temel sorunla karşı karşıya kalınmıştır. İlk olarak Arjantin eskisi gibi uzun dönemli yabancı sermaye ve yatırım çekememe olgusuyla karşılaşmıştır. Bunun sonucunda, sermaye girişini sağlayabilmek için Arjantin portföy sermayesine başvurmak durumunda kalmıştır. İkinci olarak, 1996 yılından itibaren önemli miktarda bir özelleştirme gelirine sahip olamayan Arjantin'in mali dengeyi sağlayabilmesi de gittikçe daha çok zorlaşmıştır.⁸⁶

Türkiye'de yapılan özelleştirme uygulamalarında bir takım hatalar yapılmaktadır. Bir kurum veya kuruluşun özelleştirilmesinde o kurum veya kuruluşun piyasanın yaratıcı fonksiyonunu mu, yoka piya-

⁸⁶ Öni, a. g. m., s. 7.

sanın tahsis edici fonksiyonunu mu görüyor olmasına göre bir ayırım yapılmalı, o kurum veya kuruluş, piyasanın yaratıcı iş görüselliğini görüyorsa hiç bir şekilde özelleştirilmemesi gerekir. Örneğin, TÜP-RAS, TELEKOM ve ERDEMİR gibi kuruluşlar piyasanın yaratıcı iş görüselliğini görmesine rağmen söz konusu kuruluşların özelleştirilmesi vahim bir hata olmuştur. Yine, bankacılık faaliyeti piyasanın yaratıcı iş görüselliğine ait bulunduğu; Vakıflar, Ziraat ve Halk Bankalarının özelleştirilmesinden bir an önce vazgeçilmesi gerekir. Ancak, Türkiye'nin acil olarak özelleştirmesi gereken bir sektör bulunmaktadır. Bu sektör ise talih ve bahis oyunları sektörüdür.

Türkiye'de yıllardan beri devlet tekeli altında yasal kumar ve bahis oyunları olan piyango, kazı kazan, spor toto, spor loto, iddiaa, altılı ve at yarışları tertiplenmektedir. Kanımızca, bu işlerin devlet tarafından yapılmasının altında yatan temel neden; devletin bu işleri yapmasıyla yasadışı kumar ve bahis oyunları işinin azalacağı düşünülmesidir. Ancak, devlet tarafından düzenlenen kumar ve bahis oyunlarının yasadışı kumar ve bahis oyunları işini azalttığı yolunda somut delillere rastlanılamamaktadır. Tam tersine, devletin anılan işleri bizzat yürütmesi kötü bir örnek oluşturmakta, yasadışı kumar ve bahis oyunları işi gün geçtikçe daha da fazla artmaktadır. Bir başka deyimle, anılan işlerin devlet tarafından yürütülmesi saf insanların kötü yola sapma eğilimini kolaylaştırmaktadır. Devletin bu konularda kötü örnek olması yüzünden yasadışı kumar ve bahis oynatanların daha iyi şartlarla kumar ve bahis hizmetini sunmalarına (örneğin kumar ve bahis kazançlarının net ödeneceği ve diğer cazip olanaklar önermeleri) toplum katmanları tarafından rağbet gösterilebilmektedir. Devletin kötü örnek teşkil etmesini önlemek açısından her çeşit kumar ve bahis türleri (piyango, kazı kazan, spor toto, spor loto ve at yarışları) işinin tamamen özelleştirilerek,⁸⁷ kamunun anılan alanlardan çekilmesi uygun

⁸⁷ Gerçi, 21.2.2008 tarih ve 5738 sayılı Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yapıtılması Hakkında Kanun (Bkz. 27.2.2008 tarih ve 26800 sayılı *Resmî Gazete*) ile spor müsabakalarına dayalı bahis oyunlarının özelleştirilmesinin yolu açılmıştır. Bu kanunun amaç ve kapsam başlıklı 1'inci maddesinde; Kanunun amacı; uzmanlık, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren, at yarışları hariç olmak üzere, spor müsabakaları üzerine sabit ihtimalli ve müşterek bahis oyunlarını düzenleme işine ilişkin merkezi bahsi sistemi ve risk yönetim merkezinin kurulması ve işletilmesi ile başbayilik iş ve hizmetlerinin özel hukuk sözleşmesi ile hasılatın pay verilmesi modeliyle, Spor Toto Teşkilat Başkanlığınca özel hukuk tüzel kişilerine yapıtılmasına

olur. Bir başka deyişle, devlet anılan işleri özel sektöre terk ederek bizzat hizmet sunmaktan kaçınmalı; bu alanda, düzenleyici, gözetimci bir rol oynamalıdır.⁸⁸ Bu çerçevede, Türkiye’de herhangi bir iş görüsellığı kalmamış bulunan⁸⁹ Özelleştirme İdaresi Başkanlığı’nın da bir an önce kapatılması uygun düşecektir.

Devletin bu işleri yapmasıyla yasadışı kumar ve bahis oyunları ile kaçak içki ve sigara işinin azalacağı düşünülmektedir. Ancak, devlet tarafından düzenlenen kumar ve bahis oyunları ile içki ve sigara üretiminin, yasadışı kumar oyunları ile kaçak içki ve sigara işini azalttığı yolunda somut delillere rastlanılamamaktadır. Tam tersine, Devletin anılan işleri bizzat yürütmesi kötü örnek oluşturduğundan, yasadışı kumar ve bahis oyunları ile kaçak içki ve sigara işi gün geçtikçe daha da artırmaktadır. Bir başka deyimle, anılan işlerin Devlet tarafından yürütülmesi saf insanların kötü yola sapma eğilimini kolaylaştırmaktadır. Devletin bu konularda kötü örnek olması yüzünden yasadışı kumar ve bahis oynatanların daha iyi şartlarla kumar ve bahis hizmetini sunmaları (örneğin kumar ve bahis kazançlarının net ödeneceği ve diğer cazip olanaklar önermeleri) ve kaçakçıların düşük fiyatla sigara ve içki arz etmeleri, toplum katmanları tarafından rağbet görmektedir. Devletin kötü örnek teşkil etmesini önlemek açısından her çeşit kumar ve bahis türleri (piyango, kazı kazan, spor toto, spor loto ve at yarışları) ile içki ve sigara üretiminin tamamen özelleştirilerek, kamunun anılan alanlardan çekilmesi uygun olur. Bir başka deyişle, devlet anılan işleri özel sektöre terk ederek bizzat üretim veya hizmet sunmaktan kaçınmalı; düzenleyici, gözetimci bir rol oynamalıdır. Bu sektörler özelleştirildikten sonra, fonksiyonu en azından kısa ve orta vadede kalmayacak olan (çünkü Türkiye’nin ekonomik olarak gelişmiş bir ülke konumuna yükselmesi uzun bir zamanı gerektirecektir) Özelleştirme İdaresi Başkanlığı kapatılmalıdır.

ilişkin usul ve esasları belirlemek olarak saptanmıştır. Bununla birlikte, çıkartılan bu kanun yetersizdir. Çünkü at yarışları gereksiz yere özelleştirme kapsamı dışına çıkartılmış ve ayrıca piyango ve kazı-kazan gibi yasal kumar oyunlarının özelleştirilmesi konusuna hiç temas edilmemiştir.

⁸⁸ Krş. Abadinsky, *Organized Crime*, s. 483 vd.

⁸⁹ Yukarıda da belirtildiği üzere, piyasanın ancak tahsis (özgüleme) iş görüsellliğini gören kuruluşlar özelleştirilebilir. Türkiye’de tahsis iş görüsellliğini kuran tüm kuruluşlar (örneğin, çimento, yem fabrikaları ve Sümerbank gibi) bu zamana kadar özelleştirildiğinden Özelleştirme İdaresi Başkanlığı’nın yapması gereken bir iş bulunmamaktadır.

f. Yolsuzlukla Etkin Mücadele Edilmesi Gerekliliği

Türkiye Cumhuriyetinin tarihinde eşi görülmeyecek şekilde 21 Şubat 2001 tarihinde girdiği ekonomik krizi tetikleyen olayın bir gün önce yapılan Milli Güvenlik Kurulu toplantısında önceki Cumhurbaşkanı Sezer ile dönemin Başbakanı Ecevit arasındaki kamu sektöründeki yolsuzluğun nasıl önlenebileceği konusundaki tartışma olduğu⁹⁰ dikkate alınrsa, yaşamın hemen her alanında yaygın bir şekilde görülen yolsuzluğa karşı Türkiye'nin etkin bir şekilde savaşım vermesi gerekliliği açıktır.

Yolsuzluk ve rüşvet, Türkiye'nin 1994, 2000 ve 2001 yıllarında içerisinde düştüğü ekonomik ve mali krizlerin temel nedenlerinden birisidir. Yerleşik yolsuzluk ve her seviyedeki kamu görevlilerinin yaygın bir şekilde rüşvete başvurabilmeleri ekonomideki adil rekabet ilkesine önemli ölçüde zarar vermiş, ekonomik ve mali krizlerin oluşmasına önemli ölçüde katkı sağlamıştır.⁹¹

Serbest piyasa düzenini savunanlar; devletin ekonomik düzenden çekilmesiyle yolsuzluğun ortadan kalkacağını savlamaktadırlar. Kanımızca, bu sav son derece tutarsızdır. Çünkü hiç bir "ekonomik düzenin" (liberal, karma, sosyalist) yolsuzluğa karşı bağımsızlığı bulunmamaktadır. Hatta liberal ekonomik düzen, insanlarda paraya taparcasına bir sevgi oluşmasına yol açtığı için gizilgüç olarak yolsuzluğu daha da artırıcı bir özelliğe sahiptir. Bu bağlamda, yolsuzluğu gizilgüç olarak daha azaltabilmek için bile serbest piyasa ekonomisi yerine sosyal piyasa ekonomisine geçilmesi gerekir.

Ancak hangi tür piyasa ekonomisine geçilirse geçilsin bu geçiş tek başına yolsuzluğu önlemeye yetmez. Yolsuzluğa karşı savaşım verilirken gözden uzak tutulmaması gereken husus, yolsuzluğun olduğu gibi yolsuzlukla savaşımın da karmaşık bir olgu olduğu ve çok yönlü önlemlerin (ekonomik, sosyal, kültürel, hukuki) alınmasını kaçınılmaz kıldığıdır. Hukuksal boyutu itibariyle yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verilebilmesi için ise Van Duyne'nin belirttiği gibi saydamlık ve herkesin hukuka bağlı olması ilkeleri çerçevesinde söz konusu ilkelere

⁹⁰ Eichhengreen, a. g. m., s. 6.

⁹¹ Bu konuda fazla bilgi için bkz. Dursun, *Ekonomik Suçlar ve Türkiye'deki Sürdürülebilir Kalkınmaya Etkileri*, s. 216 vd.

uygun düşmeyen tüm mevzuatın kaldırılması gerekir.⁹²

f. Tarım ve Hayvancılığa Sağlanan Desteğin Artırılması

Türkiye’de 1980’li yıllardan itibaren uygulanan neo-liberal politikalar sonucu; tarım ve hayvancılık sektörleri her yıl küçülmekte, tarım ve hayvancılığa yeterli destek sağlanamamakta, tarım ve hayvancılığın sorunları her geçen yıl artarak birikmekte, deyim yerindeyse, tarım ve hayvancılık adeta çökmektedir. Örneğin 2004 Yılı Programında tarım sektörü konusunda şu saptamaya yer verilmektedir: “2003 yılında tarım sektörünün yüzde 2.9 oranında küçülmesi ve tarımsal üretimin GSYİH içindeki payının sabit fiyatlarla yüzde 12,5 düzeyinde gerçekleşmesi beklenmektedir. Tarımın milli gelir içindeki payı azalırken, nüfusun önemli bir kısmı geçimini tarımdan sağlamaya devam etmektedir. 2003 yılı birinci dönem hane halkı işgücü anketi sonuçlarına göre, tarımsal istihdamın toplam sivil istihdam içindeki payı yaklaşık yüzde 33 seviyesindedir.”⁹³ Yine aynı programda hayvancılık konusunda ise şu sorunlara temas edilmektedir “İşletme başına düşen hayvan sayısı ve birim başına verimin düşük olması, yem bitkileri ekim alanlarının yetersiz, çayır ve meraların büyük ölçüde vasıflarını yitirmiş olmaları, hayvan hastalıklarının etkilerini sürdürmesi, üreticilerde teknik bilgi noksanlığı ve üretici örgütlerinin yetersizliği gibi nedenlerle hayvancılık üretimi istenen düzeye çıkarılamamaktadır.”⁹⁴

OECD ülkelerinde çiftçilere çok büyük destek sağlanmakta ve çiftçilere ödenen doğrudan gelir ödemelerinin tarımsal destek içindeki payı %5 civarında bulunmaktadır. OECD ülkelerinin aksine, Türkiye’nin tarımsal destekler için bütçeden ayrılan toplam ödenek içinde doğrudan gelir ödemelerinin payı 2002 yılı içinde %79 olarak gerçekleşmiş, 2003 yılı içinde ise %83 civarında gerçekleşmesi beklenmektedir. Ayrıca, son yıllarda toplam tarımsal desteklerin GSMH içindeki payı %1 oranının altında olup, 2003 yılında bu oranın %0.8 civarında olması beklenmektedir.⁹⁵

Türkiye’nin nüfusunun önemli kısmının tarım ve hayvancılıkla uğraştığı veya geçindiği dikkate alınırca tarım ve hayvancılığa ayrılan

⁹² Fazla bilgi için bkz. Van Duyne, *Combating Corruption: Acts and Attitudes*, s. 54-57.

⁹³ Bkz. 28.10.2003 tarih ve Mükerrer 25273 sayılı *Resmi Gazete*, s. 207.de yayımlanan

⁹⁴ Bkz. s. 214.

⁹⁵ Bkz. 2004 Yılı programı, s. 207.

desteğin GSMH içinde çok az bir yer tutması ve doğrudan gelir ödemelerine ağırlık verilmesi vahim bir hata niteliğindedir. Tarım ve hayvancılığı desteklemek için GSMH' dan ayrılan payın süratle artırılması ve çiftçiye; fiyat, akaryakıt, tohum, gübre ve diğer girdi destekleri sağlanması yaşamsal bir önem taşımaktadır. Gerçi, liberal ekonomistler, çiftçilere sübvansiyon ve destek sağlanmasının kaynakların etkin tahsisini bozacağı gerekçesiyle karşı çıkmaktadırlar. Liberal ekonomistlerin gözden kaçırdığı önemli bir nokta bulunmaktadır. Liberal ekonomistler; yaşamsal bir önem taşıyan tarım ve hayvancılık desteklerine karşı çıkarken örneğin ağır bir borç yükü altında bulunan Türkiye'nin borçları için ödedikleri faizlere karşı çıkmamaktadırlar. Halbuki tarım ve hayvancılığa her türlü destek verilse bile Türkiye'nin ödediği borç faizleri yanında çok küçük bir meblağ tutar. Bu açıdan liberal ekonomistlerin anılan görüşlerine itibar edilmemesi gerekir. Ayrıca tarım ve hayvancılığa yeterli destek verilmesinin köyden kente göçü azaltarak çarpık kentleşmeyi önleme, işsizlikle mücadele ve gelir dağılımındaki çarpıklıkları düzeltebilmek açısından da yaşamsal bir öneme sahip olduğu hatırdan uzak tutulmamalıdır.

g. Gelir Dağılımındaki Adaletsizliğin Giderilmesi

Gelir eşitsizliğinin önemli bir göstergesi olan gini katsayısı⁹⁶ incelendiğinde; 1994 Hanehalkı Gelir Dağılımı Araştırmasında Türkiye geneli için 0.49 olan katsayısı, 2002 yılında 0.44 olarak saptanmıştır. Yine Türkiye geneli için, ilk % 20'lik dilime giren⁹⁷ hanehalklarının toplam gelirden 1994 yılında % 4,9, 2002 yılında % 5.3 oranında pay aldıkları belirlenmiş, beşinci %20'lik dilime giren⁹⁸ hanehalklarının ise 1994 yılında 54.9, 2002 yılında ise 50.1 oranında pay aldıkları saptanmıştır. 1994 yılında beşinci %20'lik dilimde yer alan hanehalkları, birinci %20'lik dilimde yer alan hanehalklarının yaklaşık 11.3 katı gelir elde ederken, 2002 yılında 9.5 katı gelir elde etmiştir.⁹⁹ Türkiye'de 2004 yılında gini katsayısı 0.40 olarak gerçekleşmiş, 2005 yılında ise 0.38 olarak sap-

⁹⁶ Yukarıda da belirtildiği üzere gini katsayısının sıfıra yaklaşması gelir dağılımındaki eşitliği gösterirken, 1'e yaklaşması bozuk bir gelir dağılımına işaret eder.

⁹⁷ En düşük gelire sahip hanehalkları.

⁹⁸ En yüksek gelire sahip hanehalkları.

⁹⁹ (DİE, 2002 Hanehalkı Bütçe Anketi Gelir Dağılımı Sonuçları, 6.11.2003, <http://www.die.gov.tr/TURKISH/SONIST/HHGELTURK/071103.htm>).

tanmıştır. Yine, 2005 yılında ilk %20'lik dilime giren hanehalklarının gelirden %6,1, beşinci %20'lik dilime giren hanehalkları ise %44.4 pay almıştır. 2005 yılında beşinci %20'lik dilimde yer alan hanehalkları, birinci %20'lik dilimde yer alan hanehalklarının yaklaşık 7.3 katı gelir elde etmiştir.

Kuşkusuz 1994 yılı ile 2002 ve 2005 yılları rakamlarının karşılaştırılması; Türkiye'de gelir eşitsizliğinde bir düzelme eğiliminin olduğunu göstermektedir. Ancak kanımca söz konusu eğilim son derece yetersizdir ve gelir eşitsizliğinin daha da fazla azaltılabilmesi için devletin köklü önlemler alması kaçınılmaz gözükmektedir. Çünkü günümüzde bir ekonominin büyümesinden çok ekonominin kimin için büyüdüğü olgusu önem taşımakta, eğer bir ülke ekonomisi bir elin parmağının sayısını geçmeyecek kadar bir rantiyeci için büyüyorsa, o şekildeki bir ekonomik büyüme hoş karşılanmamaktadır.

h. İşsizliğe Çözüm Getirilmesi

Türkiye, özellikle 21 Şubat 2001 tarihinde yaşadığı ağır krizden sonra kanımızca, insanının güzel bir meziyeti olan sosyal dayanışmasını tehlikeye sokacak ölçüde derin bir işsizlik sorunuyla karşı karşıya kalmıştır. Türkiye'deki işsizlik sorunu açık işsizlikten ibaret değildir. Açık işsizlik, eksik istihdam ile birlikte ele alınarak atıl işgücü oranı dolayısıyla işsizlik oranı olarak hesap edilmektedir. Türk ekonomisinin ağır bir krize girdiği 2001 yılında açık işsizlik %8,4, eksik istihdam ise %6'dır, dolayısıyla atıl işgücü oranı %14,4'dür. 2002 yılında ise, açık işsizlik %10,3, eksik istidam %5,4 olmak üzere atıl işgücü, dolayısıyla işsizlik oranı %15,7'dir. İşgücü, 2003 yılının ilk iki çeyreğinde ortalama olarak bir önceki yıla göre yaklaşık yüzde %0.9 azalarak 23,6 milyona, istihdam ise yaklaşık % 1,8 azalarak 20.9 milyona düşmüştür. İşsizlik oranı yüzde 11.2'ye yükselirken, eksik istihdam oranı % 4.8'e düşmüştür. Böylece atıl işgücü oranı %16 olarak gerçekleşmiştir.¹⁰⁰ 2008 yılı Temmuz ayı itibarıyla işsizlik oranı %9.4, eksik istihdam oranı %3.4 olarak gerçekleşmiş, bu çerçevede eksik istihdam oranı %12,8 olarak saptanmıştır.¹⁰¹

¹⁰⁰ 2004 Yılı Programı, s. 163.

¹⁰¹ Bkz. <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri?id=2049>,

Türkiye’de her yıl yaklaşık 700 bin yeni işgücü iş piyasasına girmeye çalışmaktadır. Ancak Türk ekonomisi 1996 yılından bu yana istihdam yaratamamaktadır. 1996 yılında 20 milyon 386 bin kişi olan istihdam, 2002 yılında 20 milyon 287 bin kişiye gerilemiştir. Bu gösterge durumun vahametini somut bir şekilde ortaya koymaktadır.¹⁰² Ataman’ın isabetli olarak belirttiği üzere; yeni istihdam olanaklarının yaratılması ancak makro-ekonomik politika uygulamalarıyla mümkündür. Türkiye’nin 1980’li yıllardan itibaren neo-liberal politika uygulamalarının en önemli parçasını oluşturan özelleştirmeler, kamunun istihdam yaratma işlevini sınırlandırmaktadır. Neo-liberal politikalar uygulayan hükümetlerin işsizliği azaltmaları için yapacakları tek şey özel girişimin yatırım yapmasını teşvik edecek politikaları, bir başka deyişle, mikro ölçekli politikaları uygulamaktır.¹⁰³ Bununla birlikte, işsizliği azaltabilmek için mikro ölçekli politikalar da doğru bir şekilde uygulanamamıştır. Örneğin, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK) tarafından 2002 yılı temel alınarak yapılan “Çalışma İstatistikleri ve İşgücü Maliyeti” araştırmasının sonuçlarına göre, Türkiye’nin, 30 OECD ülkesi arasında istihdam vergilerinin ağırlığı bakımından 2001 yılında olduğu gibi 2002 yılında da ilk sırada yer aldığı saptanmıştır.¹⁰⁴ Durum, günümüzde de pek fazla değişmemiştir. Ekonomik İşbirliği ve Dayanışma Teşkilatı’nın (OECD) yayınladığı bir raporda; 2007 yılında da Türkiye’nin istihdam vergisinin çok yüksek olduğu ortaya konulmuştur. Söz konusu rapora göre, 2007 yılında ortalama olarak istihdam vergisi, toplam iş gücü maliyetlerinin Bağımsız Devletler Topluluğu’nda %33, Avrupa Birliği ülkelerinde %11’ini oluştururken Türkiye’de yaklaşık %43’ünü oluşturmuştur.¹⁰⁵

Bu çerçevede ekonomik ve sosyal açılardan son derece tehlikeli sorunlar doğuran işsizliğe karşı etkin mücadele verebilmek için kanımca makro ve mikro ölçekli politikaların birlikte uygulanması yerinde olacaktır.

¹⁰² Kılıç, *Türkiye’de İşsizlik ve Avrupa İstihdam Stratejisi*, s. 32.

¹⁰³ Ataman, *İşsizlik Sorunu ve Türkiye’nin AB İstihdam Stratejisine Uyumunu*, s. 34.

¹⁰⁴ *Hürriyet*, 18.11.2003, Ekonomi Bölümü.

¹⁰⁵ Bkz. *Sabah*, 4 Eylül 2007, <http://arsiv.sabah.com.tr/2007/09/04haber,4DGF205A-54544A5CADDE68BC31AG0AO9.html>, Erişim Tarihi, 20.10.2008).

KAYNAKLAR

- Abadinsky, Howard, *Organized Crime* \ Third Edition. Nelson-Hall Inc., Chicago, 1991.
- Alberto Petrocalla et all, Privatization in Argentina. *Quarterly Review of Economics and Finance*, 1993, v 33 n SPEISS, s. 67.
- Arndt, H.W. Market Failure ve Underdevelopment, *World Development*, 16 February 1988.
- Ataman-Ceylan, Berrin, İşsizlik Sorunu ve Türkiye'nin AB istihdam Stratejisine Uyumunu, *İşveren*, Cilt: 42, Sayı:1, Ekim 2003.
- Cavallo, F. Domingo, Economic Reorganization as a Prerequisite to Growth, in Kansas City Fed pub: *Policies for Long Run Economic Growth*. Jackson Hole, Wyoming, Ağustos 27-29, 1992.
- CWB, Market commentary and forecasts. January 31, 2002. http://www.cwb.ca/en/buying/market_commmnetary/013102jsp.
- Diñç, Güney, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Çevre ve İnsan*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 143, Ankara, 2008.
- Dursun, Hasan, Ekonomik Suçlar ve Türkiye'deki Sürdürülebilir Kalkınmaya Etkileri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 58, Mayıs/Haziran 2005.
- The Economist*, Learning a new dance. 26 November 1994 v 333 n 7891 s. 53.
- The other side of the halo: Argentina. 12 February 1994 v 330 n 7850 s. 38.
- Unhappy: Argentina Farms. 20 August 1994 v 332 n 7877 s. 36.
- How much is that gaucho in the window? 26 November 1994 v333 n7891 s. 11.
- Raining cats and dogs. 26 Kasım 1994 v 333 n 7891 s. S12.
- Eichengreen, Barry. Crisis Prevention and Management: Any New Lessons from Argentina and Turkey, October 2001. www.worldbank.org/wbi/banking/finsecpolicy/finance_forum_2002/pdf/eichengreen_argentina.pdf
- Feldstein, Martin, Lessons from Argentina, January 14, 2002. http://econ161.berkeley.edu/macro_online/timely/economists.../Feldstein_Argentina.htm.
- Foroohar, Rana, A New Age of Global Capitalism Starts Now, *Newsweek*, 13 October 2008.
- Galiani, Sebastian ve Hopenhayn A. Hugo, Duration and Risk of Unemployment in Argentina 2001. <http://repositories.cdlib.org/iber/cider/C00-117>.
- Hopkins, Alfred. Running Out of Patience, *World Press Review*, Feb. 27,

2002. <http://www.woldpress.org/Americas/380.cfm>.
- İnan, Alpan Emre, Kamu Borç Stokunun Sürdürülebilirliği ve Türkiye, *Bankacılar*, Eylül 2003, Sayı 46.
- Katz, Claudio, Argentina's Economic Crisis: Interpretations and Proposals, *International Viewpoints*, October 2001, bkz. (<http://www.internationalviewpoint.org./spip.php?article614>., Erişim Tarihi, 16.10.2008).
- Kılıç, Cem, Türkiye'de İşsizlik ve Avrupa İstihdam Stratejisi, *İşveren*, Cilt: 42, Sayı:1, Ekim 2003.
- Kuttner, Robert, Where the free market falls short, *Business Week*, 30 June 1986, s. 20.
- Öni, Ziya, Argentina Crisis, IMF and The Limits of Neo-Liberal Globalization: A Comparative View From Turkey, October-2002-Revised Draft. <http://home.ku.edu.tr/~zonis/THELIMITSOFNEO.PDF>.
- Richardson, Bill ve Curwen, Peter. Do free-market governments create crisis-ridden societies? *Journal of Business Ethics*, July 1995, v 14, s. 551.
- Rozen A. Marvin, The market is no miracle worker, *Challenge*, September- October 1985, s. 47.
- Ruddy, Christopher. Report from Buenos Aires: Don't Cry to Us, Argentina. NewsMax.com. Jan. 2, 2002. <http://www.newsmax.com/archives/articles/2002/1/2/85501.shtml>.
- Serasker, Ali Molla, Kırık bir swap hikayesi, *İktisat İşletme ve Finans*, Yıl:20, Sayı:229, Nisan 2005.
- Schuler, Kurt, Argentina's Economic Crisis: Causes and Cures. June 2003. <http://www.house.gov/jec/>
- Smith Geri, Will Argentina stay the course? *Business Week*, 17 October, 1994 n SPEISS s. 172.
- Ülman, Burak, Argentina, Turkey, the IMF and the US. *Eclipse*, Issue 5, 15 February 2002.
- Todaro, P. Michael, *Economic Development*, Fifth Edition, Longman, 1994.
- Valente, Marcela, Low Inflation Has No Effect on Poverty. *InterPress Third World News Agency (IPS)* Jun 14, 1999. <http://www.coverge.org.nz/lac/articles/news990623b.htm>.
- Van Duyne, "Combating Corruption: Acts and Attitudes", Five Issues in European Criminal Justice, Editor, Matti Joutsen, HEUNI, 1999.
- The World Bank Group B-SPAN. Income Distribution Changes in Argentina: A Characterization through Microeconomic Decompositions. October 2, 2002. http://www.worldbank.org/wbi/B-SPAN/sub_income_argentina.htm.
- Zakaria, Fareed. The Age of Bloomberg, *Newsweek*, October 13 2008.

KİMYASAL HADİM YÖNTEMİNİN ANAYASAYA UYGUNLUĞU -II

Zeynep Burcu AKBABA*

I. ANAYASAL BOYUTTA KİMYASAL HADİM

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA KİMYASAL HADİM

İnsan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması amacı ile düzenlenmiş olan bu Sözleşme, 20 Mart 1950'de Roma'da imzalanmış ve 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Sözleşmeyi 18 Mayıs 1954'de onaylamıştır.¹

Sözleşme'nin dibace bölümünde, Bildiri'nin amacı, metinde açıklanan hakların her yerde etkin olarak tanınmasını ve uygulanmasını sağlamak olarak gösterilmiştir. Bunun yanı sıra, üyeler arasında daha sıkı bir birlik kurmak, insan hakları ile temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi amacı ile bu sözleşme imzalanmıştır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yolunda ilk adımları atmaya amaçlayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan hakların korunmasını hedef almaktadır.

1. İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerin tanınacağını belirtmektedir. Sözleşme insan haklarının korunmasını ve geliştirilmesini

* Stajyer Av., Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku yüksek lisans öğrencisi.

¹ *Resmî Gazete* 19 Mart 1954 - 8662.

amaç edinir. AİHS hazırlık aşamasında Avrupa'daki demokratik rejimlerin devam ettirilmesi açısından gerekli olan asgari hak ve özgürlükleri güvenceye alarak işe başlamış, zamanla insan hakları listesini genişletmiştir. AİHS ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan çok sivil ve politik hakların korunmasına öncelik vermiştir.²

2. Yaşama Hakkı

AİHS, 2. maddede yaşama hakkını güvenceye almıştır. Buna göre:

"1. Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez."³

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

a. Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için;

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

c. Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için."

3. İşkence Yasağı

Sözleşme'nin 3. maddesinde yer verilen, "Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz." bu hüküm,

² Bkz. <http://www.hatay.gov.tr/ilinsanhaklarikurulu/avrupaihsozlesmesi.asp> (Son Erişim Tarihi: 05 Haziran 2008).

³ İdam cezasının barış zamanı dışında, savaş ve savaş tehlikesi halinde de kaldırılmasını öngören 13. Protokol metni şöyle: (9 Ocak 2004)

Aşağıda imzası bulunan Avrupa Konseyine üye devletler;

Hayat hakkının, demokratik toplumun temel değeri olduğunu ve ölüm cezasının kaldırılmasının, bu hakkın korunması ve tüm insanların doğuştan gelen onurunun bütünüyle tanınması için elzem olduğu inancıyla,

Ölüm cezasının tüm koşullarda ortada kaldırmaya yönelik son adımların atılması kararlılığıyla,

Aşağıdaki konularda anlaşmışlardır:

Madde 1- Ölüm cezasının kaldırılması

Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılmaz ve idam edilemez.

kişi haklarını ihlal edecek olan uygulamaların söz konusu olamayacağını belirtmektedir.

4. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması

AİHS madde 8 kapsamında düzenlenen bu temel hak, toplumun huzur ve barış içinde yaşaması için öngörülmüş temel bir düzenlemedir. Buna göre:

“1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunluk olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”

5. Evlenme Hakkı

Temel haklar kapsamında düzenlenen bir başka hususta evlenme hakkıdır ve *“Evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir”* ibaresi ile ailenin hayatının korunması esas alınmıştır (Madde 12).

6. Genel Değerlendirme

AİHS ile koruma altına alınmış bulunan haklar kapsamında kimyasal hadım uygulamasını değerlendirmek gerekirse, kimyasal hadım düzenlemesinin birçok hakkı ihlal ettiği görülmektedir.

Yaşam hakkının korunması kapsamında kimyasal hadım, kişinin fiziksel bütünlüğüne zarar vermekte ve yapılan incelemeler sonucunda ortaya çıkan yan etkilerinin, kişinin sağlıklı yaşamasına engel teşkil ettiği görülmektedir.

Kimyasal hadım uygulamasını savunanların bu noktada yapmış olduğu açıklamalar, *“toplumun güvenliği ile bireyin yaşamı karşı karşıya geldiğinde, korunması gereken husus toplumun güvenliğidir”* şeklindedir. Burada ölçülülük ilkesi (*proportionality principle*) gereğince, toplumun

daha sağlıklı olması ve gelecekteki kuşakların güven içinde yaşamaları için, cinsel suçluların hadım edilmesi yaşam hakkını ihlal etmeyeceği savunmasında bulunmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki kişilerin doğuştan var olan en temel hakkı “yaşam hakkı”dır. Bu nedenle yaşam hakkının korunması ve başka değerlerle karşılaştırılmaması gerekmektedir. Kişinin hapis cezasına tabi tutulması, yaşam hakkını ihlal etmediği ve alternatif bir uygulama olan hadımın bu hakka aykırı bir uygulama olduğu düşünülürse, suçlulara hapis cezasının uygulanması daha avantajlıdır. Ancak bu durumda da karşımıza ıslah sorunu çıkmaktadır. Hapis cezasının ıslah için yeterli olmadığı, residivizm oranlarından açıkça görülmektedir. Özellikle de mağduru ve suçlunun yaşam haklarının çakıştığı bu noktada, suçlunun yaşam hakkının korunması mağduru ikinci kez mağdur durumuna düşürmekten kurtaramamaktadır.

Konunun işkence yasağını da ihlal ettiğini söylemek de mümkündür. Çünkü kimyasal hadım için kullanılan ilaçların etkileri tam olarak saptanamadığından söz konusu ilaçların deneysel nitelikte olduğunu söylenmektedir. Ayrıca kişinin kimyasal yolla da olsa hadım edilmesi onur kırıcı bir yöntem olarak kabul edilebilir. Ataerkil toplumlarda daha baskın olsa da, bir erkeğin cinsel faaliyette bulunamaması onun toplumun gözünde küçük düşmesine neden olabilir hatta alay konusu bile yapılabilir. Bu nedenle söz konusu uygulamanın işkence yasağını da ihlal ettiği açıktır. Ayrıca kimyasal hadımı ceza olarak kabul etsek dahi, AİHS madde 3 “onur kırıcı... işlemlere” de tabi tutulamayacağını belirtmiştir.

Özel hayatın ve aile hayatının korunması ile evlenme hakkını birlikte ele almak gerekirse; kimyasal hadımın kişinin cinsel faaliyetlerini engellemesinden ötürü, belirtilen temel haklara aykırı bir düzenleme olduğu açıktır. Kişinin cinsel faaliyetlerinin engellenmesi, üreme yeteneğini de ortadan kaldıracığından, bu kimsenin bir aile kurmasından söz edemeyiz. Cinsellik ve üreme, kişiye var oluşunun kazandırdığı en temel özgürlüklerdendir ve kişinin üreme yeteneğine geçici bir süre de olsa son vermek, temel hak ve özgürlüklerin niteliğiyle çelişmektedir. Ancak AİHS madde 8, kişinin özel hayatının ve aile hayatının belli bir takım nedenlerle sınırlandırılabilceğini belirtmiş ve bu nedenleri de ilgili maddenin 2. fıkrasında saymıştır. Bu durumda kamu güvenliği nedeni ile bu hakkın sınırlandırılmasının mümkün olduğu görülmektedir. Ayrıca kimyasal hadımı, cerrahi hadımdan ayıran en önemli

fark, kimyasal hadım uygulamasına tabi olan bir suçlu, bu uygulama esnasında ve uygulamanın sonrasında üreme yeteneğini haizdir. Yani kişi bu tedavi/ceza sürecinde ve sonrasında, cinsel faaliyette bulunabilmekte hatta çocuk sahibi olabilmektedir. Ancak kimyasal hadım karşıtları, bu prosedürün uygulanması esnasında kullanılan ilaçların sperm kalitesini düşürdüğünü ve doğacak olan çocukta bazı kalıtsal hastalıklara neden olabileceğini belirtmektedir.

Sonuçta Avrupa ülkelerinin yasal düzenlemelerinde yer verdiği ya da yasallaştırmak amaçlı hazırlıklarına başladığı kimyasal hadım, AİHS' inde koruma altına alınmış olan temel hakları ihlal etmektedir. Ancak söz konusu uygulamaya ilişkin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne herhangi bir uyuşmazlık gitmediğinden, bu uygulamanın yasaklanmasına ilişkin bir karar bulunmamaktadır. Yakın bir zamanda İngiltere'de suçluların DNA'larının toplanması ve depolanmasına yönelik düzenlemenin, mahkemece suçlu olmadıkları tespit edilen kişiler içinde uygulanması, bu kimselerin temel haklarının ihlal edilmesi gerekçesi ile AİHM'ye başvurulmasına sebebiyet vermiştir. AİHM'nin bu konuda vereceği karar, zorunlu kimyasal hadım uygulaması için emsal teşkil eden bir karar olabilir.

B. ABD ANAYASASI BAĞLAMINDA KİMYASAL HADİM

Kabul etmek gerekir ki, Kaliforniya Zorunlu Hadım Yasası, Amerikan Anayasası ile ilgili büyük bir tartışma çıkmasına neden olmuştur. Kimyasal hadım yasasına karşı kurumlardan biri olan Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği (ACLU), bu yasanın işkence ve barbarlık teşkil eden mutad olmayan ceza (*cruel and unusual punishment*) içinde yer aldığını savunmaktadır. Bunun yanında özel hayatın korunması hakkını da aşikar bir biçimde ihlal ettiği belirtilmektedir. Ayrıca özel hayatın korunması hakkının içine, özgürce üreme ve medikal tedaviyi kabul etme ya da reddetme hakları da girmektedir. Bu bölümde zorunlu kimyasal hadım yasasının Anayasal haklar üzerindeki etkisi incelenecektir.

1. İşkence ve Barbarlık Teşkil Eden Ceza

Kuşkusuz kimyasal hadım yasasına karşı yapılan en önemli itirazlardan biri de, Amerikan Anayasası'nın 8. Eki'nde koruma altına alın-

mıŖ olan “iŖkence ve barbarlık teŖkil eden mutat olmayan ceza” hükümünü ihlal etmesidir.⁴ Bu konuya iliŖkin olan savunmalar, kimyasal hadım uygulamasının bir ceza olmaktan öte, bir tedavi olması nedeniyle 8. Ek kapsamında bir ihlalin söz konusu olamayacağı Ŗeklinindedir. Bu konuya iliŖkin olarak New Jersey Federal Bölge Mahkemesi, uygulamanın ceza ya da tedavi olduğunu tespit etmek amacıyla *Rennie* testini uygulamıŖtır. Mahkeme uyguladığı bu test sonucunda, kimyasal hadımı bir ceza olarak değil bir tedavi olarak kabul etmiŖ ve böylece 8. Ek kapsamında koruma altına alınan hakkın kapsamından muaf olduğunu belirtmiŖtir.

ABD Temyiz Mahkemesi, 1958 yılında *Trop v. Dulles* davasında 8. Ek’te düzenlenen iŖkence ve barbarlık teŖkil eden ceza kavramının tanımına yer vermiŖtir. Buna göre, bu kavram olgun toplumun ürünü olan geliŖmiŖ toplumsal standartlardan tretilmiŖtir. Bu geliŖen toplumsal standartlara olan bağlılık, iŖkence ve barbarlık teŖkil eden cezaların ana hatlarını belirlemek bakımından mütemadiyen yol göstermektedir.⁵

Mickle v. Henrichs davasında, suçlu hapis ve vazektomi cezalarına arpıtılmıŖtır. Vazektomi cezasının nedeni de kiŖinin üremesine engellemek olarak gsterilmiŖtir. Sonrasında Nevada Mahkemesinin cebri olarak vazektomi uygulanması kararı, iŖkence ve barbarlık teŖkil eden ceza yasağına aykırı olduğundan uygulanmamıŖtır.⁶

Güney Karolina Temyiz Mahkemesi *State v. Brown* davasında, cerrahi hadımın Anayasal bir yasak olan iŖkence ve barbarlık teŖkil eden ceza hükümünü ihlal ettiğine karar vermiŖtir. Mahkeme daha önce vermiŖ olduğu kararlara uygunluk göstererek, 8. Ek kapsamında yasaklanan bu cezaların uygulanması suçluları alaltacağından, bu uygulamaya karŖı ıkmıŖtır. *Skinner v. Oklahoma* davasında temyiz mahkemesi sterilizasyon cezasını, kanun hükümlerinden herkesin

⁴ The 8. Amendment provides: “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.” “Ne aŖırı yüklü para cezaları ne de iŖkence ve barbarlık teŖkil eden mutat olmayan cezalar vermek gibi makul olan miktarın çok üzerinde talep olunan kefalet kabul edilmektedir.”

⁵ Keesling, Lisa, “Practicing Medicine Without A License: Legislative Attempts to Mandate Chemical Castration...”, p. 383.

⁶ Batchoo, Lystra, “ Voluntary Surgical Castration of Sex Offenders: Waiving the Eighth Amendment...”, p. 710.

eşit yararlanması kapsamında anayasaya aykırı bulmuştur. Bu karar göstermektedir ki, hadım ve sterilizasyon niteliği gereği barbarca bir uygulamadır.⁷

Son olarak *Harmelin v. Michigan* davasında 8. Ek kapsamında ki yasak “*orantılılık ilkesi*” uyarınca ele alınmıştır. Orantılılık ilkesinin tarihine baktığımızda, ceza ile suç arasındaki sıkı bağlantı örf ve adet hukuku sistemince açıklanmaya çalışılmıştır. Hakim O’Connor ve Souter 8. Ek için sıkı bir orantılılık aranmaması gerektiğini, burada yalnızca büyük ölçüde orantısızlık içeren cezaların yasaklandığını bu nedenle kimyasal hadımın bu kapsamda düşünülmemeyeceğini belirtmişlerdir.⁸

2. Özel Hayata İlişkin Anayasal Koruma

1965 yılında *Griswold v. Connecticut* davasında mahkeme; Anayasa’da yer alan Birinci, Üçüncü, Dördüncü, Beşinci ve Dokuzuncu ekleri özel hayatı düzenleyen alan olarak kabul etmiştir. Bu nedenle bu ‘Ek’lerde belirtilen haklar, hükümetin menfaati dışında sınırlandırılmaz. Mahkeme ayrıca, özel hayatın korunması hakkının doğası gereği, özgürce üreme hakkını, medikal tedaviyi kabul etme ve reddetme haklarını içinde barındırdığını belirtmiştir.

2.a. Üreme Özgürlüğü Hakkı

Skinner v. Oklahoma davasında mahkeme, Oklahoma İtiyadı Suçlu Sterilizasyon Yasası’nın gerektirmiş olduğu sterilizasyon cezasının uygulanmasını reddetmiştir. Mahkeme üreme hakkının, bir erkeğin en temel haklarından biri olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme sterilizasyon, vazektomi ve cerrahi hadım cezalarının üreme hakkını ihlal ettiğini çünkü üreme yeteneğini tamamen ortadan kaldıran bir uygulama olduğuna değinmiştir. Ancak MPA tedavisi bu hakkı ihlal etmemektedir.⁹

⁷ Brody Kay-Frances, “A Constitutional Analysis of California’s Chemical Castration Statute”, *Temple Political & Civil Rights Law Review*, Vol. 7, No. 141, 1997, p. 142.

⁸ Gimino, Peter J., “Mandatory Chemical Castration for Perpetrators of Sex Offenses...”, p. 88.

⁹ Neach Mark J., “California is on the “Cutting Edge”: Hormonal Therapy (a.k.a.

MPA tedavisi süresince kişi kendiliğinden ereksiyon ve ejakülasyon (boşalma, meni fıskırtma) gerçekleştirebilmektedir. Bu tedavi esnasında kişinin cinsel faaliyetleri devam etmekte hatta bir partner tarafından tahrik edilmesi dahi mümkündür. Bazı eleştirmenler, kimyasal hadımın cinsel kapasitede yol açtığı azalmanın, cinsel dürtüyü de azaltacağını belirtmekte ve MPA'nın uygulanacak miktarının fizyolojik anlamda iktidarsızlığa yol açabileceğini de savunmaktadırlar.

Temel haklardan biri olan üreme özgürlüğünün, hükümetlerin menfaatleri doğrultusunda sınırlandırılabilceği yukarıda belirtilmiştir. Hükümet böyle bir sınırlamaya gitmesi durumunda menfaatlerini belirtmeli ve bunu kanıtlamalıdır. Ancak hükümetin bu konuda yapmış olduğu savunma, kimyasal hadım uygulamasının üreme hakkını engelleyen bir düzenleme olmadığı şeklindedir. Ayrıca hükümet, *“savunmasız çocukların cinsel suçlulardan korunması yasal bir menfaattir ve suçluları, suç işlemeleri konusunda motive eden bu dürtülerin engellenmesi, gelecekte yaşanacak suçları önlemek anlamında önemli bir çabadır”* savunması ile toplumun çıkarlarını, bireyin çıkarlarından üstün tutmuştur. Bunun yanında, MPA tedavisini, üremeyi engelleme anlamında hapis cezasından daha az etkili olarak görmektedirler. Hapis cezası esnasında evlilik ziyaretlerinin kısıtlanması, üreme hakkı kapsamında oldukça önemli bir engeldir.¹⁰

2.b. Medikal Tedaviyi Reddetme Hakkı

14. Ek kapsamında korunmakta olan haklardan biri de, tedaviyi reddetme hakkıdır. Bu kurala rağmen istenmeyen tedaviyi reddetme hakkının sınırlı olduğu görülmektedir. Bireysel menfaatlerin, toplum menfaatleri ile karşı karşıya kaldığı durumlarda, tedaviyi reddetme hakkının üzerinde düşünülmesi gerekmektedir. Kabul etmek gerekir ki, toplumun menfaatlerinin söz konusu olduğu bir olayda, bireyin tedaviyi reddetme hakkının bir önemi yoktur, çünkü toplumun menfaatleri daha önceliklidir. Devletin menfaatleri şunları içermektedir: *“(1) bir hayatın korunması; (2) intiharın engellenmesi; (3) masum üçüncü tarafın*

“chemical castration”) is Mandated for Two-Time Child Molesters”, Thomas M. Cooley Law Review, Vol. 14, No. 2, 1997, p. 366-368.

¹⁰ Gimino, Peter J., “Mandatory Chemical Castration for Perpetrators of Sex Offenses...”, p. 92-93.

korunması;¹¹ ve (4) tıp mesleğinin korunması.” Kimyasal hadım bu noktada, cinsel isteği kimyevi olarak baskılarken, suçluyu suç işlemediği yeni bir hayata adapte etmekte ve bunun yanında toplumu gelecekte yaşanacak olan cinsel suçlara karşı korumaktadır¹².

Mahkeme zorunlu sterilizasyon kanununun akıl hastalarına uygulanmasını onaylamaktadır. *Buck v. Bell* davasında mahkeme, akıl hastalarının sterilizasyonuna izin veren Virginia eyaletinin kanununu 14. Ek kapsamında geçersiz saymamıştır. Akıl hastasına uygulanan zorunlu medikal tedavideki mantık ile çocuklara yönelik cinsel suç işleyen kimseye uygulanan medikal tedavideki mantık aynıdır. Bu nedenle kimyasal hadımın anayasal geçerlilik taşıdığını söylemek mümkündür. Buna ilaveten, eğer hukuken tanınmış bir özgürlük tedaviyi reddetme hakkı sağlıyorsa o zaman suçluya başka bir şans daha tanınmalıdır. Aksi halde tedavi reddedildiğinde ortada başka bir seçenek kalmayacaktır. Buna göre suçlu kimyasal hadım tedavisi uygulaması altına girmek istemiyorsa, bunun cerrahi alternatiflerinden birini seçmelidir. Özellikle kimyasal hadım tedavisinin ret edilme nedeni, ortaya çıkacak yan etkileri ise suçlu cerrahi hadım yöntemini seçerek bu yan etkilerin doğmasından kaçınabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kimyasal hadım şartlı tahliye süresinde uygulanan bir prosedürdür ve kişi tedaviyi reddettiğinde tekrar hapisaneyeye dönmek zorundadır. Yani kimyasal hadım prosedürü bir yandan da kişiye özgürlüğünü vermektedir.¹³

2.c. Medikal Tedaviyi Kabul Etme Hakkı

Hapis cezası almış bireyler için, Anayasaca tanınmış tedavi edilme hakkı, üç mahkeme kararı ile de kabul edilmiştir. Bu konunun tartışıldığı ilk mahkeme kararı *Wyatt v. Stickney* davasına aittir. Bu dava akıl hastalarının tedavi edilmesine ilişkindir. İkinci karar, *Donaldson v. O'Connor* davasında verilmiştir. Beşinci Bölge Temyiz Mahkemesi,

¹¹ Üçüncü tarafın korunmasından, bahsedilmek istenen çocuklardır. Çünkü hapis cezasının verildiği durumda, masum bir çocuk sadece suçlunun hapiste olduğu süre boyunca korunabilmektedir.

¹² Gimino, Peter J., “Mandatory Chemical Castration for Perpetrators of Sex Offenses...”, p. 90-94.

¹³ Gimino, Peter J., “Mandatory Chemical Castration for Perpetrators of Sex Offenses...”, p. 94-95.

kamu güvenliği gücü ile kişilere zorunlu tedavinin uygulanabileceğine karar vermiştir. Üçüncü karar ise, *Estelle v. Gamble* davasında, devletin hapisanede bulunan kimselere tedavi sağlama yükümlülüğü olduğu yönündedir. Ancak Yüksek Mahkeme bir kararında, tedaviyi kabul etme hakkının Anayasal bir hak olması konusunda tereddüt etmiştir. Bunun nedeni de; *Youngberg v. Romeo* davasında mahkeme, devletin kişilere yeterli ölçüde yiyecek, barınak, kıyafet ve medikal koruma sağlamakla yükümlü olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle medikal tedavi, kişiye anayasaca tanınmış bir hak değil, devletin yükümlülükleri arasında sayılmıştır. Ancak bu davada verilmiş olan karar hapisanede bulunan mahkumlar için geçerlidir. Yani hapiste bulunan bir kimse için kimyasal hadım tedavisi uygulaması devletin bir yükümlülüğü sayılmıştır.

State v. Christopher davasında ise önemli noktalardan biri çocuk tecavüzcüsünün şartlı olarak tahliye edilmesi olmuştur. Daha sonra Christopher'ın çocuklara yönelik tacizlerinin devam etmesi üzerine şartlı tahliyesi geçersiz kılınmıştır. Mahkeme Christopher'ın hapse girmek yerine şartlı tahliye esnasında kimyasal hadım prosedürünün kendisine uygulanması talebini reddetmiştir. Bunun nedeni olarak da, rehabilitasyon ile cezanın çok farklı uygulamalar olmasını ileri sürmüştür.

Mahkemeye göre, her cezanın yanında suçlunun rehabilite edilmesi gibi bir zorunluluk yoktur, hatta suçlu rehabilite edileceği zamanda bu uygulama cezanın yanında ek bir prosedürdür ve cezadan ayrı olarak düşünülemez.

Sonuçta tedavi edilme hakkını kabul eden akıl hastaları ile suçlular benzerlik göstermemektedirler. Bunun nedeni de zorunlu olarak tedavi edilen akıl hastaları yüksek seviyede bir tedavinin kendilerine uygulanması için ilgili birimlere yetki vermekteyken, aynı durum suçlular ya da mahkumlar için geçerli değildir.¹⁴

¹⁴ Fitzgerald Edward A., "Chemical Castration: MPA Treatment of the Sexual Offender", *American Journal of Criminal Law*, Vol. 18, No. 1, 1990, p. 49-55.

C. 1982 ANAYASASI BAĞLAMINDA KİMYASAL HADİM

1. Kimyasal Hadımla İlgili Temel Hak ve Özgürlükler

Anayasa'da İkinci Kısım *Temel Haklar ve Ödevler* konusunu düzenleyerek, bu hakları anayasal güvence altına almıştır.

1.a. Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliği (Madde 12)

Hak ve özgürlüklere sahip olmak "*herkesin kişiliğine bağlı*" bir durum olmak kadar, kişinin o toplumdaki statüsüne göre de değişebilen bir kavramdır. Anayasa madde 12'ye göre; "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*" (fıkra 1). "*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*" (fıkra 2).

"*Temel hak ve hürriyetlerin niteliği*" ile ilgili 12. madde, ilk fıkrasında bu hükmü getirdikten hemen sonra, ikinci fıkrada bu hak ve özgürlüklerin "*kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını*" içerdiği uyarısını yapıyor. Böylece ilk fıkrada tanınan ikincisinde dengelenmek istenmiştir.¹⁵

1.b. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması (Madde 13)

Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması meselesi, bir hakkın ya da hürriyetin niteliğinden doğan bir durumdur ve doğası gereği "*objektif sınırlamalara*" tabidir. Buna göre; "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*". Ancak bu maddede geçen "*demokratik toplum*" ve "*laik Cumhuriyet*" kavramlarının belirtmek istediği husus muallakta olduğundan ve hukuken genel kabul görmüş bir tanım yapılamadığından, hakların bu sebeplerle sınırlandırılması keyfi bir uygulama yapılabilmesi yolunda açık kapı bırakmıştır.

Sınırlamanın sınırlarına değinmek gerekirse, öncelikle sınırlama

¹⁵ Tanör Bülent / Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, 4. Baskı, Ekim 2002, s. 132-133.

"Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun" olmak zorundadır ibaresine değinmek yerinde olacaktır. Bu şart, özellikle, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetler için "ek güvenceler" belirtmiş olması durumunda önem kazanmaktadır. Anayasa birçok durumda sadece bir hak ve hürriyet tanımakla yetinmemiş; aynı zamanda kanun koyucunun, o hak ve hürriyeti düzenlerken yapamayacağı hususları da belirtmiştir. Bunlar kanun koyucuya yönelik yasaklama hükümleridir.¹⁶

Ölçülülük ilkesi uyarınca sınırlamanın yapılamaması hususunda, bu kavramı tanımlamak gerekirse, bu ilke, sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracının sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder. Anayasa Mahkemesinin kararlarında da değinilen bu ilke, "Makul, kabul edilebilir sınırların aşılması aykırılığı oluşturur ... Makul ölçülerin aşılması bir iptal nedenidir... Yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerekir. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmış görülen yeni sınırlamanın uygun olmadığı ortadır"¹⁷ şeklinde tanımlanmıştır.

"Hakkın özü kavramı ise, temel hak ve hürriyetlerin özünü, vazgeçilmez unsurunu, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak olan asli çekirdeğini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi, bir hakkın veya hürriyetin kullanılmasını "açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikteki"¹⁸ kanuni sınırlamaların, o hakkın özüne dokunacağını kabul etmiştir."¹⁹

1.c. Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı (Madde 17)

Kişinin hakları ve ödevleri başlığı altında düzenlenen, Anayasa'da İkinci Kısım İkinci Bölüm'de yer alan, kişi dokunulmazlığı, herkesin yaşam hakkından kaynaklı birtakım haklara sahip olduğunu belirt-

¹⁶ Özbudun Ergun, *Türk Anayasaya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, 2004, s. 103.

¹⁷ Esas No: 1986/17, Karar No: 1987/11, Karar Tarihi: 22.05.1987, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 23, s. 222.

¹⁸ Esas No: 1962/208, Karar No: 1963/1, Karar Tarihi: 04.01.1963, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 1, s. 74.

¹⁹ Özbudun Ergun, *Türk Anayasaya Hukuku...*, s. 1103-105.

mektedir. Buna göre:

“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

(Değişik: 7.5.2004- 5170/3 md.) Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.”

Kişinin vücut bütünlüğünü koruma ve geliştirme hakkı tanıyan Anayasa'nın 17. maddesi, hangi hallerde bunun istisnasının mümkün olabileceğini de belirtmiştir. AİHS'de de var olan *“işkence ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza ve muamelelerinde”* gerçekleştirilemeyeceği Anayasa'da güvence altına alınmıştır.

1.d. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması (Madde 20/1)

1982 Anayasası kişilerin özel hayatlarını koruma altına alarak, bu kimselere, hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı tanımıştır. *“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”* hükmü ile özel hayatın yanında aile hayatının korunduğunu görmekteyiz. Anayasaların, toplumların sosyal, kültürel yapılarını yansıttığını kabul edersek, 1982 Anayasası'nın aile hayatına attığı bu önem, Türk aile yapısının değerli sayılmasından ileri gelmektedir. Aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı gibi, herkes aile hayatına saygı gösterilmesini talep etme hakkına da sahiptir.

1.e. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği (Madde 19)

Kişinin hürriyetinin sınırlanamayacağını ifade alan bu madde, istisnai durumları da saymaktadır ve istisnalar dışında, kişilerin hür-

riyetlerden yoksun bırakılamayacakları belirtilmektedir. “Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir” (fıkra 1).

“Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz” (fıkra 2).

1.f. Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar (Madde 38)

Anayasa bu hükümlerle, kanunilik ve orantılılık ilkesi uyarınca kişilerin cezalandırılabilmesini kabul etmektedir. 38. madde; “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” (fıkra 1). “Suç ve ceza zaman aşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır” (fıkra 2). “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” (fıkra 3).

1.g. Ailenin Korunması (Madde 41)

Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler başlığı altında, Üçüncü Bölümde düzenlenen, ailenin korunmasına ilişkin hüküm, devletin yükümlülüklerine de yer vermektedir. Buna göre:

“Aile, Türk toplumunun temelidir (Ek İbare: 3.10.2001 – 4709/17 m.) ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.”

2. İlgili Hakların Kimyasal Hadım Bağlamında Değerlendirilmesi

1982 Anayasası kişilerin, şahsına bağlı hakları korumakta, sınırlandırılacağı hallerdeki sınırları tanımlamakta, müdahale edilemeyecek alanları belirlemektedir. Bu bağlamda kimyasal hadımın, 1982 Anayasası'nda tanınmış, koruma altına alınmış haklarla karşı karşıya geldiğinde uygulanıp uygulanamamasına değinmek gerekirse, öncelikle konuya özgürlük kapsamında yaklaşmak yerinde olacaktır.

Cinsel özgürlük doğuştan gelen ve kişiye sıkı sıkıya bağlı, devredilemez bir haktır. Bu noktada kişinin bu özgürlüğünün sınırlandırılması, varoluşundan kaynaklı olan yaşam hakkının sınırlandırılması ile aynı düzeydedir. Herkesin yaşama hakkına sahip olduğu ve bunun Anayasa ile de güvence altına alındığı bir ülkede, cinsel özgürlüğünün sınırlandırılması çelişki yaratmaktadır. Ancak bilindiği üzere, kişilere tanınmış olan haklar ve özgürlükler, başka kimselerin hak ve özgürlüklerinin sınırlarını ihlal etmeyecek ölçüde geniştir. Bu nedenle kişi, var olan cinsel özgürlüğünü kullanma hakkı ile başka kimselerin yaşam alanlarına müdahale ediyorsa, kanunlarca belirtilmiş olan bir takım cezai uygulamalara tabi olur. Ancak bu cezaların kısasa kısas uygulanması modern toplumların, hukuk devleti yapısı ile bağdaşmaz. Bir kimseye karşı yaralama suçu işleyen bir kimsenin cezasının, aynı şekilde yaralama olarak verilmesi mümkün olamayacağı gibi, aynı durum cinsel suçlar içinde geçerlidir. Bu noktada devlet, cezalandırma yetkisini kullanarak, kişiyi ıslah etmek amaçlı, kanunlarca düzenlenmiş cezaların uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür. Bir cezanın öncelikli amaçlarından birinin ıslah etmek olduğu düşünülürse, kısasa kısas yönteminin ıslah konusundaki etkisi tartışmalıdır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, özlerine dokunmadan ve ancak kanunla mümkün olabilmektedir. Kişinin cinsel özgürlüğünün ortadan kaldırılması, bir hakkın özüne dokunmadan sınırlandırma anlamına gelmez. Bu nedenle Anayasal açıdan cinsel özgürlüğün ortadan kaldırılmasına yönelik bir ceza mümkün görünmemektedir. Ancak Anayasa madde 17/2 bu duruma ilişkin olarak bir açık kapı bırakmaktadır. *“Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, vücut bütünlüğüne dokunulamaz”* ifadesi, gerektiğinde cinsel özgürlüğün kişinin elinden alınabileceğini belirtmektedir. Ancak bunun için iki önemli şartın bulunması gerekmektedir. Bunlar; (1) tıbbi zorunluluklar ve (2) kanunda belirtilen durumlardır. Bu durumda tıbbi zorunluluktan

ötürü, kanunun açıkça izin verdiği bir durumda kişinin cinsel özgürlüğüne müdahale mümkün görünmektedir. Bunun yanında 17. maddede üçüncü fıkrada bir muamele veya cezanın uygulanmasındaki sınırı da çizmiştir. Eğer söz konusu muamele ya da ceza, insan haysiyeti ile bağdaşmıyorsa bu durumda uygulanamaz.

Cerrahi hadımın, insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir uygulama olduğu kesindir. Çünkü kişi bu yöntemle hayatı boyunca “işaretlenmiş” bir duruma düşmektedir. Cerrahi hadım ile cinsel organlarını kaybetmiş bir kimsenin gündelik hayat ile olan ilişkisinde bu durumun ortaya çıkması, sosyal konumuna zarar vermenin yanında, kişinin aşağılanmasına da neden olabilir. Bu nedenle cerrahi hadım uygulamasının Anayasal haklar bağlamında söz konusu olamayacağı ortadadır. Konuyu kimyasal hadım kapsamında ele almak gerekirse, kimyasal hadım uygulamasının her şeyden önce geri dönüşümlü bir uygulama olması ve kişide kalıcı ya da dışarıdan fark edilebilen bir etki bırakmaması nedeniyle, insanlık haysiyeti ile bağdaşmayan bir ceza olmadığını söylemek mümkündür. Bu uygulamanın “işkençe” ya da “eziyet” kapsamında bir prosedür olmadığı da ortadadır. Bu nedenle “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” hükmü altında uygulanabilecek bir cezadır. Kimyasal hadımın cinsel faaliyeti sınırlandırmayan bir uygulama olduğundan daha önce bahsedilmişti. Bu durumda bu uygulamanın, cinsel özgürlüğü ortadan kaldırmadığı sadece hakkın kullanımına sınırlandırma getirildiği ortadadır. Başkalarının haklarını, gelecek kuşakları ve toplumun huzurunu korumak için, bir kimsenin haklarının sınırlandırılması da mazur görülebilir.

Anayasa’da belirtilen, “özel hayatın ve aile hayatının gizliliği”, “ailenin korunması” hükümleri bağlamında kimyasal hadım uygulamasına değinmek gerekirse, bu noktada tartışmalı hususlardan biri kimyasal hadım prosedüründe kullanılan Depo-Provera isimli ilacın yan etkileridir. Buna göre ilacın kullanılmasının, sperm miktarını azaltması, kişinin üremesine engel olabilmektedir. Bunun yanında söz konusu ilaç sperm kalitesini de etkilediğinden, doğacak olan çocuk üzerinde birtakım yan etkilere neden olabilir. Ancak bu husus kanıtlanamadığından sadece tartışma boyutunda kalmıştır. Bunun yanında ilacın yan etkilerinin kişinin vücut bütünlüğü üzerinde yaratacağı tahribatlarda, kimyasal hadım karşıtları tarafından ileri sürülmektedir. Bazı kanıtlanmış yan etkilerin, kişinin maddi varlığını koruma ve geliştirmeye engel teşkil ettiği açıktır. Ayrıca ilacın bir takım kurumlarca onaylanmaması ve

hatta deneysel bir ilaç niteliğinde olması, bu prosedürün uygulanması konusunda önemli engellerden biridir. Ancak 1982 Anayasası, “*rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneyler*”in uygulanamayacağını belirtmektedir. Bu noktada kimyasal hadım prosedürünün ihtiyari olması halinde, uygulanmasında Anayasal anlamda bir sakınca doğmamaktadır.

Son olarak konuya kişi hürriyeti ve güvenliği ile suç ve cezalara ilişkin esaslar bakımından değinmek gerekirse, Anayasa madde 19, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası için bir müessesede tedavi ve ya ıslahı amaçlı tedbir alınabileceğini kabul etmiştir. Cerrahi hadımın tedavi amaçlı bir uygulamadan öte ceza olduğu aşıkardır. Ancak kimyasal hadım prosedürü yukarıda anlatılan birçok test sonucunda tedavi olarak kabul edildiğinden, tehlikeli olduğu düşünülen bir cinsel suçlu için uygulanmasında bir sakınca yoktur. Bu noktada Anayasa madde 38 kapsamında güvence altına alınan kanunilik ilkesinin, kimyasal hadım için uygulanması mümkün değildir. Çünkü kimyasal hadım bir ceza değil, cezanın yanında suçluyu rehabilite etmek amaçlı uygulanan bir prosedürdür.

DEĞERLENDİRME

Hadım konusu, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarında kullanılan bir kavram olmamakla birlikte, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) kısırlaştırma ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da (NPHK) kastrasyon kavramlarına yer verilmiştir. 5237 sayılı TCK’da kısırlaştırma madde 101’de düzenlenmiştir. Buna göre:

“Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır” (1. fıkra).

“Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” (2. fıkra).

TCK’daki hüküm, kısırlaştırma işlemini yetkili veya yetkisiz, rızaya dayalı ya da zorla yapan kimsenin cezalandırılmasına ilişkin bir düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre kısırlaştırma işlemini, kişinin rızası olmadan yapan kimsenin cezalandırılacağı belirtilmektedir. Bunun yanında bu işlemin yetkisiz bir kimse tarafından yapılması cezayı

arttırıcı sebep olarak kabul edilmiştir. İkinci fıkrada ise kişinin rızasının olması durumunda bu işlemi gerçekleştirenin yetkisiz olması durumu düzenlenmiştir. Yani kişinin rızası olması halinde, kısırlaştırma fiilini gerçekleştirenin yetkili olması durumu suç kabul edilmemiştir. Sonuçta, ihtiyari kimyasal hadımın, TCK kapsamında suç olmadığını söylemek mümkündür.

Buna ilaveten TCK madde 57, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerini düzenlemektedir. Buna göre; *“Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınır”* hükmü ile pedofili hastalarının kimyasal hadım prosedürüne tabi tutulmaları mümkündür. Anayasa’da temel hak ve özgürlüklerin anayasal sınırlara bağlı kalmak şartıyla kanunla sınırlandırılabilmesi hükmünden yola çıkarak, TCK’nın 57. maddesi uyarınca ihtiyari kimyasal hadımın uygulanmasına hükmedilebilir.

NPHK ise, bu kanunun öngördüğü haller dışında sterilizasyon ve kastrasyon ameliyesini yasaklamaktadır. İlgili kanunun 4. maddesinde sterilizasyon ve kastrasyon düzenlenmiştir. Buna göre:

“Sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir. Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır. Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.”

Bu durumda kişinin rızası olmasa dahi, yapılan kastrasyon işleminin suç teşkil etmeyeceği belirtilmektedir. Ancak burada da kişinin rızasının olduğu bir durumda kimyasal hadımın suç teşkil ettiği düzenlenmemiştir.

Yukarıda anlatılanlar doğrultusunda Anayasa ve ilgili kanunlardaki düzenlemeler, Türkiye’de kimyasal hadım uygulamasının mümkün olabileceğini göstermektedir. Gerekli düzenlemelerle, kanunlarda kimyasal hadıma yer verilmesi halinde çocuklara yönelik cinsel suç işleyen kimselerin ceza almasının yanında tedavi edilerek topluma kazandırılmaları ve gelecek kuşakların korunması sağlanabilir.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 03.06.2008
E. 2008/5-56
K. 2008/156

- * Cinsel istismar ve özgürlüğü kısıtlama
- * Mağdurenin dinlenmesi sırasında uzman bir kişi bulundurulması
- * Kasıtlı bir suçtan mahkumiyet halinde güvenlik tedbirlerine de hükmedilmesi
- * Atanan zorunlu müdafii ile asilin iradesinin çelişmesi

(5237 sayılı TCK m.103/2, 43/1, 62/1, 109/1-3 f-5; 5271 sayılı CMK m.150/2 223, ,234, 236/3, 266/2; 25237 sayılı K. 53; 4721 TMK m. 339)

Sanık C. Ç.'nin, cinsel istismar suçundan 5237 sayılı TCY'nin 103/2, 43/1 ve 62/1. maddeleri uyarınca 8 yıl 4 ay hapis cezasıyla; özgürlüğü kısıtlama suçundan ise, 5237 sayılı TCY'nin 109/1, 109/3-f, 109/5, 43/1 ve 62/1. maddeleri uyarınca 3 yıl 1 ay 15 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin Balıkesir Ağır Ceza Mahkemesince 31.05.2006 gün ve 124-330 sayı ile verilen kararın, mağdur vekili ve sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 5. Ceza Dairesince 13.02.2007 gün ve 12163-966 sayı ile;

“14 yaşında olup şikayetten vazgeçmeye ehil bulunmayan mağdurenin duruşmadaki şikayetçi olmadığına ilişkin beyanına dayanılarak CMK'nın 234/2. maddesi gereğince kendisine istemi aranmaksızın atanan vekilinin katılma isteğinin reddine karar verilmesi,

5271 sayılı CMK'nın 236/3. maddesi açık hükmüne rağmen mağdurenin

dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulmaması,

Kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilen sanık hakkında 5237 sayılı Yasanın 53. maddesinin uygulanmaması” isabetsizliğinden hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel Mahkeme ise 21.05.2007 gün ve 162-245 sayı ile;

“1-Dosya içeriğinden de anlaşılacağı üzere, mağdure suç tarihinde 14 yaşında olup, soruşturma ve kovuşturma sırasında; kendi isteği doğrultusunda sanık ile kaçtıklarını, hatta sanığı kendisinin bu yönde zorladığını, rızasıyla cinsel ilişkide bulduklarını beyan ederek sanıktan şikayetçi olmadığını ifade etmiştir.

Balıkesir Adli Tıp Şube Müdürlüğünün raporuna göre mağdurede herhangi bir akıl hastalığı ve zeka geriliğinin tespit edilemediği, dolayısıyla yaşına uygun bedensel ve ruhsal gelişmeyi göstermiş olduğu anlaşılmaktadır

Mağdurenin anne ve babası kendi adlarına davaya müdahale talebinde bulunmuşlar ve davaya katılmalarına karar verilmiştir.

5237 sayılı TCK. sisteminde; Cinsel saldırı suçları TCK'nın 2.kitap, 6.bölümünde vücut dokunulmazlığına yönelik fiiller içinde yer almıştır. 765 sayılı TCK'da ise genel ahlak ve aile düzeni aleyhine işlenen fiiller içinde yer almakta idi. Bu suçlarda korunan hukuki yarar yeni yaşamızdaki sisteme göre kişinin vücut dokunulmazlığı olup şüphesiz ki vücut dokunulmazlığının ihlali kişiye sıkı surette bağlı haklardandır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 16.maddesi gereğince “ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmadan ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.”

Yüksek Yargıtay içtihadı birleştirme kurulunun 15.04.1992 gün ve 14/9 sayılı kararında; “Sezgin Küçükler, doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikayet hakkına sahiptirler” görüşü kabul edilmiştir.

Yeni TCK sisteminde cinsel saldırı suçlarında rıza yaşı 15 yaş olarak belirlenmiştir. 15 yaşını bitirmemiş küçüklerin elbetteki suçun oluşması açısından rızaları etkili değildir. Ancak şikayeti kullanma açısından ayırt etme gücüne sahip bulunan küçüklerin, kişiye sıkı surette bağlı bulunan bu hakkı kullanmasına da, Medeni Kanun ve yukarıda açıklanan içtihadı birleştirme

kararına göre bir engel söz konusu değildir.

Şüphesiz ki küçüklerin haklarını Medeni Kanununun 339 ve müteakip maddeleri gereğince anne ve babanın koruma ve kollama görevleri bulunmaktadır. Bu doğrultuda anne ve baba kendi adlarına davaya katılarak, kendilerine de vekil görevlendirmesi yapılarak çocuğun haklarını korumuşlardır.

CMK'nın 238/2 maddesi gereğince şikayeti bulunan ve suçtan zarar gören kişiye davaya katılmak isteyip istemediğinin sorulacağı, davaya katılma talebi var ise bir karar verileceği hükmü karşısında, mağdurun şikayetten vazgeçme ehliyeti yok ise şikayetçi olma ehliyeti de bulunmaz. Sezgin olan mağdurun şikayetçi olmadığı gibi, yasal temsilcilerinin mağdur lehine katılma taleplerinin olmaması nedeniyle, yasa gereğince atanan vekilinin davaya katılma hakkı olmadığından önceki hükmün usul ve yasaya uygun olduğu kanaatine varılmıştır.

2-Cinsel saldırı suçuna muhatap olan küçük mağdurenin dinlenilmesi sırasında CMK'nın 236/3 maddesi gereğince psikoloji, psikiyatri, tıp ve eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulması zorunluluğu emredici bir hükümdür.

Yasa koyucunun amacı, cinsel saldırı sonucu yaşaması muhtemel travma nedeniyle ruh sağlığı bozulan veya bozulma tehlikesi yaşayan mağdurlara psikolojik destek sağlamak, mağdurenin anlatımlarını bir uzman aracılığıyla da denetlemek, bu şekilde mahkemeye yardımcı olmanın yanında mağduru da korumak amaçlanmıştır.

Özellikle cinsel saldırı suçlarıyla psikolojileri bozulan mağdurların da bir kez dinlenmesi benimsenerek, zorunlu olmadıkça aynı olayı tekrar tekrar anlatırılarak saldırının olumsuz etkileri bellekten silinmek istenmiştir.

Soruşturma evrakı kapsamı, Adli Tıp raporu ve mahkememizin izlenimine göre, mağdurenin ruh sağlığının bozulmadığı, kendisini rahatlıkla ifade edebildiği müşahede edilmektedir.

Bu gerekçelere rağmen Yargıtay bozma ilamı yerinde ise de; aynı olay ile ilgili mağdurenin psikolog veya diğer uzmanlar huzurunda dinlenmesi yarar sağlamayacağı, yapılan usuli eksikliğin telafisinin de mümkün olmaması nedeniyle bu gerekçeye dayalı olarak ısrar kararı vermek gerekmiştir.

3-Hapis cezasına mahkumiyete bağlı olarak bazı hakları kullanmaktan yasaklama 765 sayılı TCK'da fer'i ceza olarak yer almış iken, 5237 sayılı TCK'da güvenlik tedbiri olarak yer almıştır. Bu hükümler infaza ilişkin olup uygu-

lanması kanununun emredici hükmüdür. Hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak verilmekte olup, hükümde gösterilmesi zorunlu değildir.

CMK'nın 223/6. maddesinde bahsedilen güvenlik tedbirleri hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olan güvenlik tedbirleri değil, diğer güvenlik tedbirlerinin yanında mahkemenin takdir yetkisine giren TCK'nın 53/5-6 fıkralardaki güvenlik tedbirleridir.

Nitekim 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 4. maddesinde de adli sicile kaydedilecek bilgiler arasında TCK'nın 53/1.maddedeki güvenlik tedbirlerinin gösterilmesi zorunlu kılınmamıştır. Doktrinde Prof. Dr. Bahri Öztürk, Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem "Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku" kitabının 9.baskısının 323.sayfasında "hak yoksunluğu hapis cezasına mahkûmiyetin yasal bir sonucu olarak kendiliğinden ortaya çıkar, ayrıca kararda gösterilmesi gerekmez, bu nedenle de kararda gösterilmemiş olması hükümlü açısından kazanılmış bir hak oluşturmaz" Prof. Dr. İzzet Özgenç, Gazi Şehri isimli kitabında da güvenlik tedbirlerinin hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olup hükümde gösterilmesinde zorunluluk bulunmadığını açıklamıştır.

Bu açıklamalar doğrultusunda TCK'nın 53/1 maddedeki güvenlik tedbirlerinin hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olup hükümde gösterilmesi zorunlu olmadığı kanaatine varıldığından, önceki kararımızda ısrar etme gerekliliği sonucuna varılmıştır." gerekçesiyle önceki hükümde direnmiştir.

Bu hükmün de mağdur vekili ile sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının "bozma" istekli, 29.02.2008 gün ve 211273 sayılı tebliğnamesi ile Birinci Başkanlığa gönderilmekle, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanığın cinsel istismar ve özgürlüğü kısıtlama suçlarından cezalandırılmasına karar verilen olayda, sanığın açık ikrarı, mağdurenin ikrarı doğrulayan beyanı, doktor raporları ve nüfus kayıt örneklerine göre, sanığa yüklenen eylemlerin sabit olduğu hususunda bir kuşku bulunmamaktadır. Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında çözümlenmesi gereken hukuki uyumsuzluklar;

1- Mağdurenin şikayetçi olmadığına ilişkin beyanı karşısında, mağdure için atanan zorunlu vekilin katılma isteminin kabulüne karar verilmesine olanak bulunup bulunmadığı,

2- Mağdurenin dinlenmesi sırasında CYY'nin 236/3. maddesi uyarınca uzman bir kişinin bulundurulmasının zorunlu olup olmadığı,

3- Sanığın kasıtlı bir suçtan özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasına karar verilmesi karşısında, TCY'nin 53. maddesinde öngörülen güvenlik tedbirlerine de hükmedilmesinin gerekip gerekmediğinin belirlenmesi,

hususlarına ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğine göre;

Mağdure C. E., dosyadaki nüfus kayıt örneğine göre 05.07.1991 doğumludur ve getirilen doğum raporu örneğine göre hastanede doğmuş olup, suç tarihinde ve şikayetçi olmadığına ilişkin beyanının alındığı 03.04.2006 günlü oturumda onbeş yaşından küçük olduğu konusunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır.

Yerel Mahkemece, 03.03.2006 tarihinde, tensip ara kararının 7. bendinde, yaşı küçük olan mağdureye CYY'nin 239/2. maddesi uyarınca zorunlu vekil atanması için Balıkesir Barosuna yazı yazılması kararlaştırılmış, 03.04.2006 tarihinde yapılan ilk oturumda mağdurenin ifadesi baro tarafından atanan vekil hazır bulunduğu halde alınmış ve mağdure C., sanıktan şikayetçi olmadığını, davaya da katılmak istemediğini bildirmiştir. Ancak, mağdurenin dinlenmesi sırasında CYY'nin 236/3. maddesinde öngörüldüğü şekilde bir uzman bulundurulmamıştır. Mağdure için atanan vekil ise, aynı oturumda sunduğu dilekçe ile mağdure adına davaya katılma isteminde bulunmuştur.

Yerel Mahkeme ise, mağdurenin şikayetçi olmadığı ve davaya katılmak istemediğine ilişkin beyanını esas alarak, mağdure vekilinin katılma isteminin reddine karar vermiştir.

Bu açıklamalar ışığında hukuki uyuşmazlık nedenleri sırasıyla ele alındığında;

1- Mağdurenin şikayetçi olmadığına ilişkin beyanı karşısında, mağdure için atanan zorunlu vekilin katılma isteminin kabulüne karar verilmesine olanak bulunup bulunmadığına ilişkin uyuşmazlık nedeninin değerlendirilmesinde;

5237 sayılı TCY'nin 6/1-a maddesinde, "henüz 18 yaşını doldurmuş kişi" olarak tanımlanan çocuk kavramının, yasakoyucu tarafından cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği bölümde, "onbeş yaşını bitirmiş", "onbeş yaşını tamamlamamış" şeklinde iki ayrı dönem olarak ele alınmıştır. Buna göre bu bölümde "onbeş yaşını tamamlamamış" çocuklar ile "onbeş yaşını bitirmiş olup ta onsekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCY'nin 103/1-a maddesinde, "onbeş yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken aynı maddenin (b) bendinde ise diğer çocuklar ifadesiyle "onbeş yaşını bitirmiş olup ta onsekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklar kastedilerek bunlara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Yasa koyucu bu maddede "onbeş yaşını bitirmiş olup ta onsekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı rızalarıyla yapılan cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken "onbeş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranışı rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. TCY'nin 104. maddesinde de, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir. Bu nedenle çocuklara karşı cinsel amaçlı olarak işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının da iki kategoride ele alınması gerekmekte, birinci kategoride yer alan "onbeş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen "cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçunda, çocukların rızalarının hukuken değer ifade etmediği konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Öğretide de aynı esas kabul edilmiş ve eyleme razı olma ehliyeti bulunmayan küçüğün şikayet hakkı bulunmadığı vurgulanmıştır. (Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Bası, s. 91)

Öte yandan, mağdure için atanan zorunlu vekil ile yaşı küçük mağdurenin iradelerinin çelişmesi halinde, hangisinin iradesine üstünlük tanınacağı hususunda CYY'nin 234. maddesinde açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak, benzer bir konuda CYY'nin 266/2. maddesinde düzenleme yer almaktadır. Anılan maddede yasa yollarına başvurma konusunda, 150/2. maddeye göre atanan zorunlu müdafî (sanık çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır

ve dilsiz ise) ile asilin iradesinin çelişmesi halinde, zorunlu müdafinin iradesinin esas alınacağı kuralı getirilmiş olup, olayımızda da kıyasen uygulanma olanağı bulunmaktadır.

Gerek 5237 sayılı TCY'nin 103 ve 109. maddelerinde, onbeş yaşından küçük mağdurların iradelerinin gözetilmemiş olması, gerekse CYY'nin 266/2. maddesinin kıyasen uygulanma olanağı nazara alındığında, CYY'nin 234. maddesi uyarınca mağdure için atanan zorunlu vekilin iradesine üstünlük tanınarak davaya katılma yönündeki isteminin kabulüne karar verilmesi yerine, onbeş yaşından küçük mağdurenin iradesi kabul edilerek katılma isteminin reddine karar verilmesi yasaya aykırıdır.

Bu itibarla Yerel Mahkemenin birinci bozma nedenine yönelik direnmesi isabetsizdir.

2- Mağdurenin dinlenmesi sırasında CYY'nin 236/3. maddesi uyarınca uzman bir kişinin bulundurulmasının zorunlu olup olmadığına ilişkin uyuşmazlık nedeninin değerlendirilmesinde;

5271 sayılı CYY'nin 236. maddesinin 3. fıkrasında, *“Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Bunlar hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanır.”* hükmü yer almaktadır.

Anılan fıkra, TBMM Adalet Komisyonu'nda eklenmiş olup, Komisyon raporunda mağduru korumaya yönelik olarak bu düzenlemenin yapıldığı belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi maddedeki düzenleme buyurucu hüküm niteliğinde olup, mağdur çocukların dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması zorunludur.

Yerel Mahkemece onbeş yaşından küçük mağdurenin dinlenmesi sırasında yasada öngörülen nitelikte bir uzmanın bulundurulmaması yasaya aykırıdır.

Bu itibarla Yerel Mahkemenin ikinci bozma nedenine yönelik direnmesi isabetsizdir.

3- Sanığın kasıtlı bir suçtan özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasına karar verilmesi karşısında, TCY'nin 53. maddesinde öngörü-

len güvenlik tedbirlerine de hükmedilmesinin gerekip gerekmediğine ilişkin uyumsuzluk nedeninin değerlendirilmesinde;

5237 sayılı TCY'sının 53. maddesindeki hak yoksunlukları kural olarak hapis cezasının infazı ile sınırlandırılmış, infaz tamamlanmakla, herhangi bir yargı kararına gerek olmaksızın, bu hak yoksunluklarının kendiliğinden ortadan kalkacağı öngörülmüş ancak, aynı maddenin 5. fıkrasındaki düzenleme uyarınca, 1. fıkra da sayılan hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlarda, infazın sona ermesinden sonra da, kararda ayrıca hükmedilmesi koşuluyla, hak yoksunluğunun bir süre daha devam etmesi sağlanmıştır. Yine maddenin 3. fıkrası uyarınca mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlü hakkında 1. fıkranın (c) bendinde yer alan kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkilerinin kullanılmasına ilişkin yasaklama hükmü uygulanamayacak, ayrıca cezası ertelenen hükümlü hakkında, 1. fıkranın (e) bendindeki hak yoksunluğunun uygulanmamasına da karar verilebilecek, ancak kısa süreli hapis cezası ertelenenler ile suçu işlediği sırada 18 yaşını doldurmamış kişiler hakkında, 1. fıkradaki hak yoksunluğuna hiçbir şekilde karar verilemeyecektir.

Yerleşmiş yargısal kararlarda da vurgulandığı gibi, "Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" başlığı altında yeni sistemde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş bulunan ve mahkûmiyetin yasal sonucu olan bu hak mahrumiyetleri, mahkûmiyetin doğal sonucu olduğundan, kararda gösterilmemiş olsa bile hükümlü açısından kazanılmış hakka konu olamazlar, bir başka anlatımla aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilemezler.

Öte yandan, 5271 sayılı CYY'nin 223. maddesinin 5. fıkrasında, yüklenen suçun sabit olması halinde sanık hakkında mahkûmiyet kararı verileceği, 6. fıkrasında ise, *yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunacağı* öngörülmüştür.

Görüldüğü gibi, mahkûmiyet halinde, mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirlerinin uygulanması gereken hallerde buna da hükmolunması esasen zorunludur. Ancak, yukarıda açıklandığı üzere, mahkûmiyetin yasal sonucu olması ve kazanılmış hakka konu olmaması nedeniyle her zaman infaz edilebileceğinden yalnız başına bozma nedeni olarak değerlendirilmekte ve uygulamada eksikliğe işaret

edilmekle yetinilmektedir. Ancak, hükmün bir başka nedenle bozulması halinde bu hususun da bozma nedenlerine ekleneceği açıktır.

Yerel Mahkemece CYY'nin 223/6. maddesinin yanlış yorumlanması suretiyle, bu hükmün sınırlı hallerde uygulanacağına ilişkin isabetsiz gerekçe ile TCY'nin 53. maddesinin uygulanmaması ve direnme kararı verilmesi de yasaya aykırıdır.

Bu itibarla Yerel Mahkemenin üçüncü bozma nedenine yönelik direnmesi isabetsizdir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle usul ve yasaya aykırı olan Yerel Mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 12.12.2007
E. 2007/10-973
K. 2007/975

* İş kazasında ölen sigortalı için yapılan ödemeler nedeniyle oluşan Kurum zararının rücuen tazmini
* Asıl işveren-aracı ilişkisi
* Anayasa Mahkemesi kararlarının yürürlük tarihi

(506 sayılı SSK m. 10, 26, 87; 4447 sayılı Kanun ile değişik 506 sayılı SSK m. 9; Anayasa m. 60.)

Taraflar arasındaki "rücuen tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 5. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 16.06.2005 gün ve 899-415 sayılı kararın incelenmesi taraflar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 11.04.2006 gün ve 2657-4938 sayılı ilamı ile,

Dava, davalı vakıf tarafından yaptırılan "Özel Batı Anadolu Üniversitesi İnşaat İşyerinin" 25.10.2002 tarihli sözleşme ile kaba inşaatının yapım işini üstlenen diğer davalı Limited Şirketin yapım faaliyetinin devamı sırasında ve 4. kattan düşerek 22,11,2002 tarihinde vefat eden Limited Şirket İşçisi B. Y.'nin hak sahiplerine Kurumca yapılan sosyal sigorta yardımlarının 506 sayılı Yasanın 10, 26 ve 87. maddelerine göre rücuen tahsili istemine ilişkin olup, mahkeme, yazılı gerekçelerle ve talep gibi davanın kabulüne karar vermiştir. a-Zararlandırıcı sigorta

olayının 22.11.2002 tarihinde gerçekleşmesine, daha önce tescilli bulunmayan inşaat işyerinin müfettiş raporuna istinaden ve 18.11.2002 tarihi itibarıyla yasa kapsamına alınmasına, kaldı ki, kazalının Limited Şirkete ait ...202 sicil sayılı başka işyerinden 2002 yılı Kasım ayında bildiriminin ve 5 günlük ücret kaydının bulunup çıkışının ise, kaza günü olan 22.11.2002 tarihinde verilmesine göre, somut olayda 506 sayılı Yasanın 10. maddesi koşullarının gerçekleşmediği gözetilmeksizin söz konusu maddeye göre ve yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi usul ve yasaya aykırı görülmüştür. b-Öte yandan, aracının, bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde işveren tarafından iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran 3. kişi olduğu hususu, 506 sayılı Yasanın 87. maddesinin son fıkrası hükmünde açıkça belirtilmiştir. Bu tanıma göre; asıl işverenin taşeron ile birlikte müştereken sorumlu tutulabilmesi için; taşeronun bir işte veya bir işin bölümü ve eklentilerinde işveren tarafından iş alması ve bu işte kendi adına sigortalı çalıştırması, ayrıca o işte işi ihale eden asıl işverenin de sigortalı çalıştırması gerekir. Mahkemece, anılan ve birbirini teyit eden iki ayrı kusur raporunda, asıl işveren sıfatıyla davalı vakfa %32,5, taşeron sıfatıyla davalı Limited Şirkete %12,5, ölü davalı ve Limited Şirket Müdürü Aliye %20, fenni mesul ve diğer davalı Mümtaz'a %5, ölene %30 oranında kusur izafe edilmiştir. Somut olayda; öncelikle, davalı vakıf ile davalı Limited Şirket arasında asıl işveren-taşeron ilişkisi bulunup bulunmadığı 87. madde kapsamında yöntemince araştırılıp belirlenmeli, vakfın işverenlik sıfatının bulunmadığının anlaşılması halinde, 506 sayılı Yasanın 26/2. maddesi kapsamında sorumluluk durumunun da irdelenmesini sağlayacak şekilde işçi sağlığı ve iş güvenliği ile işkolunda uzman bilirkişi heyetinden kusur oran ve aidiyeti yönünden yeniden kusur raporu alınmalı, denetlendikten ve varsa çelişkiler giderildikten sonra sonucuna göre karar verilmelidir.

Hükme dayanak kılınan 13.05.2005 tarihli hesap raporu 10. maddede ve %85 kusura göre düzenlenmiş olup, hak sahibi Kamil'in dış tavanı 853.716.356 TL belirlenmesine rağmen, dış tavan yerine %70 isteme göre ileri sürülen 1.976.065.588 TL'ye hükmedilerek davalılar aleyhine 1.122.349.232 TL fazla rücu alacağına hükmedilmesi yerinde görülmemiştir. Mahkemece yapılacak iş yukarıda açıklanan yöntemlerle davalıların kusur oran ve aidiyetlerini belirlemek, belirlenen kusur oranlarını 13.05.2005 tarihli hesap raporuna uygulayarak hak sahiplerinin gerçek maddi zarar tavanlarını tespit etmek ve tavan kontrolü

yapılarak ileri sürülen talep hakkında bir karar vermektten ibarettir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli 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:

Dava, iş kazasında vefat eden sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirler ve yapılan cenaze yardımı nedeniyle oluşan Kurum zararının, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 9, 10, 26 ve 87. maddeleri uyarınca rücu tazmini istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, istemin kabulüne dair verilen karar, Özel Dairece, yukarıda yazılı nedenlerle bozulmuş, yerel mahkemece önceki hükümde direnilmiştir. İlk uyuşmazlık, 506 sayılı Kanu'nun 10. maddesi uyarınca rücu alacak koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

Anılan madde ile; sigortalı çalıştırıldığı süresi içerisinde Kuruma bildirilmemesi halinde, sonradan verilen bildirge veya durumun Kurumca tespit tarihine kadar geçecek süre içerisinde meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde ilgililerin sigorta yardımlarının Kurumca sağlanarak, yapılan veya ileride yapılması gereken giderler ile bağlanan gelirlerin peşin sermaye değerleri tutarının işverene ayrıca ödettirileceği hükme bağlanmıştır.

Maddenin uygulama alanı, 4447 sayılı Kanun ile değişik 506 sayılı Kanun'un 9. maddesinde belirtilmektedir. Buna göre, *"İşveren çalıştıracağı kimseleri, işe başlatmadan önce örneği Kurumca hazırlanacak işe giriş bildirgeleriyle Kuruma doğrudan bildirmekle veya bu belgeleri iadeli-taahhütlü olarak göndermekle yükümlüdür."*

Maddenin devamında ise; *"İnşaat işyerlerinde işe başlatılacak kimseler için işe başlatıldığı gün Kuruma veya iadeli-taahhütlü olarak postaya verilen işe giriş bildirgeleri ile Kuruma ilk defa işyeri bildirgesi verilen işyerlerinde işe alınan işçiler için en geç bir ay içinde Kuruma verilen veya iadeli-taahhütlü"*

olarak gönderilen işe giriş bildirgeleri de süresi içinde verilmiş sayılır."

Denilerek, iki istisna getirilmiştir.

İş kazası nedeniyle düzenlenen 03.03.2003 günlü sigorta müfettiş raporunda; zararlandırıcı sigorta olayının meydana geldiği Üniversite kampus inşaatı işyerinin tescilsiz olduğu, iş kazasının 22.11.2002 tarihinde meydana geldiği, sigortalı işe giriş bildirgesinin 02.12.2002 tarihinde Kuruma iadeli taahhütlü posta ile ulaştırıldığı, işyerinin 18.11.2002 tarihi itibarıyla yasa kapsamına alınması gerektiği hususlarının saptandığı anlaşılmaktadır. İlk defa işyeri bildirgesi verilmesi gereken işyerlerinde çalışmaya başlayan sigortalıların bir ay içerisinde Kuruma bildirilmelerinin Yasaca yeterli bulunması karşısında, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 9 ve 10. maddelerine göre işverenin sorumluluğu yönüne gidilemeyecektir. Bir aylık sürenin başlangıcının, işyeri bildirgesinin verildiği ya da verilmesi gereken tarih olduğu ise dikkate alınmalıdır.

II- Davalı Vakıf ile davalı Ltd. Şirket arasında 506 sayılı Kanunun 87. maddesi uyarınca "*asıl işveren-aracı*" ilişkisi bulunup bulunmadığı yönünde araştırma yapılarak, sonucuna göre karar verilmesi gerektiğine ilişkin bozma nedenine gelince;

Hemen belirtmelidir ki, maddenin "*aracı*" olarak nitelediği üçüncü kişi, gerek mevzuatta, gerekse öğreti ve yargı kararlarında; alt işveren, taşeron, tali işveren, alt müteahhit, alt ısmarlanan vb. adlarla anılmaktadır.

"Üçüncü kişinin aracılığı" başlığını taşıyan 87. madde; "Sigortalılar üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işveren de sorumludur. Bir işde veya bir işin bölümü veya eklenmelerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir." hükmünü içermektedir.

Bu hüküm ile asıl işverenin sorumluluğunun kapsamı belirlenirken, sigortalının sosyal güvenlik hakkı yanında, Kurumun bir kısım alacaklarının da güvence altına alınması amaçlanmıştır.

Sosyal Sigortalar Kanununa göre "*aracı*"dan söz edebilmek ve asıl işvereni aracının borçlarından dolayı sorumlu tutabilmek için maddenin tanımından ortaya çıkan bir takım zorunlu unsurlar bulunmakta-

dır. Maddede belirtilen koşulların yokluğu durumunda aracıdan söz edilemeyecektir.

506 sayılı Kanu'nun 4/1. Maddesi dikkate alındığında (asıl) işveren, sigortalıları çalıştıran gerçek ya da tüzel kişi olup, işveren niteliği sigortalı çalıştırmanın doğal sonucudur. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi için, işyerinde, "iş sahibi"nin de sigortalı çalıştırıyor olması koşulu gereklidir. Sigortalı çalıştırmayan iş sahibi "işveren" sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden iş alanlarda aracı sayılmayacak ve anılan madde kapsamında dayanışmalı sorumluluk oluşmayacaktır.

İşverenden alınan iş, işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir iş olarak değerlendirilebiliyor ise, işi alan kimse aracı değil, bağımsız işveren niteliğinde olacaktır.

İşin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, Sosyal Sigortalar Kanunu anlamında bir alt işverenlik, dolayısıyla dayanışmalı sorumluluk hali söz konusu olmayacaktır. Diğer işyerlerinde sigortalı çalıştırması nedeniyle "işveren" sıfatına sahip olmanın, devredilen iş dolayısıyla işverenlik sıfatını kazandırmayacağı dikkate alınmalıdır.

Aynı şekilde, işi alan kişinin de işverenlik sıfatını, alınan işte ve o iş nedeniyle sigortalı çalıştırılması sonucunda kazanmış olması gerekmektedir. Alınan işte sigortalı çalıştırmayıp, tek başına ya da ortakları ile işi yürüten kişi alt işveren olarak nitelendirilemeyecektir. Bu kişinin diğer bir takım işyerlerinde çalıştırdığı sigortalılar nedeniyle kazandığı işverenlik sıfatının sonuca etkisi ise bulunmamaktadır.

Sonuç olarak; aracının aldığı iş, işverenin asıl işinin bölüm ve eklentilerindeki işin bir kesimi ya da yardımcı işler kapsamında bulunmalıdır. Bir işverene ait işyerindeki üretim sürecine, başka bir işverenin dahil olması durumunda "aracıdan" söz edilebilecektir. Bu noktada belirleyici yön; yapılan işin, diğerinin bütünleyici, yardımcı parçası olup olmadığıdır. İşyerindeki üretimle ilgili olmayan, asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde, 506 sayılı Kanun uygulaması yönünden aracıdan söz etme olanağı kalmayacak, ortada iki bağımsız işveren bulunacaktır.

Belirtilmelidir ki, yapılmış olan sözleşmede, işin kalitesi ve işyeri disiplini amacıyla bir kısım hükümlerin yer alması, inşaat sahipliği dışında asıl işverenlik sıfatını doğuracak, işi alanın bağımsız işveren kimliğini ortadan kaldıracak bir etmen olmayıp, anılan sözleşmenin,

Borçlar Kanunu'nun 356 vd. maddeleri doğrultusunda müteahhide yüklenen sorumluluğun doğal bir sonucu olarak, sözleşme hükümlerinin proje ve teknik şartnameye uygunluğunun saptanabilmesi amacına yönelik olduklarının da kabulü gerekebilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.05.2004 gün ve 2004/10-233 Esas,262 sayılı Kararında da aynı yönlere değinilmektedir.

Yerel mahkemece, belirtilen bu maddi ve yasal olgular doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılmaksızın davalı Vakfın 87. madde kapsamında sorumluluğuna karar verilmesi isabetli bulunmamaktadır.

III- İşverenin sorumluluğunun düzenlendiği 506 sayılı Kanunun 26. maddesinde, iş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve işgüvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya haksahibi kimselerine gelir bağlanması durumunda, Kurumun sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere işverene rücu hakkı öngörülmekte iken, Anayasa Mahkemesi'nin, 21.03.2007 gün ve 26469 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan 23.11.2006 gün ve 2003/10 Esas, 2006/106 sayılı Kararı ile;

"...Kurum'ca sigortalıya veya haksahibi kimselere yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile gelir bağlanması halinde bu gelirin Yasa'nın 22. maddesinde sözü edilen tarifeye göre hesap edilecek sermaye değerleri toplamının işverenden alınması öngörülmekte, bu gelirin istenebilmesi için zararın işverenin kastı ya da işçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarına aykırı veya suç sayılabilir hareketi sonucunda oluşması gerekmektedir. Buna göre, iptali istenilen '...sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebileceği miktarla sınırlı olmak üzere...' bölümü, anılan sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde, sigortalıya bağlanan gelirlerde, kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeni ile yapılacak artışların da işverenden istenebilmesini olanaklı kılmaktadır. Nitekim 1.7.1994 günlü, E.1992/3, K.1994/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararındaki yorumun da bu yönde olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesi ile benimsenen hukuk devleti, bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bu devlette hukuk güvenliğini sağlayan bir düzen kurulması esastır. Böyle bir düzende devlete güven ilkesi ise vazgeçilmez temel öğelerdendir. Devletin yaptığı düzenlemelerde haksız bir

edinime yol açılması ve kişilerin haksızlığa uğratılması kabul edilemez.

Anayasa'nın 60. maddesinde 'Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar' denilmektedir. Bu kurala göre, sosyal güvenlik herkes için bir hak ve bunu gerçekleştirmek ise devlet için görevdir. Sosyal güvenlik hakkı, sosyal sigorta kuruluşlarının kendi kuralları çerçevesinde yerine getirilir. Sosyal sigortanın kapsamı, sigorta alanı ve içerdiği riskler ile alınacak primler yasalarla belirlenmiştir. Sosyal güvenliğin ve sigortanın varlık nedeni sosyal risklerin karşılanmasıdır. Kanuna uymayan eylem sonucunda hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun sonucu olarak da bağlanan gelirin sermaye değerini Kurum'a ödeyen ve böylece ilgi ve ilişkisi kesilen işverenin, kanun, kanun hükmünde kararname ve kararlarla bağlanan gelirlerde yapılacak artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerlerinden sorumlu tutularak dava tehdidi altında bulundurulması, sosyal güvenlik kuruluşlarına ait olması gereken risklerin işverene yükletilmesi anlamına gelir. Böyle bir durum hakkaniyet ve sorumluluk ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi sosyal hukuk devleti ilkesine de aykırıdır." gerekçesiyle;

"17.7.1964 günlü, 506 sayılı "Sosyal Sigortalar Kanunu"nun 26. maddesinin 3395 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasının "... sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere ..." bölümünün, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline" Karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı ile, 26. maddenin birinci fıkrasında yer alan ve gelir artışlarından doğan Kurum zararının işverenden tahsiline olanak tanıyan "... sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere ..." bölümü, Anayasa'nın "sosyal devlet" ve "hukuk devleti" ilkelerine aykırı bulunmuş ve sonuçta kesin bir ifade ile gelir artışının işverenden istenemeyeceği karara bağlanmıştır.

Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları *Resmî Gazete*'de yayımlandıktan sonra yürürlüğü girmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları, idari makamlar, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı açıktır. Diğer taraftan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesinde "Hakim re'sen Türk Kanunları mucibince hüküm verir" yönündeki yasal ilke gözetildiğinde, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının bu gibi kesin hüküm halini almamış (derdest) dava-

lar yönünden uygulanmasının zorunluluğu ortadadır (Hukuk Genel Kurulu'nun 21.01.2004 gün ve 2004/10-44 Esas, 19 Karar; 07.04.2004 gün ve 2004/10-214 Esas, 198 Karar; 29.09.2004 gün ve 2004/10-448 Esas, 461 sayılı Kararları).

Nitekim, usuli kazanılmış hak gereğince uygulanması gereken bir Kanun hükmü sonradan (görülmekte olan davada karar kesinleşmeden önce) Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirse artık usuli kazanılmış hakka göre değil, usuli kazanılmış hakkın istisnası olarak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonraki yeni duruma göre karar verilmesi gerekecektir (Prof. Dr. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 2001, Altıncı Baskı, Cilt V, s. 4784).

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile ortaya çıkan bu maddi ve hukuki olgular karşısında, Kurum'un rücu hakkı; bu Kanun gereğince (sigortalıya veya) haksahiplerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin toplamı ile gelir bağlanırsa bu gelirin ilk peşin sermaye değerli tutarıyla sınırlı bulunmaktadır.

Bir diğer ifadeyle; Kurum tarafından (506 sayılı Kanun'un Ek 44. maddesi de gözetilerek) belirlenen sigortalı geliri ile bu Kanun'un 20 ve 23. maddeleri uyarınca (sigortalıya veya) haksahiplerine bağlanan (sürekli iş göremezlik ve ölüm) gelirin (her ay ödeme tarihlerinde bir önceki aya göre Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açıklanan en son temel yıllık kentsel yerler tüketici fiyatları indeksi artış oranı kadar artırılarak belirleneceğine ilişkin Ek 38. madde hükmü dikkate alınmaksızın) 22. maddede belirtilen tarife uyarınca hesaplanacak (ilk) peşin sermaye değerinin, tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden tutarı oranında rücu alacağına hükmedilmesi gerekmektedir.

İş Kazaları ile Meslek Hastalıkları, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından gelir ve aylık alanlara ödenmekte olan sosyal yardım zammının 22. maddede belirtilen tarife uyarınca hesaplanacak peşin sermaye değerinin, 506 sayılı Kanun'un 26. maddesi hükümlerine göre tespit edilecek (ilk) peşin sermaye değerine katılması gerektiği de dikkate alınmalıdır (Ek Madde 24/d).

Hak sahibinin gelirden çıktığının anlaşılması halinde ise, yapılmış olan fiili ödemenin, ilk peşin sermaye değeriyle sınırlı miktarına, fiili ödeme miktarının ilk peşin sermaye değerinden düşük olması halinde ise, fiili ödeme miktarına hükmedilmelidir.

Yerel mahkemece, yukarıda açıklanan maddi ve yasal olgular dikkate alınarak yapılacak inceleme ve araştırma ile hüküm kurulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 12.12.2007

E. 2007/5-972

K. 2007/972

* Kamulaştırmamasız elatmanın önlenmesi

* Taraf ehliyeti

(5018 sayılı Kamu Mali ve Kontrol Yönetimi K. m. 12, 45, geçici 12; 1086 sayılı HUMK m.38, 4721 sayılı TMK m.8, 48; Anayasa m. 123)

Taraflar arasındaki “Kamulaştırmamasız elatmanın önlenmesi” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin Asliye I. Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 30.10.2006 gün ve 2006/7-588 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 19.4.2007 gün ve 2007/3703-5259 sayılı ilamıyla; (...Dava dilekçesinde davalı olarak gösterilen Karayolları Genel Müdürlüğü’nün hükmü şahsiyeti 5018 sayılı Kanunla sona erdirilmemiştir. Bu nedenle adı geçen Genel Müdürlük aleyhine hüküm kurulması gerekirken, Bayındırlık Bakanlığı aleyhine hüküm teysisi, 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, tapu kayıt maliki tarafından, Karayolları Genel Müdürlüğü aleyhine açılmış, kamulaştırmaz el atılan taşınmaza vaki elatmamın önlenmesi istemine ilişkindir.

Davacı vekili dava ve ıslah dilekçelerinde; müvekkilinin kayden maliki olduğu 1442 parsel sayılı taşınmazın 3398,30 metrekairelik kısmının davalı Karayolları Genel Müdürlüğü'nce tel örgü ile çevrilerle oto yol koruma sahasına katılmak suretiyle kamulaştırmaz el atıldığını ileri sürerek, davalı idarenin kamulaştırmaz elatmasının önlenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Karayolları Genel Müdürlüğü vekili cevap dilekçesinde; davalı idarece yola kalbedilerek kamu hizmetine tahsis edilmiş bulunan dava konusu taşınmaz için elatmanın önlenmesi kararının verilmesinin tapu malikine bir fayda sağlamayacağını savunarak, davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Yargılama sırasında duruşmalara Hazine vekilinin katılımı üzerine davacı vekilinin 25.9.2005 tarihli dilekçesi ile dava, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'na yöneltilmiştir.

Mahkemenin; "dava konusu taşınmaza davalı idarece kısmen kamulaştırmaz elatıldığının keşfen tespit edildiği" gerekçesiyle, "davanın kabulü ile, 1442 numaralı parselin 3398,30 metrekairelik bölümüne davalı idarenin elatmasının önlenmesine" dair, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı aleyhine verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkemece, "daha önce genel bütçe kapsamı dışında iken, 5018 sayılı Kamu Mali ve Kontrol Yönetimi Kanunu hükümlerine göre genel bütçe kapsamına alınarak, bu Kanununun 12. maddesi gereğince tüzel kişiliğini kaybeden ve aynı Kanununun 45 ve Geçici 12. maddeleri gereğince mülkiyetindeki taşınmazları tapuda Hazine adına resen tescil edilecek olan kamu idareleri arasında Karayolları Genel Müdürlüğü'nün de bulunduğu, bu itibarla 5018 sayılı Kanunun bütün hükümleri ile yürürlüğe girdiği 01.01.2006 tarihi itibarıyla Karayolları Genel Müdürlüğü'nün tüzel kişiliğinin sona erdiği" gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Bozma ve direnme kararlarının içerik ve kapsamaları itibarıyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, dava dilekçesinde davalı olarak gösterilen Karayolları Genel Müdürlüğü'nün tüzel kişiliğinin 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile sona erdirilip erdirilmediği; bu konudaki saptamaya bağlı olarak da, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün davada taraf ehliyetinin sona erip ermediği, eş söy-

leyişle davada gerçek hasmın Karayolları Genel Müdürlüğü mü yoksa bağlı bulunduğu Bakanlık mı olduğu noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere taraf ehliyeti, davada taraf olabilme yeteneğidir. Taraf ehliyeti medeni hukuktaki medeni haklardan istifade (hak) ehliyetinin medeni usul hukukunda büründüğü şekildir. Kimlerin taraf ehliyetine sahip buldukları Medeni Kanuna göre belirlenir (HUMK m.38, TMK m.8 ve m.48). Buna göre, medeni haklardan istifade (hak) ehliyeti bulunan her gerçek (TMK m.8) ve tüzel (TMK m.48) kişi, davada taraf olabilme ehliyetine de sahiptir.

Bu noktada, görevleri bakımından kamu otoritesini temsil eden kamu tüzel kişilerinin, özel hukuk tüzel kişileri gibi, davada taraf ehliyetine sahip oldukları konusunda kuşku ve duraksama bulunmamaktadır.

Kamu tüzel kişileri, ancak hukukun öngördüğü biçimde kurulduktan sonra kişilik kazanıp, medeni haklardan istifade ehliyetine sahip olduklarından, tüzel kişiliğin kazanılması ile davada taraf olma yeteneğine de sahip olurlar. Kamu tüzel kişilerinin kişiliği ve bununla medeni haklardan istifade (hak) ehliyeti, hukukun öngördüğü biçimde kalkınca, davada taraf olma yetenekleri de sona erer.

Burada önemle vurgulanmalıdır ki; kamu yönetimine yön verecek ilke ve kuralların yer aldığı Anayasa'nın, "İdare" başlığı altında düzenlenen 123. maddesinin 3. fıkrasında, "*Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur*" hükmü öngörülmüştür.

Bu açık hüküm karşısında, kamu tüzel kişilerinin kanunla ya da kanunun verdiği açık bir yetkiye dayanılarak idari bir kararla kurulması gerektiği; yetki ve usulde paralellik ilkesi gereği, bir kanun ile ya da kanunun verdiği yetkiye dayanılarak idari bir karar ile kurulan kamu tüzel kişiliğinin sona ermesinin de aynı usule tabi olduğu her türlü duraksamadan uzaktır.

O halde, kanunla kurulan bir kamu tüzel kişiliği, aynı usulle kaldırılıncaya kadar, bunların davada taraf olma yeteneklerinin devam ettiği kuşkusuzdur.

İlke olarak, kamu tüzel kişilerinin tüzel kişilikleri ile ilgili hükümlere, somut olayda olduğu gibi kendi kuruluş kanunlarında yer verilmektedir.

Bu cümleden olarak, 16.02.1950 tarihinde yürürlüğe giren 5539 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un I. maddesinin I. fıkrasında, "*Bayındırlık Bakanlığına bağlı, tüzel kişiliği haiz olmak ve katma bütçe ile idare edilmek üzere Karayolları Genel Müdürlüğü kurulmuştur*" hükmü yer almakta olup, bu hüküm halen yürürlüktedir.

Yeri gelmişken; özel kanunla ve katma bütçe ile idare edilmek üzere kurulan Karayolları Genel Müdürlüğü'nün tüzel kişiliğinin dolayısıyla davada taraf ehliyetinin sona erip ermediğinin aydınlığa kavuşturulabilmesi için, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun irdelenmesinde yarar görülmüştür.

Kamu mali yönetim ve denetim sistemi ile ilgili en köklü ve bütünsel değişiklik, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 10.12.2003 tarihinde yasalaşması ile gerçekleştirilmiştir. 26.05.1927 tarih ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun yerini alan 5018 sayılı Kanun, mali yönetim ve kontrol sistemimizin yapısını ve işleyişini yeni bir anlayışla ele almak suretiyle sistemin temel esaslarını düzenlemekte; kamu bütçelerinin hazırlanma, uygulanma ve kontrol işlemlerinin nasıl yapılacağını, mali işlemlerin muhasebeleştirilmesini ve raporlanmasını şekillendirmektedir. 5018 sayılı Kanun'un kapsamı, genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri olarak belirlenmiştir. 1050 sayılı Kanun sadece devlet tüzel kişiliğine dahil idareler ile özel mevzuatlarındaki hükümler saklı kalmak üzere katma bütçeli ve özel bütçeli idarelerin mali yönetim ve denetimlerini kapsarken, 5018 sayılı Kanun merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin mali yönetim ve kontrolünü kapsamaktadır. 5018 sayılı Kamu Mali ve Kontrol Kanunu'nun 12. maddesinin 2. fıkrasında, "*Merkezi yönetim bütçesi, bu Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerinin bütçelerinden oluşur*" hükmüne yer verilmiş; 3. fıkrasında, "*Genel bütçe, Devlet tüzel kişiliğine dahil olan ve bu Kanuna ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu idarelerinin bütçesidir*" tanımı yapıldıktan sonra; bu Kanun'a ekli (I) sayılı cetvelde "*Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri*" arasında, Karayolları Genel Müdürlüğü de gösterilmiştir. Dolayısıyla, eski sistemde katma bütçeli kuruluşlar kapsamında yer alan bazı kuruluşlar, somut olayda olduğu gibi Karayolları Genel Müdürlüğü, genel bütçe kapsamına alınmış; 5018 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesinin 5436 sayılı Kanun'a değişik metninde

“Bu Kanunda öngörülen mali yönetim ve kontrol sistemine uyum sağlanması amacıyla, Kanun kapsamındaki idarelerle ilgili mevzuatta ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünde gerekli değişiklikler, en geç 31.12.2007 tarihine kadar yapılır” hükmü öngörülmüştür.

Görüldüğü gibi; 5018 sayılı Kamu Mali Kontrol Yönetimi Kanununda Karayolları Genel Müdürlüğü'nün tüzel kişiliğini kaldıran açık bir düzenlemeye yer verilmediği gibi, az yukarıda açıklanan, aynı Kanun'un Geçici 4. maddesi uyarınca 5539 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda bu yönde bir değişiklik yapılmamış, başka her hangi bir yasal düzenlemeyle de Karayolları Genel Müdürlüğü'nün tüzel kişiliği kaldırılmamıştır.

Açıklanan bu hukuksal durum karşısında, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün tüzel kişiliğinin 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile sona erdirilmediği; 5539 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'la kurulan bu kamu tüzel kişiliğinin, Anayasa'nın 123/3 maddesi uyarınca yine bir kanunla kaldırılincaya kadar devam ettiği belirgindir.

Bu itibarla, kamu tüzel kişiliği ve bununla medeni haklardan istifade (hak) ehliyeti bulunan Karayolları Genel Müdürlüğü'nün davada taraf olma ehliyetinin bulunduğu ve eldeki davada gerçek hasım durumunda bulunan Karayolları Genel Müdürlüğü aleyhine hüküm tesis edilmesi gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır.

Direnme kararında sözü edilen, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 45. maddesine göre Genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin edindiği taşınmazların Hazine adına tescil olunacağı ve bu taşınmazların Maliye Bakanlığı tarafından yönetileceği, aynı Kanunun Geçici 12. maddesinde ise, 45. maddenin 1. fıkrası uyarınca Hazine adına tescil edilmesi gereken taşınmazlardan ilgili kamu idarelerinin mülkiyetinde bulunanların, bu idarelerin tüzel kişiliğinin sona erdiği tarihi izleyen 6 ay içerisinde herhangi bir işleme gerek olmaksızın tapuda resen Hazine adına tescil edileceğine dair düzenlemelerin, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün tüzel kişiliğini açıkça kaldıran hükümler olmadığı; tam tersine, taşınmazların Hazine adına tescilini, anılan Kanunla Genel bütçe kapsamına alman bu idarelerin tüzel kişiliğinin sona erme şartı ve belli bir süreye bağladığı görülmektedir. Şu da eklenmelidir ki; 4353 Sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliği'nin ve Muhakemat Umum Müdürlüğü'nün Vazifelerine,

Devlet Davalarının Takip Usullerine Dair Kanun gereğince hazine avukatları genel bütçeye dahil idareleri davada temsil edebilir. Ancak davadaki tüm işlemler ve verilecek hüküm Hazine ya da Hazine avukatının leh yada aleyhine değil, temsil olunan kamu tüzel kişiliği leh yada aleyhine olacaktır. Bu nedenle Karayolları Genel Müdürlüğü'nü temsilen yasa gereği olarak davada hazine vekilinin bulunması, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün bağlı bulunduğu Bakanlığın, davanın tarafı olduğu anlamına gelmeyecektir.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile Karayolları Genel Müdürlüğü'nün salt Genel bütçe kapsamına alınmış olmasının, tüzel kişiliğini sona erdirmediği ve bu yönde yapılmış açık bir yasal düzenlemenin de bulunmadığı, henüz tüzel kişiliğim yitirmemiş olan Karayolları Genel Müdürlüğü'nün davada taraf ehliyetinin devam ettiği göz önünde tutularak; Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması ve gerçek hasım durumundaki Karayolları Genel Müdürlüğü aleyhine hüküm kurulması gerekirken, yanılığılı gerekçeyle davalı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün bağlı bulunduğu Bakanlık aleyhine tesis edilen önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 11.04.2007

E. 2007/13-198

K. 2007/199

* Alacak davası

* Avukatın özen yükümlülüğü
ve sorumluluğu

(818 sayılı BK m. 389, 390 vd.)

Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 18.Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 29.01.2003 gün ve 2001/741 E- 2003/64 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13.Hukuk Dairesinin 13.12.2005 gün ve 2005/14216-18502 sayılı ilamı ile; (...Davacı, 1993 yılında iş kazası geçirdiğini, dava dışı idareye

karşı idare mahkemesinde tam yargı (tazminat) davası açması için davalı avukatı vekil tayin ettiğini, davalının fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak şimdilik 600.000.000 TL. tutarında tazminat talep ettiğini, yapılan yargılama sonucunda talep edilebilecek tazminat miktarının 4.785.187.109TL olarak belirlendiğini ve taleple bağlı kalınarak 600.000.000 TL.na hükmedildiğini davalı avukatın bakiye tazminata ilişkin olarak açtığı ek davasının süresinden sonra açılması nedeniyle reddedildiğini ve bu ek davanın Danıştay incelemesinden geçerek kesinleştiğini, davalının yürürlükteki yasa hükümlerini bilmek durumunda bulunduğunu ve zararına neden olduğunu ileri sürerek 4.185.187.809 TL maddi ve 5.000.000.000 TL.manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir,

Davalı, olayda özensizliği ve kusurunun bulunmadığını, davacıdan ibraname aldığını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, olayda davalının kusurunun olmadığı kabul edilmek ve bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle davanın reddine karar verilmiş davacının temyizi üzerine dairemizce bu tür davaların Baro Hakem Kurullarında görüleceği gerekçesiyle bozulmuş, bozma nedenine göre sair temyiz itirazları incelenmemiş, bu kez davalı karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

1- Davalının karar düzeltme isteminden sonra Anayasa Mahkemesi 03.03.2004 tarih ve 2003/98 esas, 2004/31 karar sayılı ilamı ile Baro Hakem Kurullarının görevine ilişkin olan 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 4667 sayılı yasa ile değişik 167/1.maddesini iptal ettiğinden verilen bu iptal kararının *Resmî Gazete*'de yayımlandığı 10.07.2004 gününden itibaren Baro Hakem Kurullarının hukuki varlıkları da son bulmuş olduğundan ve böylece Asliye Hukuk Mahkemesinin görevsizliğine ilişkin olan hal ortadan kalktığından Dairemizin 06.11.2003 tarih ve 2003/6735-13243 sayılı göreve ilişkin bozma kararının kaldırılması gerekir.

2- Davacının temyiz dilekçesi esasın incelenmesinde;

Toplanan delillerden ve celp edilen idare mahkemesi dosyaları kapsamında davalı avukatın davacıya vekaleten 12.04.1996 tarihinde Ankara 4. İdare Mahkemesinde açtığı davasında fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması suretiyle şimdilik 600.000.000 TL.nin tahsiline karar verilmesini istediği, daha sonra da tazminat hesabına ilişkin olan

23.12.1997 günlü bilirkişi raporunun hazırlanıp idare mahkemesi dosyasına ibrazından sonra Ankara 9. İdare Mahkemesi'nde yine davacı vekili olarak 26.03.1998 tarihinde açtığı ek davasında bilirkişi raporunda belirlenip, fazlaya ilişkin saklı tuttuğu hak yönünden 4.180.187.809 TL, tazminat talebinde bulunduğu, açılan bu davanın süre aşımı yönünden reddine karar verildiği, Danıştay incelenmesinden de geçmek suretiyle kesinleştiği görülmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlık ve kalet sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, davalı avukattır. Avukat yürürlükteki mevzuatı bilmek, müvekkilinin haklarını en iyi şekilde koruyup gözetmek, yüklendiği bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla yükümlüdür. Bunun aksine davranışı davalının BK 389 ve devamı maddeleri hükmünce sorumluluğunu gerektirir. Az yukarıda açıklandığı gibi davalı avukat davacı vekili olarak Ankara 9.İdare Mahkemesi'ne 1998/281 esas sayısıyla açtığı davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmesi sonucu davacının zararına neden olmuştur ve bu zarardan sorumludur. Hal böyle olunca öncelikle Ankara 4. İdare Mahkemesi'nde 12.04.1996 tarihinde açılıp, henüz kesinleşmediği anlaşılan 2001/849 esas sayılı dava dosyasının kesinleşmesi beklenilme!!, bundan sonra konusunda uzman bilirkişiden zarar miktarı konusunda rapor alınmalı, taleple de bağlı kalınmak suretiyle sonucuna uygun bir karar verilmelidir. Bu hususun gözetilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

3- Bozma nedenine göre davalının karar düzeltme dilekçesinin incelenmesine gerek görülmemiştir...) gerekçesiyle; bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURUL KARARI

Hukuk Genel Kurul Kararı' nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı vekili, davacının davalı idarede şebeke bakım teknisyeni olarak çalışmakta iken geçirdiği iş kazası sonucu uğradığı işgücü kaybına karşılık olay tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle

600.000.000 TL. maddi tazminat istemiyle dava açtığını; mahkemenin öncelikle idareye başvurması gerektiğinden dava dilekçesinin idareye tevdiine karar verdiğini; Aradan bir süre geçtikten sonra bu kez Ankara 4.İdare Mahkemesinin 1996/443 Esas sayılı dosyası üzerinden aynı taleple dava ikame edildiğini, yapılan yargılama sonunda davacının maddi zararının 4.785.187.809 TL olduğunun tespit edildiğini; mahkemece taleple bağlı kalınarak 600.000.000 TL. tazminata hükmedildiğini; söz konusu kararın bozulduğunu, halen derdest olduğunu; anılan karardan sonra davalının bakiye tazminat için Ankara 9.İdare Mahkemesinde dava açtığını; mahkemenin 30.9.1998 gün, 1998/281 Esas, 1998/920 sayılı kararında “İdari Yargıda idari eylem ve işlemlerden doğan zararın tazmininin ancak süresi içinde açılacak davalar yoluyla istenebileceği, fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak, süresi geçtikten sonra yeniden tam yargı davasının açılması mümkün olmadığından” gerekçesi ile talebi reddettiğini; Davacının bir kısım evrakını 20.06.2001 tarihinde davalıdan aldığını; imzaladığı ibranamenin içeriğini bilmediğini; davalıyı Ankara Barosu’na şikayet ettiğini ileri sürerek davalının kusur ve ihmalden doğan zararı 4.185.187.809 TL. maddi tazminata; davacının sürekli %80 oranındaki maluliyeti nedeniyle 5.000.000.000 TL. manevi tazminata hükmedilmesin! talep ve dava etmiştir.

Davalı, davacının talep ve dava hakkının zamanaşımına uğradığını; dosyayı kendisinden aldığını; mesleki kusuru nedeniyle zarara uğramasının söz konusu olmadığını; davacı kendisine müracaat ettiğinde dosyayı bilirkişilik yapan bir avukata verdiğini, hesap yapılmasını istediğini, hesap sonucu zararın o tarih itibarıyla 500,000.000 TL. civarında çıktığını; 600.000.000 TL. üzerinden dava açtığını; fazlaya ilişkin hakları saklı tuttuğunu, davacının idareye başvuruda bulunduğunu söylediğini; asıl davada davacının maddi zararının belirlenmesi üzerine fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak ek dava açtığını; ikinci davanın 9. İdare Mahkemesi’nde görüldüğünü; 5 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesi ile davanın reddedildiğini; red kararının Danıştay’ca onaylandığını; tüm yasal yolların zamanında kullanıldığını; davanın gecikmesinin nedeninin davacının yanlış beyanı, idari yargının yavaş işlemesi, davacının maluliyetinin yeniden belirlenmesi gibi olgular olduğunu, manevi tazminat konusunda davacının masraf yapmaya değmeyeceğini söylemesi üzerine talepte bulunmadığını; faiz başlangıç tarihinin kendisi için ancak dava dilekçesinin tebliğ tarihi olabileceğini, talep edilebilecek faiz türünün yasal faiz olabileceğini

zarar koşulu gerçekleşmediğinden, ibranameyle ibra edilmiş olduğundan davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Yerel mahkemece, davalının kusurunun tespit edilemediği, davalının davasını kanıtlayamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş hüküm Özel Dairece, karar düzeltme incelemesi sırasında yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuştur.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık vekâlet sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Vekalet sözleşmesi, Borçlar Kanunu 386 ve devam maddelerinde düzenlenmiştir.

Vekâletin şümulü başlıklı Borçlar Kanunu'nun 388. maddesi "... Vekalet akdinin şümulü mukavele ile sarahaten tespit edilmemiş ise taalluk eylediği işin mahiyetine göre tayin edilir. Vekâlet, vekilin takabbül eylediği işin yapılması için icap eden hukuki tasarrufları ifa salahiyetini şamildir.

Hususi bir salahiyeti haiz olmadıkça vekil, dava ikame edemez, sulh olmaz, tahkim edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, başışlayamaz, bir gayrimenkulu temlik veya bir hak ile takyit edemez."

Borçlar Kanunu 390.maddesi "*vekilin mesuliyeti, umumi surette işinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir.*

Vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir suretle ifa ile mükelleftir.

Vekil, başkasını tevokile mesul veya hal icabını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça müvekkilünbihi kendisi yapmaya mecburdur"

Borçlar Kanunu'nun 388.maddesi ile avukatın üzerine aldığı işin kapsamı ve şümulünün ne olacağı belirtilmiştir.

Borçlar Kanunu'nun 390. maddesi "*vekaleti dürüstlükle yerine getirme*" başlığı altında vekilin, vekaleti icrada özen ve sadakat göstermesi borcunu düzenlemiş bulunmaktadır. Görüldüğü gibi vekilin akdi sorumluluğu olan tazminat mükellefiyeti daha çok onun temel borcu olan dürüstlükle ifa borcundan doğmaktadır. Vekâlet sözleşmesi sonucu itibariyle bir itimat ilişkisi olduğundan vekâlet konusunun yerine getirilmesinde vekile düşen başlıca yüküm, onu özen ve sadakatle ifa etmesidir.

...Kural olarak meslek sahibi olan kimseler ve bu arada avukatlar, genellikle bilinen ve kabul edilen kural ve usulleri bilmedikleri takdirde sorumlu olurlar. Avukatın görevi olayları mantıki şekilde değerlen-

direrek bütün öngörülmesi gerekli şeyleri dikkate almaktadır (Süheyl Donay, “Hareket Etme Borcu”, *Batıder*, Cilt 5,1970, sayfa 728 vd.daki makale).

Vekil genellikle üzerine aldığı işi doğruluk kurallarına uygun biçimde özenle yapmalıdır. Mesleğinin gerektirdiği uzmanlığın bütün gereklerini kullanmalıdır. Buna rağmen sonucu elde edemezse ancak o takdirde sorumluluktan kurtulmuş olur. Örneğin idarenin vekili sıfatıyla (herhangi bir kamu tüzel kişisinin) süresinde açılan bir davayı müracaata bırakarak zamanaşımına uğratması, gerekli başvuruları savsayarak veya hak düşürücü süreye tabi işlemleri yapmayarak ve nedenleri bildirilmeyen dilekçelerin vergi itiraz komisyonunca esas incelenmeden red olunacağını düşünmeden redde mahkûm, gerekçesiz itiraz dilekçesi yazması ve böylece müvekkilinin fazla veya cezalı vergi ödemesine yol açması; iş kazası sonunda meydana gelen maddi zararın Sosyal Sigortalardan ödenen veya ödenecek tazminatla karşılanıp karşılanmayacağını araştırmadan ve ters biçimde maddi ve manevi zarar isteğini taşıyan dava açması, temyiz süresini geçirdikten sonra temyiz yoluna başvurması veya hiç başvurmaması, olayların akışına ve gerçekleşme biçimine göre kusurlu davranıştır (Feridun Müderrisoğlu, *Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar*, 1974 baskı, s. 54).

İsviçre mahkeme içtihatlarına göre bir avukat mesleki içtihat dergilerinde çıkan yeni kararları izlememesinden, başka yerde olması (örneğin hastanede bulunması), bürosunun iyi örgütlenmemiş olması, yardımcılarının ihmali veya dava süresini korumak için başvurduğu yolun yeterli olmadığını kestiremeyip ihtiyatsızca vakit geçirmesi nedeniyle kanuni mehilleri kaçırması yüzünden sorumludur.

Buna karşılık, avukat takdir ve yoruma bağlı sorunlardaki savunulabilir hukuki görüş tarzından, davanın yürütülmesindeki taktik ve psikolojik yanlıgılarından, ayrıca dosyayı iyi bilmemek ve dosyadaki hususları göz önüne almamak gibi bir kusuru olmadıkça sorumlu tutulmamalıdır (Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri*, 1987 baskı, Cilt 2, sayfa 412-413).

Somut olayda davacı, görev ifa ederken geçirdiği kaza nedeniyle %80 oranında işgücü kaybına uğraması ve bu yüzden malulen emekli edilmesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini sağlamak için avukat olan davalıyı vekil tayin etmiştir.

Davacının bu olay nedeniyle isteyebileceği tazminat, güç kaybı ve erken emekliliği nedeniyle maddi ve manevi tazminattır.

Öncelikle, davalının vekalet görevini sadakat ve özenle ifa edip etmediğinin üzerinde durulmalıdır.

Davalının hangi kalem tazminatları isteyebileceği, davacı ile aralarındaki sözleşmeye ve üstlendiği işin mahiyet ve kapsamına göre belirlenmelidir.

Davalı manevi tazminat istememiştir. Bunu davacı vekil edeninin istememesi nedeniyle talep etmediğini savunmuş ise de bu konuda yazılı bir belge gösterememiş ve savunmasını ispat edememiştir, Böylelikle davalı özensiz bir davranış sergilemiştir.

Ayrıca davalı, davacının emekli edildiği 01.08.1994 tarihinden sonra, idareye başvurup, cevap alamaz ise 60 gün içinde dava açması gerekirken; 08.08.1994 tarihinde idareye başvurmadan doğrudan dava açtığından, idare mahkemesince 10.01.1996 tarihinde, dava dilekçesinin idareye tevdiine karar verilmiş; gerekli süre geçtikten sonra 12.04.1996 tarihinde yeniden dava açılmıştır. Bu şekilde davacı, usuli işlemi yerine getirmeden dava açmakla yargılamanın 20 aya yakın bir süre uzamasına neden olmuştur.

Davalının dava açarken, müvekkilinin talep edebileceği tazminatı bir uzmana hesaplattırıp, yargılama süresini ve bu süre içindeki maaş ve ücretlerdeki artışları dikkate alıp, isteyebileceği maddi tazminatı belirlemesi gerektiği gibi; davayı açtığı 08.08.1994 tarihinden sonra, zamanaşımının dolduğu 31.08.1995 tarihine kadar ki 1995 yılı Ocak ve Temmuz aylarındaki ücret artışlarını da nazara alarak yeni bir hesaplama yaptırıp, eksik kalan kısımla ilgili ek davayı 31.07.1995 tarihinde açması gerekirdi.

Davalının 26.03.1998 tarihinde, fazlaya ilişkin hakları talep etmek üzere açtığı ek davanın zamanaşımına uğradığı, davalının bunu değerlendiremediği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Davalı, her ne kadar dava açmadan önce, uzman bir kişiden görüş aldığını savunup, bunu doğrulamak için belge ibraz etmiş ise 01.08.1991 tarihli bu belgenin sonradan temin edilmiş olabileceği izlenimi uyanmaktadır. Bu nedenle itibar edilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

Mahkemenin kararına esas aldığı bilirkişi raporu da gerekli açık-

lamaları içermediği gibi, dosyadaki olayların gelişimi ile ele ters düşmektedir. Bilirkişi raporunda manevi tazminat talep edilmemesinin özensizlik olup olmadığı hususu üzerinde hiç durulmamıştır. Öte yandan, bilirkişi raporunda açıkça 01.08.1994 tarihinde ne kadar maddi tazminat istenebileceği; 31.07.1995 tarihi itibarıyla yıl içindeki artışlardan dolayı davacının uğradığı zararın ne miktarda olduğu ve ek davanın hangi miktar üzerinden açılması gerektiği hususları açıklanmamış, bu belirsiz kalmıştır.

Davacının şikayeti üzerine Ankara Barosu Yönetim Kurulu'nca davalının Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları'na aykırı herhangi bir disiplin suçu işlediğine ilişkin bulgu elde edilemediğinden hakkındaki kovuşturma açılmasına yer olmadığı sonucuna varılmış ise de, anılan karar olayın gelişimine uygun görülmemiştir.

Davacının, davalıyı görevi kötüye kullanmak suçundan şikayeti üzerine davalının ağır ceza mahkemesinde TCK'nın 230. maddesi uyarınca yapılan yargılaması sonunda, 4661 sayılı Kanun'a göre erteleme kararı verilmesi, davalının kusursuz olduğunu göstermemektedir.

Bütün bu maddi ve hukuki olgular dikkate alındığında, davalı avukatın öncelikle idareye başvurmadığı, manevi tazminat istemediği, maddi tazminat miktarını tespit ettirmediği, konu ile ilgili mevzuatı araştırmadığı, zamanaşımı sürelerine dikkat etmediği, ek davayı 31.07.1995 tarihine kadar açmadığı, görevini yerine getirmekte özensiz davrandığı, böylelikle kendi kusuruyla davacının zarara uğramasına neden olduğu sonucuna varılmıştır,

O halde, Ankara 4. İdare Mahkemesi'nde 12.04.1996 tarihinde açılıp, henüz kesinleşmediği anlaşılan 2001/849 Esas sayılı dava dosyasının kesinleşmesinin beklenmesi, bundan sonra uzman bilirkişiden zarar miktarı konusunda rapor alınması, taleple de bağlı kalınmak suretiyle sonucuna uygun bir karar verilmesi yönündeki Özel Daire bozma kararı usul ve yasaya uygun olup, yerindedir. Direnme kararı bozulmalıdır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 29.11.2008
E. 2008/357
K. 2008/487

***Müvekkilin bilgi ve rızası
dışında işlem yapmak**
(Av. K. m. 34;
TBB Meslek Kuralları m. 3, 34)

Şikayetli avukat hakkında, tahsil ettiği kira alacağı ve dava hakkında bilgi vermediği, bilgisi dışında anlaşma yaptığı ve bu nedenle Avukatlık Kanunu'nun 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 43. maddelerine aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek uyarma cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, Şişli 2. İcra Müdürlüğü'nün 2004/19214 Esas sayılı dosyasından kira alacağının tahsili için kiracı ve kefil hakkında takip yaptığını, borçlu kiracıya tebligat yapılamadığını, kefilin itirazı üzerine takibin durduğunu, şikayetçinin ısrarı üzerine itirazın iptali davası açtığını ve davanın reddedildiğini, borçlu kiracının ölmesi üzerine kefilin icra inkâr tazminatından vazgeçerek ana borcu ödemek istemesini bildirmesi üzerine şikayetçinin bilgisi dâhilinde anlaşma protokolü düzenlediğini, şikayetçinin amacının fazla faiz istemine yönelik olup bu nedenle şikayet ettiğini, yapılan işlemlerden herhangi bir zararı olmadığını ve bu nedenle tayin ve takdir olunun cezaı hak etmediğini bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

Şikayetçi Kurulumuza yaptığı itirazda, kefil ve müteselsil borçlu aleyhine yapılan takipte, bilgisi dışında dava açılarak Şişli 3. İcra Hâkimliği'nin 15.03.2005 gün ve 2005/120 Esas, 2005/ 282 Karar sayılı kararlar aleyhine %40 icra inkâr tazminatı hükmedilmesine ve kararın temyiz edilmeyerek kesinleşmesi nedeniyle aleyhine durum yaratıl-

dığını, anlaşmadan haberi olmadığı gibi onayda vermediğini, yapılan tahsilât tutarı hakkında bilgi ve hesap verilmediği gibi yapılan ödemenin de 2005 yılında yapıldığını bildirmiş, tayin ve takdir olunan cezanın az olduğunu bildirmiştir.

Şikayetli de Kurulumuza yaptığı itirazda, Şikayetçinin bilgisi ve arzusu ile protokol düzenlendiğini, daha sonra şikayetçinin faiz talepleri ile ilgili olarak yeniden dava açmasını istediğın, karşı taraftan tahsil edilen parayı kabul etmemesi sebebiyle, paradan vekalet ücreti kesildikten sonra bakiyesinin şikayetçi adına bankaya yatırıldığını, tüm süreçten şikayetçinin haberdar olduğunu, ödeme emrinde adının bulunması dışında tüm işlemlerin aynı ofiste birlikte çalıştıkları Av. G. Ç. tarafından yürütölmüş olduğunu, Avukatlık Kanunu ile Meslek Kuralları'na aykırı bir davranışının olmaması sebebiyle disiplin cezasının kaldırılmasını talep etmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli hakkında disiplin kovuşturmasının Türkiye Barolar Birliğı Meslek Kuralları'nın 43. maddesine aykırılıktan dolayı açılmış olması sebebiyle şikayetlinin eylemini Türkiye Barolar Birliğı Meslek Kuralları'nın 43. maddesine aykırı bularak uyarma cezası tayin etmiştir.

İncelenen dosya kapsamından, dava safahatı, yapılan tahsilât hakkında bilgi ve hesap verildiğı ve anlaşma yapması hususunda talimat verildiğine ilişkin herhangi bir bilgi ve belge bulunmamaktadır.

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesindeki *"Avukatlar, avukatlık unvanının gerektirdiğı sayğı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğınce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler."*

Türkiye Barolar Birliğı Meslek Kuralları'nın 3. maddesindeki *"Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür."* 4. maddesindeki *"Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır."*

Türkiye Barolar Birliğı Meslek Kuralları'nın 43. maddesindeki *"Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkili ile ilgili bir hesap varsa, uygun sürelerle durum yazıyla bildirilir."*

Hükümleri karşısında eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulunca yapılan hukuksal değerlendirme yerinde

ise de; eylemin Avukatlık Kanunu'nun 34, 134, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 43. maddelerine aykırı olması karşısında eylemle tayin ve takdir olunan uyarma cezası arasında adaletli bir denge sağlanamadığı anlaşılmış, Avukatlık Kanunu'nun 158. maddesindeki ilkeler de göz önünde bulundurularak uyarma cezasının kınama cezasına çevrilmek suretiyle kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, Şikayetçi A. K. Y'nin itirazının kabulüne, Şikayetli Avukat M. R. K'nin itirazının reddine, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına, Şikayetli avukat M. R. K'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 28.11.2008
E. 2008/323
K. 2008/460

* **Hasım taraf meslektaşına karşı tahkir**
* **Tarafla özdeşleşmeme ilkesi**
(TBB Meslek Kuralları m. 5, 27/1)

Şikayetçi avukat, şikayetli avukat ile Kadıköy 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2005/688 Esas sayılı davasında taraf vekilleri olduklarını, şikayetli avukatın Cumhuriyet Başsavcılığı'na verdiği dilekçesinde ve duruşma tutanağına da geçen ifadesinde "... bu imzalar fotokopiyi sunan müdahil vekili tarafından başkaca bir yerdeki imzalar kıvrılarak bu belgenin altına konulmak suretiyle çekilen fotokopi sonucu oluşturulmuştur..." şeklindeki sözleriyle; kendisini sahte belge düzenleyen birisi gibi göstererek savunma sınırlarını aştığını, kişiliğini küçük düşürdüğünü, gerçek dışı ve iftira niteliğinde olduğunu, kullanılan ifadelerin meslek kurallarına aykırı olduğunu iddia ederek şikayetçi olmuştur.

Şikayetli avukat savunmasında, dava sırasında müvekkilinin haklarını korumak için yasal sınırlar çerçevesinde savunma yaptığını, davayı kişiselleştirmedeğini belirtmiştir.

Yapılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca şikayetli avukat hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiş, karara şikayetçi avukat itiraz etmiştir.

Şikayetçi itirazında, şikayetli avukatın hakkında kullandığı ifadelerin Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları'na aykırı olduğunu, bir

avukatın meslektaşını sahte belge düzenlemek ve dosyadaki belge aslı ile değiştirmekle suçlamasının savunma hakkı ile bağdaştırılmayacağı, mahkeme nezdinde şahsının küçük düşürüldüğünü, Disiplin Kurulu'nun bu kararının, benzer konularda verdiği başka kararlarıyla çeliştiğini, şikayetlinin ifadelerinde savunma sınırının aşıldığının kabulü gerektiğini belirterek şikayetli avukatın cezalandırılmasını talep etmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikayetli avukatın Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/1. maddesinde düzenlenen, hasım taraf meslektaşı hakkında küçük düşürücü nitelikte görüş açıklamasında bulunup bulunmadığına ilişkindir.

Dosyanın incelenmesinden; şikayetli avukatın Cumhuriyet Başsavcılığı'na verdiği dilekçesinde ve duruşma tutanağına da geçen ifadesinde "... bu imzalar fotokopiyi sunan müdahil vekili tarafından başkaca bir yerdeki imzalar kıvrılarak bu belgenin altına konulmak suretiyle çekilen fotokopi sonucu oluşturulmuştur..." şeklindeki sözler kullandığı anlaşılmaktadır.

Her ne kadar aynı sözler nedeniyle şikayetçi tarafından şikayetli avukat hakkında tazminat davası açıldığı, Kadıköy 2.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/298 Esas, 2007/11 Karar sayılı kararıyla; "*Davalının Ceza Mahkemesindeki duruşmada ileri sürdüğü ve zapta geçen iddialar bir tahmin, öngörü ve yorum hudutları dahilinde, yani savunma hudutları dahilinde kaldığı, dolayısıyla hukuka aykırılığı bulunmadığı sonucuna varılmıştır.*" gerekçesiyle tazminat isteğinin reddedildiği,

Mahkeme kararının Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 2007/3456 Esas, 2008/504 Karar sayılı kararıyla 24.01.2008 tarihinde onandığı görülmekte ise de, Mahkeme kararı tazminat hukuku bakımından eylemin hukuka aykırılığını saptamıştır. Disiplin hukuku bakımından hukuka aykırılığın ne olduğunun ise tartışılması gerekir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 02.05.1975 tarih, Esas 1974/1160, Karar 1975/5782 sayılı kararında da belirtildiği üzere;

"... Buna karşılık, avukatın, temsil ettiği tarafın çıkarlarının korunmasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif bir tartışma sınırını aşan, yersiz ve icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef tutan, onu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırılar hukuka aykırıdır ve avukatın sorumluluğunu gerektirir. Başka bir deyişle, karşı tarafın kişisel

ilişkilerini rencide edebilecek savunmasını, davanın amacı haklı gösterdiği, bu savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu hatta zaruri bulunduğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilmesi olanaksızdır. Bu bakımdan, savunma sınırının saptanmasında her şeyden önce, iddia ve savunmaların karşı tarafın kişiliğini ihlal edici görülen bölümlerinin bağımsız olarak değil, bütün içindeki yerine göre ve bu çerçevede değerlendirilmesi ve bu yol ile savunmanın hukuka aykırı olup olmadığı yönünün belli edilmesi gerekir."

Şikayetli avukat her ne kadar böyle bir suçlama yapmadığını belirtse de, dilekçesinde ve duruşma tutanağına geçen ifadesinde, şikayetli avukat hakkında kullanmış olduğu sözler onun kişiliğine yönelik, küçük düşürücü ve avukatın tarafla özdeşleşmemesi ilkesine aykırı olmakla, şikayetçinin suçlanması ağır ve belgeli olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Şikayetli avukatın eylemi Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın "*Avukat yazarken de konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır.*" şeklindeki 5. maddesi ile "*Hiçbir avukat, herhangi bir meslektaşı, özellikle hasım meslektaşı hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini ve düşüncelerini açıkça belirtmez.*" şeklindeki 27/1.maddesine açıkça aykırıdır.

Bu nedenle, eylemin disiplin suçunu oluşturmadığına ilişkin Baro Disiplin Kurulunun değerlendirmesinde hukuki isabet görülmemiş ve kararın kaldırılarak şikayetlinin uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçi avukatın itirazının kabulü ile, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "*Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına*" ilişkin 15.04.2008 tarih ve 2007/441 Esas, 2008/168 Karar sayılı kararının kaldırılmasına, şikayetli Av. K.H'nin uyarma cezası ile cezalandırılmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 28.11.2008

E. 2008/337

K. 2008/473

* Reklam yasağı

* İş edinme yasağı

(Av. K. m. 55;

TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği m. 9)

Şikayetçi Baro Başkanlığı, şikayetli avukatın Didim ilçesinde "... *Hukuk Bürosu-Law Office*" yazılı tabela ile büro kurduğunu ve içerisinde yanında çalışan avukatları bulundurduğu, bu durumun tutanak ile tespit edildiğini ileri sürerek şikayetçi olmuştur.

Şikayetli avukat savunmalarında, iddiaların asılsız olduğunu, Didim de şube açmadığını hatta orada bir davaya dahi girmediğini, sadece müvekkili olan danışmanlık firmasının Didim de şubesi olduğunu ve onlara hukuki danışmanlık hizmeti sunduğunu, söz konusu tabelayı ise firmanın kendi bilgisi dışında astığını ve hatta tabelayı kaldırmaları için ihtarname gönderdiğini bildirmiştir.

Açılan disiplin kovuşturması sonucunda şikayetli avukatın cezalandırılmasına karar verilmiş, karara şikayetli avukat vekili itiraz etmiştir. Şikayetli vekili itirazında; Disiplin Kurulu kararıyla müvekkilinin kendisini web sitesinde ifade hakkının ortadan kaldırıldığını, oysa müvekkilinin eyleminde avukatlık mevzuatına aykırılık bulunmadığını, kararın gerekçesiz olduğunu belirterek cezanın kaldırılmasını talep etmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikayetli avukatın reklam yasağına ve iş edinme yasağı kuralına aykırı davranıp davranmadığına ilişkindir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden; Danışmanlık Hizmetleri Ltd. Şti. merkezi ile Avukatın büro adresinin (... Hukuk Bürosu adresinin) aynı yer olduğu, adı geçen şirketin Didim'de şube açtığı, tutulan tutanağa göre aynı yerin hukuk bürosu olarak da kullanıldığı, web sitesinde reklam yasağına aykırı şekilde ilan ve açıklamalara yer verildiği anlaşılmaktadır.

Avukatlık Kanunu'nun 55. maddesinde "*Avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmalarının*" yasak olduğu belirtilmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 9. maddesinde, avukatların, iş sağlama amacına yönelik ve meslektaşlarıyla haksız rekabete yol açacak şekilde, İnternet kullanıcılarını kendi sitesine veya kendi sitesinden bir başka siteye yönlendirecek internet kısa yolları kullanamaz, kullanılmasına izin veremez ve reklam veremez ve alamaz, hükümlerine yer verilmiştir.

Bu kurallar karşısında Baro Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukatın eylem ve işlemlerini yukarıda belirtilen kuralarla aykırı bularak cezalandırmasında isabetsizlik görülmemiş, kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddine, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "*Kınama cezası verilmesine*" ilişkin 04.03.2008 tarih ve 2007/481 Esas, 2007/111 Karar sayılı kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 28.11.2008

E. 2008/358

K. 2008/488

*** Avukatın bağımsızlığı**

*** Cezaevindeki müvekkil ile**

haberleşme yetkisi

şikayetli avukat hakkında, Kocaeli 1 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'nda yabancı basın kuruluşu muhabiri tarafından Arapça harflerle yazılmış üç sayfalık mektubun savunma belgesi olduğundan bahisle incelenmeksizin müvekkiline teslimini talep ettiği ve belgelerin bir gazeteci tarafından gönderilen mektup olduğu anlaşıldığından, görevlilere gerçeği aykırı beyanda bulunduğu gibi haberleşmesi denetime tabi tutuklu müvekkilinin dışarıdaki kişiyle haberleşmesini usulsüz şekilde sağlamaya çalıştığı, iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca uyarma cezası tayin edilmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetli avukat tarafından itiraz edilerek verilen cezanın kaldırılması talep edilmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikayetli avukatın tutuklu müvekkiline yabancı basın muhabiri tarafından Arapça yazılmış 3 sayfa mektubu, savunma belgesi olduğundan bahisle vermesinin disiplin suçu oluşturup oluşturmadığına ilişkindir.

Şikayetli avukat hakkında aynı suçlama ile ceza davası açılmış olup, mahkeme suçlama konusu eylem nedeniyle beraat kararı vermiştir.

Mahkeme kararında her ne kadar eylemin disiplin suçu oluşturacağı yönünde bir belirtme var ise de, böyle bir eylemin disiplin suçu olarak kabulü halinde avukatın görevini yapamaz duruma düşeceği açıktır. Şikayetli avukat belgeyi gizlememiş ve müvekkiline gizli olarak vermemiştir. Bir belgenin savunma ile ilgili olup olmadığının takdiri avukata aittir. Belge savunma ile ilgili olmasa dahi cezaevi yönetiminin belgenin içeriğini öğrenme ve belge üzerinde işlem yapılması konusunda takdir hakkı bulunmaktadır. Şikayetli avukatın eylemi mesleğin itibarını zedeleyecek davranış olarak da nitelendirilemez. Suçlama, avukatlığın bağımsızlığı ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır. Ortada, hukuka ve meslek kurallarına aykırı bir davranışın bulunduğundan söz edilemez.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının kabulüne, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "Uyarma Cezası Verilmesine" ilişkin 06.05.2008 tarih ve 2007/320 Esas, 2008/188 Karar sayılı kararının kaldırılmasına, incelenecek başka bir husus bulunmadığından şikayetli Av. O.K hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 28.11.2008
E. 2008/329
K. 2008/466

*** Müdafinin mazeretsiz olarak duruşmaya girmemesi ve gerekli özeni göstermemesi**
*** Disiplin cezalarının uygulanma şekli**
(Av. K. m. 34, 134, 135/2, 136/1;
TBB Meslek Kuralları m. 3)

Şikayetli avukatın baro tarafından müdafii olarak görevlendirilmesine karşın mazeretsiz olarak duruşmaya girmediği, sanık ile görüşmediği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve uyarma cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat soruşturma ve kovuşturma aşamalarında savunma yapmamış, delil de sunmamıştır.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı itirazda bulunan İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında, Baro Disiplin Kurulu'nca Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine göre disiplin cezası tayin edilmiş olduğuna göre, 34. maddenin Avukatlık Kanunu'nun 6.bölümünde yer aldığı ve aynı Kanun'un 136/1. maddesi gereğince en az kınama cezası tayin edilmesi gerekirken uyarma cezası tayininin usul ve yasaya aykırı olduğu bildirilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetlinin, İstanbul Barosu tarafından İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2002/30 Esas sayılı davasının tutuklu sanıklarından B.T.'nin müdafii olarak görevlendirilmesine rağmen, mazeretsiz olarak duruşmalara katılmadığı, ayrıca müdafii olarak tayin edildiği sanıkla hiç irtibat kurmadığı, İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı'nın 26.09.2006 kayıt tarihli ve İstanbul Barosu CMK Uygulama Servisi sorumlusunun 15.11.2006 tarihli yazısından anlaşılmıştır.

Şikayetli, Baro tarafından kendisine tevdi edilmiş sanık müdafiliği görevini yerine getirmeyerek sanığın yasal hakkı olan avukatı ile birlikte savunma yapmak hakkını engellediği gibi avukat olarak yüklenildiği görevi, özen ve doğruluk içinde yerine getirmeyerek, kamunun mesleğe olan güveninin zedelenmesine neden olmuştur.

Şikayetlinin eylemi, Avukatlık Kanunu'nun 34., 134.maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları 3. maddesine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır. Eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu kararında isabetsizlik yok ise de şikayetlinin eyleminin Avukatlık Kanunu'nun 34.maddesine aykırı olması, 34. maddenin Avukatlık Kanunu'nun 6. bölümünde yer alması ve Avukatlık Kanunu'nun 136/1. maddesi hükmü uyarınca şikayetliye, Avukatlık Kanunu'nun 135/2. maddesi gereğince en az kınama cezası tayini gerekirken uyarma cezası tayininde hukuki isabet görülmemiş ve uyarma cezasının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek

onanmasına, yeniden incelemeyi gerektirir bir husus bulunmadığından, şikayetli Av. T. K'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 28.11.2008

E. 2008/332

K. 2008/469

*** Muvafakatnamenin ve tevkilin koşulları**

(Av. K. m. 26, 34, 56/5)

Şikayetli avukatlardan A. A. tarafından yetki belgesi niteliğinde muvafakatname düzenleyerek yanında o tarihlerde staj yapmakta olan diğer şikayetli Av. İ. E.'ye vererek, Mardin Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/151 Esas sayılı dosyasına sunulduğu ve Av. İ. E. tarafından bu muvafakatnameye dayanılarak davanın takip edildiği ve dava dosyasında işlem yapıldığı, iddiaları ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmeyle her iki şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli avukatlar savunmalarında özetle, stajyer avukatın adliyedeki işlerin düzenlenmesi için muvafakatname düzenlendiğini, bunun Mardin Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/151 Esas sayılı davasına sunulduğu, ancak yasa ve yönetmelik dışına çıkılarak herhangi bir işlem yapılmadığı, Av. İ. E.'nin ailevi borcu nedeniyle ailesi adına hukuk mücadelesi verdiğini, şikayetin haksız olduğunu bildirmişlerdir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetçi tarafından yapılan itirazda, Şikayetlilerin disiplin kovuşturmasına konu eylemde bulunarak disiplin suçu işlediklerinin sübuta ermiş olmasına rağmen, Baro Disiplin Kurulu'nun verdiği kararın kaldırılmasını talep etmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatlardan A. A.'nın, 26.05.2006 tarih ve 07462 sayılı vekâletname ile kendisine verilmiş yetkileri Mardin Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/151 Esas sayılı dosya da kullanılmak üzere, o sırada stajyeri olan diğer şikayetli İ. E.'ye "Yetki belgesi" gibi düzenlenmiş muvafakatname adı altında bir belge düzenleyerek verdiği, İ. E. tarafından Mardin Cumhuriyet Savcılığına verilen 05.12.2006 kayıt tarihli dilekçenin "İzahı" başlıklı bölümünün ilk paragrafında: "Şikayetçinin bahis ettiği derdest 2006/151 Esas sayılı dosyasını, yanında stajımı tamamladığım Av. A. A.'nın yetki belgesi ve mu-

vafakatnamesi ile takip etmekteyim.” ifadesinin yer almış olduğu anlaşılmıştır.

Avukatlık Kanunu’nun 26. maddesine göre *“Stajyerler, avukat yanında staja başladıktan sonra, avukatın yazılı muvafakati ile ve onun gözetimi ve sorumluluğu altında, sulh hukuk mahkemeleri, sulh ceza mahkemeleri ile icra tetkik mercilerinde avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebilir ve icra müdürlüklerindeki işleri yürütebilirler.”* ve aynı Kanun’un 56/5. maddesine göre de, *“Avukatlar veya avukatlık ortaklığı başkasını tevkil etme yetkisini haiz oldukları bütün vekâletnamelerini kapsayacak şekilde bir başka avukata veya avukatlık ortaklığına vekaletname yerine geçen yetki belgesi verebilir. Bu yetki belgesi vekâletname hükmündedir.”*

Şikayetli avukat A. A.’nın Kanun’a aykırı olarak *“muvafakatname”* adı altında bir belgeyi düzenleyerek imzalamak suretiyle o tarihte yanında stajyer avukat olarak stajını yapmakta olan diğer şikayetli Av. İ. E.’ye Mardin Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2006/151 Esas sayılı davasına sunmak ve takip edilmesi amacı ile verdiği, diğer şikayetli Av. İ. E. tarafından bu belgenin adli mercilerde kullanıldığı anlaşılmaktadır. Zaten bu husus her iki şikayetli avukat tarafından da dosya içindeki dilekçelerinde kabul edilmektedir.

Şikayetli avukatlar, Avukatlık Kanunu’nun 34, 26 ve 56/5.maddelerine aykırı davranmakla eylemleri disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu’nun her iki şikayetli avukat hakkında *“Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına”* ilişkin kararında hukuki isabet görülmemiş ve kararın kaldırılarak yeniden incelemeyi gerektirir bir husus bulunmadığından her iki şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nun her şikayetli avukat hakkındaki *“Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına”* ilişkin kararının kaldırılmasına, yeniden incelemeyi gerektirir bir husus bulunmadığından, şikayetli avukatlar A.A ve İ.E.’nin ayrı ayrı kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 28.11.2008

E. 2008/324

K. 2008/461

* Reklam yasağı

(Av. K. m. 34,44/A, 55;

TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği m. 5)

Şikayetli avukat hakkında, bir arzuhalci ile aynı büroyu paylaştığı, dükkanın camında birlikte çalıştığı avukatların isimlerini ve "Uzman Hukuk Bürosu" yazısı ile dilekçe, icra takibi, fotokopi, veraset, tapu in-tikal işleri yapılır şeklinde yazıları bulunduğu iddialarıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sa-bit görülerek kınama cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli savunmalarında, birden çok avukatla birlikte çalıştığından dolayı "Uzman Avukatlık Bürosu" adını kullandığını, hastalığı sebebiyle 2006 yılı temmuz ayında fiilen avukatlık yapamadığından vergi kaydını sildirdiğini, 06.03.2007 tarihinde yeniden çalışmaya baş-ladığını, faaliyette bulunmadığı dönemde önceki tarihlerde çalıştığı avukatlık bürosunun sadece camında isminin yazılı kalmış olduğunu, aynı binada ayrı kapılarla girilen ayrı bölümlerde faaliyette bulunan dilekçecilerin camlarına yazdıkları yazıların her nasılsa bürosuna ait-miş gibi görülerek rapor tutulmuş olduğunu, yapılan tespitte çevrede benzer ibarelerin kullanıldığını, suçsuz olduğunu savunmuştur.

Baro Disiplin Kurulu şikayetli avukatın eylemini Avukatlık Kanunu'nun 34, 44/A Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5. maddesine aykırı bularak, şikayetlinin kınama cezası ile cezalandırıl-masına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetli tarafından "disiplin soruş-turmasında ön incelemenin yapılmamış olduğu, eksik bilgiye dayalı bulundu-ğu, bürosunun fotoğrafının çekilmesinden başkaca büroda hiçbir incelemenin yapılmamış olduğunu, büroda kullandığı "uzman" sözcüğünün birden çok avukatla çalıştığı için kullanılmış olduğunu, birçok meslektaşın benzer isim-leri kullandığını, cezanın kaldırılmasını" istemiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, disiplin soruşturması aşamasında Baro Bölge Temsilcisi avukatın görevlendirildiği, bu avukat tarafından şikayetlinin bürosuna gidilerek tespitler yapıldığı, büronun camında "Uzman Hukuk Bürosu" ibaresinin yazılı olduğu ve büronun avukatlık yapan meslektaşlar ile birlikte bir arzuhalci ile aynı büronun paylaşıldığı, büronun camında büyük puntolarla "Dilekçe, icra takibi, fotokopi,

veraset, tapu intikali” yazılarının mevcut olduğu, büroyu paylaşan avukatlarca arzuhalcinin isminin söylenmeyerek saklandığı, tespit edilerek, 29.01.2007 tarihli raporun tanzim edilmiş olduğu anlaşılmıştır.

Avukatlık Kanunu’nun 34. maddesi “Avukatlar, yükledikleri görevlerini 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.”

Avukatlık Kanunu’nun 44/A-2. maddesinde “Birlikte çalışan avukatlardan biri ya da birkaçının ad ve/veya soyadının yanında “Avukatlık bürosu” ibaresinin kullanılması zorunludur.”

Avukatlık Kanunu’nun 55. maddesine göre; “Avukatların iş elde etmek için reklâm sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır.”

Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği’nin 5. maddesine göre de, “Bu yönetmelik kapsamında olanlar (Avukatlar) kullanacakları tabelada: avukatlık unvanı ile ad soyadı, varsa akademik unvanı, büronun bulunduğu kat ve büro/daire numarası, telefon numarası, internet adresi ile e-posta adresi yer alabilir. Tabelada bu Yönetmelikte belirlenenlerin dışında unvan, deyim, şekil, amblem ile Türkçe dışında yabancı dillerde ifade ve sair şekiller, resim, fotoğraf ve benzerlerine yer verilemez.

Aynı büroda birlikte çalışma halinde, avukatlardan birinin veya bir kaçının adı soyadı veya sadece soyadı yanında “avukatlık bürosu” ibaresinin... yer alması zorunludur.”

Şikayetli avukatın eylemi, Avukatlık Kanunu’nun 34, 44/A-2, 55 ve Reklam Yönetmeliği’nin 5. maddesine açıkça aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu’nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddi ile, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 28.11.2008
E. 2008/350
K. 2008/482

*** Başka bir avukata karşı asil ya da vekil sıfatıyla takip edilecek davayı yazılı olarak baroya bildirme yükümlülüğü**
(TBB Meslek Kuralları m. 27/2)

Şikayetli avukatın, şikayetçi aleyhine takip ettiği dava/icra takibinde, Baroya bildirimde bulunmadığı iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmek üzere disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat özetle, icra dosyasına verdiği dilekçelerdeki beyanlarının müvekkilinin istek ve talepleri olduğunu, icra dosyasına borçlu kooperatif vekili olarak vekaletname ibraz ettiği, dilekçe verdiğini Baro'ya 06.05.2005 tarihinde bildirdiğini, yine müvekkili kooperatif adına Uşak 1. İcra Müdürlüğü'nün 2004/3305 Esas sayılı dosyasından dolayı Uşak İcra Mahkemesi'ne başvuruda bulunduğunu, bu hususu da 17.05.2005 tarihli dilekçe ile Baro'ya bildirdiğini, disiplin cezasını gerektiren bir eylemi olmadığını savunmuştur.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetlinin, şikayetçi aleyhinde yürüttüğü üç ayrı dosyada baroya bilgi vermemekten ibaret eyleminin disiplin suçunu oluşturduğundan, sicil durumunu da nazara almak suretiyle şikayetli hakkında kınama cezası tayin etmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı itirazda bulunan şikayetli itirazında, savunmalarının aksinin kanıtlanmadığını, sicil durumu gözetilerek verildiği belirtilen kararın Yasaya aykırı olduğunu kaldırılmasını talep etmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetçinin alacağı olan vekalet ücretinin tahsili için Uşak 1. İcra Müdürlüğü'nün 2005/1367, 2005/1368 ve 2005/1369 Esas sayılı dosyalar ile S.S.U.D. Yapı Kooperatifi aleyhine icra takipleri başlattığı, şikayetlinin borçlu vekili olarak icra dosyalarına vekaletname sunup, itirazlarda bulunduğu, şikayetlinin, şikayet dilekçesinin kayda alındığı 29.04.2005 tarihinden sonra 06.05.2005 tarihli dilekçesi ile şikayet konusu olan icra dosyaları ve ayrıca aynı İcra Müdürlüğü'ndeki 2004/3305 dosya ile ilgili olarak Baro Başkanlığı'na bilgi verdiği anlaşılmıştır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesine göre;
"Bir avukat başka bir avukata karşı asil ya da vekil sıfatıyla takip edeceği da-

vayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir.”

Bildirim kuralı, avukatlık mesleğinin saygınlığını, güvenirliliğini korumak, bir avukatın ister davacı, ister davalı, ister şüpheli, ister müdahil olarak bir başka avukatla yargı karşısında çatışmasını önlemek ve bu amaçla gerektiğinde Baronun katılımı ile ihtilafın barışçı yollardan çözümüne olanak sağlamak amacı ile getirilmiş bir düzenlemedir. Bu bakımdan Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesindeki düzenlemeyi geniş yorumlamak ve yalnız davalara değil, avukatlar hakkındaki icra takiplerini de bildirim zorunluluğu kuralı kapsamında kabul etmek gerekir.

Maddede “*Takip edeceği*” ifadesinden, bildirim davanın açılmasından, icra takibinin başlatılmasından önce yapılması gerekmektedir. Şikayetli ise şikayetli hakkında icra takiplerini başlattıktan sonra Baro'ya bildirimde bulunmuş ise de bu bildirim Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesinde düzenlendiği şekilde bir bildirim olarak kabul etmek mümkün değildir.

Bu nedenle, şikayetlinin eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin kurulunca yapılan değerlendirme ve tayin edilen disiplin cezasında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddi ile, Uşak Barosu Disiplin Kurulu'nun “*Kınama Cezası Verilmesine*” ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 28.11.2008
E. 2008/345
K. 2008/479

* **Disiplin kovuşturmasında
savunma hakkı**
(Av. K. m. 137)

Şikayetli avukat hakkında, şikayetçi adına işçilik haklarına ilişkin dava açması için vekaletname verildiği, kendisi ile %40 olarak anlaşma yapıldığı, dava bitimi paranın tahsilinden sonra anlaşmanın çok üzerinde %80 oranında kesilerek alındığı ve kalanın ödendiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, yapılan kesintilerin baştan itibaren bütün dava ve icra masraf ve giderlerinin kendisi tarafından yapılması sebebiyle bunların tutarı ile karşı tarafa yükletilen avukatlık ücretlerinin de ayrıca tahsilatın içinden alınması sebebiyle şikayetçi tarafından büyük görüldüğünü bildirmiş, ancak tahsil edilecek miktardan şikayetli tarafından alınacak oran hakkında bir açıklamada bulunmamıştır.

Avukatlık Kanunu'nun "*Savunma Hakkı*" başlıklı 137. maddesine göre "*Avukatlar hakkında yapılacak kovuşturmalarda, isnat olunan hususun avukata açıkça ve yazılı olarak bildirilmesi, yazılı savunmasının istenmesi ve bu savunma için en az on günlük bir sürenin tanınması zorunludur*"

Şikayetli avukat hakkında başlatılan disiplin kovuşturmasında ise Avukatlık Kanunu'nun 137. maddesi uyarınca şikayetli avukata isnat edilen husus açıkça ve yazılı olarak bildirilmemiş, yazılı savunmasının istenmemiş ve bu savunma için en az on günlük süre ise tanınmamıştır. Bu hükme uyulmadan bir karar verilmesi savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurduğundan, yasaya aykırıdır.

Bu nedenle, Avukatlık Kanunu'nun 137. maddesi uyarınca, şikayetli avukata isnat olunan husus açıkça ve yazılı olarak bildirilmesi, yazılı savunmasının istenmesi ve bu savunma için en az on günlük süre verildikten sonra oluşacak duruma göre bir karar verilmesi için Baro Disiplin Kurulu kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının kabulü ile, Van Barosu Disiplin Kurulu'nun "*Kınama*" cezası verilmesine ilişkin kararının bozulmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 28.11.2008

E. 2008/354

K. 2008/485

* **Avukatın temsil yetkisinin, müvekkilinin ölümü ile sona ermesi**
 * **Şikayeti geri almanın disiplin kovuşturmasını düşürmemesi**
 (Av. K. m. 34;
 TBB Meslek Kuralları m. 3)

Şikayetli avukatın, şikayetçinin oğlunun vekili olarak takip ettiği Kırşehir Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki davada, yatırılan 1.000,00.-YTL tahliye kefaletini, sanığın tahliye olduktan sonra vefat etmesi üzerine ceza davasının düşmesi nedeniyle çekerek, müvekkilinin mirasçılarına vermediği iddiası ile yapılan şikayet süzerine açılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca şikayetli avukatın kefalet parasını çekmediği, ancak paranın kendisine ödenmesi isteği ile 28.08.2006 tarihli dilekçe ile başvurduğu, bunun özen borcu ve güvenirlilik ilkesine aykırı olduğu kabul edilerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, ödeme yapılmasına ilişkin dilekçeyi şikayetçiye yardım amacı ile yazdığını, kefalet parasını kendisi almak isteseydi kardan hemen sonra başvurabileceğini, mirasçıların parayı alabilemeleri için yardımcı olmak istediğini savunmaktadır.

şikayetli avukat hakkında, Cumhuriyet Savcılığı'na da yapılan şikayet üzerine Adalet Bakanlığı'nın 19.09.2007 tarihli oluru ile soruşturma açılmasına izin verildiği, soruşturma sonucunda 07.01.2008 tarihli olur ile kovuşturma açılmasına izin verilmediği ve disiplin yönünden gereğinin yapılması için dosyanın Barosuna gönderildiği anlaşılmaktadır.

Dosya içerisindeki soruşturma ve kovuşturma evraklarından, şikayetli avukatın Kırşehir Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2005/140 esas sayılı davasında sanık vekili olduğu, sanığın vefat etmesi sebebiyle kamu davasının düşürülmesine, 1.000,00.-YTL. nakdi kefalet akçesinin sanık mirasçılarına iadesine 27.12.2005 tarihinde karar verildiği, şikayetli avukatın 29.08.2006 tarihli dilekçesi ile kefalet akçesinin kendisine ödenmesine karar verilmesi isteği ile başvurduğu, Mahkemenin 15.09.2006 tarihli yazısı ile muhasebe müdürlüğüne, kefaletin mirasçılara iadesini bildirdiği, daha sonra mirasçılar tarafından tahsil edildiği anlaşılmaktadır.

Mahkemenin kararı, kefalet parasının mirasçılara ödenmesi biçimindedir. Şikayetlinin dilekçesinden sonra da yazılan müzekkerede bu husus belirtilmiştir. Müvekkilinin vefatı ile birlikte şikayetli avukatın temsil yetkisi ve kefalet akçesini tahsil edebilme hakkı sona ermiştir. Şikayetlinin bu kanuni gerekliliği bildiği ve savunmasına göre de şikayetçiye de bildirdiği halde, yardımcı olmak istiyorsa mirasçılar veya sadece şikayetçi adına dilekçe yazması mümkün iken, vefat etmiş müvekkili adına ve kendisine ödenmek üzere dilekçe ile başvurmuş olması Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Şikayetli hakkında en az kınama cezası tayini gerekirken, uyarma cezası isabetli değil ise de bu konuda şikayetli aleyhinde itiraz olmadığından, inceleme dışında tutulmuştur.

Şikayetçinin, daha sonra yanlış bilgi aldığı için şikayetçi olduğu ve şikayetini geri aldığına ilişkin beyanı, şikayetin geri alınmasının disiplin kovuşturmasını ortadan kaldıran sebeplerden olmaması karşısında sonuca etkili görülmemiş, bu sebeple dikkate alınmamıştır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nun "*Uyarma cezası verilmesine*" ilişkin kararında hukuki isebetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddi ile, Kırşehir Barosu Disiplin Kurulu'nun "*Uyarma cezası verilmesine*" ilişkin kararının aleyhe itiraz olmadığından onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 29.11.2008
E. 2008/519
K. 2008/493

*** Disiplin kurulu üyesinin reddi**
*** Üyelerin reddine ilişkin itirazın**
reddine karşı, esas hakkındaki karar
ile birlikte itiraz edilebilmesi
(Av. K. m. 151)

Şikayetli Avukat, Baro Disiplin Kurulu'nun 08.05.2008 günlü, 2008/8 sayılı "*Disiplin Kurulu Üyelerinin reddine ilişkin itirazın reddine*" dair kararına karşı Kurulumuza itirazda bulunmuştur.

Avukatlık Kanunu'nda, Baro Disiplin Kurulu'nun, disiplin kovuşturmasının esasına ilişkin kararları dışında sadece "*İşten Yasaklamaya*"

ilişkin kararlarına karşı Kurulumuza itiraz yolu bulunduğundan, Baro Disiplin Kurulu üyelerinin reddi talebinin reddine ilişkin ara kararlarının Baro Disiplin Kurulu'nun esas hakkında vereceği kararla birlikte itiraz yolu bulunduğundan, şikayetli avukatın dilekçesinin reddine karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Baro Disiplin Kurulu'nun, şikayetlinin disiplin kurulu üyelerinin reddine ilişkin talebinin reddine dair ara kararına karşı itiraz yolu bulunmadığından itiraz dilekçesinin reddine, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 29.11.2008

E. 2008/353

K. 2008/484

*** Yetkisiz temsil**

(Av. K. m. 1, 34;

TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukat hakkında, onay ve vekâletname vermedikleri halde Samsun 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/105 D. İş dosyasında delil tespiti, Samsun 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/344 Esasında tazminat ve Samsun İdare Mahkemesi'nin 2006/3132 Esasında iptal davası açtığı ve bu nedenle Avukatlık Kanunu'nun 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3.maddesine aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, 1989 yılından beri şikayetçilerin vekili olduğunu ve birçok davalarına girdiğini, oğlu A. F. G.'nin Samsun 2. Noterliği'nin 28.11.1988 gün ve 42278 yevmiye no.lu "Adi ortalık sözleşmesi" ile şikayetçilerle ortak olduğunu, ortaklığa ait petrol istasyonu mülkiyetinin Canik Belediyesi'ne intikali ve Canik Belediyesi tarafından A. A.Ş.'ye satılması üzerine Samsun 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/105 Esas sayılı dosyasında delil tespiti yaptırdığını, Samsun 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/344 Esasında kayıtlı tazminat davası açtığını ve her şeyden önemli olarak Samsun İdare Mahkemesi'nin 2006/3132 Esasında idari işlemin iptali için dava açtığını, tüm işlemleri yaparken şikayetçilerin haberdar olduğunu, yaptığı işlemlerden onlarında madde ve hukuki yararları bulunmasına karşın haricen A. A.Ş. ile anlaşmalarından kendi yaptığı işlemlerden haberdar olmadıklarını bildirdikle-

rini, Samsun 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/209 Esasında yaptığı işlemlerden ötürü ücreti vekalet davası açtığını ve davanın derdest olduğunu bildirmiş suçsuz olduğunu savunmuştur.

İncelenen dosya kapsamından, uyuşmazlığın konusu petrol istasyonu işletmecisinin Samsun Ticaret ve Sanayi Odası'nın 14052 Sicil no.sunda kayıtlı B. Petrol 3 S. A.-H. B. Kolektif Şirketi ile ilgili olduğu, işletmenin bu unvanla Samsun Vergi Müdürlüğü'nün 1470024439 Vergi Sicil no.sunda kayıtlı olduğu, Şikayetlinin oğlu A. F. G.'nin Samsun 2. Noterliği'nin 28.11.1988 gün ve 42278 yevmiye no.lu "Adi ortalık sözleşmesi" ile işletmeye ortak olduğu,

Şikayetli avukatın Çarşamba Noterliği'nin 08.Haziran 2001 yevmiye no.lu vekaletnamesi ile şikayetçilerden S. A.'nın şahsını temsilen vekil edildiği, Samsun 2. Noterliği'nin 05.09.1994 tarih ve 25376 Yevmiye No.lu vekâletnamesi ile de B. Kolektif Şirketi Ş. B.-H. B. unvanlı şirketi temsilen Ş. B. ve H. B. tarafından vekil edildiği,

Samsun 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/105 D. İş dosyası davacılarının B. 3 Petrol şirketi ortakları olduğunun bildirilmesine karşın S. A.'nın şahsi, H. B.'nin "Başacak Kolektif Şirketini" temsilen verdikleri vekâletnamelerin eklendiği ve keza diğer dava dosyaları ve ihtarnamelerde de aynı hususun varit olduğu,

Samsun 4. Noterliği'nin 22.01.2004 tarih ve 22758 Yevmiye No.lu vekaletnamesi ile Belde 3 S. A.ve H. B. Kollektif Şirketi'ni temsilen H. B. ve S. A.tarafından Samsun Barosu'na kayıtlı Av. S. E. ve H. Ç.'nin vekil tayin edildikleri görülmektedir.

Şikayetli avukatın dosyada mevcut vekâletnameler karşısında usulüne uygun olarak tanzim edilmiş B. 3 S. A.ve H. B. Kollektif Şirketi'ni temsilen tanzim edilmiş vekaletname olmadığı halde, bir başka vesile ile almış olduğu vekâletnameleri kullanarak davalar açtığı, ihtar keşide ettiği tartışmasızdır.

Avukatlık her şeyden önce bir kamu hizmetidir ve "avukat, kamunun avukatlık mesleğine güveni"nin sarsılmamasını sağlayacak biçimde çalışmak zorundadır. İlgisiz vekaletnamelerin kullanılarak tespit ve dava açılmasının avukatlık mesleğine olan güveni sarsacağı da açıktır.

Yapılan bu işlemlerden şikayetçilerin hukuki yararı bulunduğu düşünülse dahi, ilgisiz vekâletnamelerin kullanılarak dava açılması

kamunun avukatlık mesleğine olan inancı ile bağdaşmaz. Davalılarından birinin şikayetlinin oğlu olması da bu eyleme meşruiyet kazandırmaz. Avukat kişisel çıkarları da olsa “*hukuka uygunluk*” ölçüsüne bağlı kalmak zorundadır.

Bu nedenle eylem, Avukatlık Kanunu’nun 1 ve 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 3 ve 4. maddelerine aykırı olmakla disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu’nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli Av. V.G’nin itirazının reddine, Samsun Barosu Disiplin Kurulu’nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 29.11.2008
E. 2008/341
K. 2008/476

*Mesleğin icrasının adalete ve
kişilerin yararlarına tahsis edilmesi
* Avukatın gerekli özeni göstermemesi
* İtiraz süresi
(Av. K. m. 2, 34, 134;
TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukatlar hakkında, İstanbul 13. İcra Müdürlüğü’nün 2006/225 Esas sayılı dosyasında 09.02.2006 tarihinde borçlulardan B. Tekstil A.Ş. den haricen tahsil ettikleri 27.000.00 YTL.yi dosyaya beyan etmeksizin dosyadaki tüm alacak üzerinden 14.03.2006 tarihinde haciz yaptıkları, borçlu vekilinin beyanı üzerine tahsilâtın dosyasına bildirilerek harcının yatırıldığı, sonraki hacizlerde de fazla alacak talebi ile tahsilât yaptıkları, yetki belgesi ibraz etmeden takip işlemlerine devam ettikleri ve bu nedenle Avukatlık Kanunu’nun 34, 134. maddelerine aykırı davrandıkları iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca tüm şikayetlilerin eylemleri sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatlar, dosyada fazla tahsilât yapılmadığını, haricen yapılan tahsilâtın dosyaya beyan edildiğini, yetki belgesi ibrazının usuli bir işlem olup her zaman tamamlanabileceğini ve nitekim takip dosyasına bilahare ibraz edildiğini bildirmiş, suçsuz oldukları savunmuşlardır.

İncelenen dosya kapsamından, 09.02.2006 tarihinde borçlulardan B. Tekstil AŞ'den yapılan 27.000.00 YTL'lik tahsilatın dosyasına bildirilmeyerek asıl alacağın tamamı üzerinden 13.02.2006 tarihinde hacze gidildiği, 14.03.2006 tarihinde haricen yapılan tahsilâtın tahsilât tarihi bildirilmeyerek dosyaya beyan edildiği, 20.03.2006 tarihi itibarıyla borç toplamı 3.583.30.-YTL olmasına karşın 4.313.30.-YTL üzerinden haciz işlemlerine devam edildiği, 27.03.2006 tarihi itibarıyla da dosya borcu 527,81.-YTL olmasına karşın 818,00.-YTL tahsil edilerek 290,00.-YTL fazla para tahsil edildiği, şikayetli avukatlardan M. Z. , Z. Ö. ve B. K.'ye ait yetki belgelerinin icra dosyasında olmadığı ancak haciz ve takip işlemlerinde fiilen yer aldıkları anlaşılmıştır.

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi, *"Avukatlar, yükledikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler."*

Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesi *"Avukatlığın amacı; hukuki mü-nasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder."* hükümlerini amirdir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesi, *"Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür."* Madde 4, *"Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır."* hükmünü içermektedir.

Avukatın haricen tahsil ettiği parayı icra dosyasına gecikmeden bildirmesi esas olmakla birlikte, disiplin kovuşturması bakımından asıl sorun, tahsil edilen para dosyaya bildirilmediği için alacağın tahsil edilen kısmını da içerecek şekilde borçlu hakkında haciz işlemi yapılarak borçluya zarar verilmiş olmasıdır.

İcra dosyasına yapılan tahsilâtın şikayetçi borçlu veya dava dosyasındaki diğer borçlu tarafından yapılmış olmasının bir önemi yoktur.

Kim tarafından yapılırsa yapılsın avukat tarafından haricen yapılan tahsilât icra dosyasına gecikmeksizin beyan edilmeli ve bakiye borç kalmış ise o miktarı üzerinden hacze devam edilmelidir. Bu husus Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesindeki avukatın özen yükümlülüğü gereğidir. Mutlak surette herhangi bir zarar meydana gelmiş olması koşul olmayıp, zarar olsun olmasın, avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve güvenini sağlayacak biçimde yapmakla yükümlüdür.

Şikayetli avukatlardan B. K. Z. Ö. ve M. Z.'nin sigortalı avukat oldukları ibraz ettikleri belgelerden görülmekte ise de dosya kapsamına göre vekaletname veya yetki belgesinin takip dosyasına ibraz edilmediği görülmektedir. Her ne kadar usuli bir işlem olduğu savunulmakta ise de Avukat özellikle kendi sıfatı ve konumu hakkında hiçbir tartışmaya sebebiyet vermeyecek surette mesleğini icra zorundadır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin hukuksal değerlendirme ve tayin olunun disiplin cezalarında hukuka aykırılık görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, 1- Şikayetli Avukatlardan Z. Ö.'ye Baro Disiplin Kurulu kararının 26.05.2008'de tebliğ edilmesine ve yasal itiraz süresi 25.06.2008 günü mesai saati sonuna kadar olmasına rağmen itiraz dilekçesi 27.06.2008 günü verildiğinden itiraz dilekçesinin süre yönünden reddine,

2- Şikayetli Avukatlar T.K., B. Ö., M. Z ve B. K.'nın itirazlarının reddine, İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun Şikayetli avukatların ayrı ayrı kınama cezası ile cezalandırılmalarına ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI

WIESER VE BICOS BETEILIGUNGEN GMBH / AVUSTURYA DAVASI

(Başvuru No: 74336/01)

Çev.: Serkan Cengiz¹

KARAR
STRASBOURG
16 Ekim 2007

KESİNLEŞMİŞTİR
16/01/2008

Bu karar Sözleşme'nin 44 § 2. maddesindeki şartlar gerçekleştiğinde kesinleşecektir. Karar düzeltilebilir.

Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH / Avusturya davasında

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Bölüm);

Nicolas Bratza, *Başkan,*

J. Casadevall,

G. Bonello,

E. Steiner,

S. Pavlovschi,

¹ Av., İzmir Barosu.

L. Garlicki,
L. Mijović, *yargıçlar*,
ve T.L. Early, *Bölüm Yazı İşleri Müdürü*, 25 Eylül 2007 tarihinde toplanmış ve aynı tarihte aşağıdaki kararı almıştır.

USUL

1. İşbu dava İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") 34.maddesi uyarınca Avusturya Cumhuriyeti'ne karşı, Avusturya vatandaşı olan bay Gottfried ve yönetim yeri Salzburg'da bulunan Bicos Beteiligungen GmbH sınırlı sorumlulu (limited) şirketinin ("başvurucular") 3 Ağustos 2001 Mahkemeye yaptığı başvurudan (no.74336/01) kaynaklanmıştır.

2. Başvurucular, Salzburg'da avukatlık yapan bayan P. Patzelt tarafından temsil edilmişlerdir. Avusturya Hükümeti (Hükümet), ajanları ve aynı zamanda Federal Dışişleri Bakanlığı Uluslararası Hukuk Bölümü Başkanı ve aynı zamanda büyükelçi olan bay F. Trauttmansdorff tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucular kendilerine ait işyerinde yapılan arama kapsamında elektronik bilgilerinin aranması ve bu bilgilere el konulmasının Sözleşmenin 8. maddesi tarafından korunan haklarını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.

4. Mahkeme 16 Mayıs 2006 tarihli kararıyla başvurunun kabuledilebilir olduğuna karar vermiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN ŞARTLARI

5. Birinci başvuru 1949 doğumlu olup, Salzburg'da avukatlık yapmaktadır. Birinci başvuru ayrıca ikinci başvurunun (şirket) sahibi ve genel müdürüdür. İkinci başvuru, diğer şirketlerin yanı sıra, Novamed Limited Şirketi'nin tek sahibidir.

6. 30 Ağustos 2000 tarihinde Salzburg Bölge Mahkemesi (*Landesgericht*) Naples Cumhuriyet Savcısı'nın hukuki yardım talebi üzerine başvuru şirket ve Novamed'in merkezinin aranabilmesi için bir arama kararı vermiştir. Her iki şirketin merkezi, aynı zamanda ilk başvurunun hukuk bürosudur.

7. Ulusal mahkeme, *diğerlerinin yanı sıra*, yasa dışı ilaç ticareti yaptıkları iddiasıyla İtalya'da bulunan çok sayıda kişi ve şirkete dair yürütülen ceza yargılaması sırasında %100'ü başvuru şirkete ait olan Novamed isimli şirkete yönelik kesilmiş faturaların bulunmuş olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme bu nedenle, söz konusu bu şüpheli kişi ve şirketlerle bir ilişki olduğunu gösterir tüm ticari dokümanlara el konulması talimatı vermiştir.

A. Başvuruculara Ait Yerlerde Yapılan Arama ve Belgelere ve Bilgi Depolama Ünitelerine El Konulması

8. 10 Ekim 2000, tarihinde başvuru şirketin merkezinde, ki burası aynı zamanda ilk başvuru hukuk bürosudur, Salzburg Mali Polisine (*Wirtschaftspolizei*) bağlı polisler ve Federal İçişleri Bakanlığına bağlı veri toplama uzmanlarından (*Datensicherungsexperten*) oluşan toplam 8-10 yetkili tarafından yürütülen bir arama gerçekleştirilmiştir.

9. Bir grup görevli, birinci başvuru ve Salzburg Baro temsilcisinin huzurunda Novamed veya Bicos'a ilişkin dosyaları hukuk bürosunda incelemişlerdir. El konulan tüm belgeler, el konulmadan önce birinci başvurucu ve Baro temsilcisine gösterilmiştir.

10. İlk başvuru tarafından her bir belgenin arama mahallindeki ilk incelemesine itiraz edildiğinde, Ceza Muhakemesi Yasası'nın 145. maddesi uyarınca, belge mühürlenerek Salzburg Bölge Mahkemesi'ne teslim edilmiştir. Tüm el konulan ve mühürlenilen belgeler arama tutanağına geçirilmiş, tutanak başvuru ve aramayı gerçekleştiren görevliler tarafından imzalanmıştır.

11. Başka bir görevli grubu eş zamanlı olarak bilgisayarları incelemiş ve çok sayıda dosyayı disklere kopyalamıştır. Başvurucunun Bağımsız İdari Panel önünde verdiği ifadeye göre, normal koşullarda bilgisayar servisi veren bir bilgi teknoloji uzmanı teknik yardım için çağırılmış, bu kişi yarım saat sonra arama yerinden ayrılmıştır. Baro temsilcisi bilgisayar ekipmanları üzerindeki inceleme hususunda bilgilendirilmiştir. Temsilci geçici süreyle inceleme sırasında huzurda bulunmuştur. Görevliler bilgisayarı ve ekipmanlarının incelenmesini bitirdikten sonra, bir arama tutanağı düzenlemeksizin ve aramanın sonucu hakkında ilk başvurucu bilgilendirmeksizin olay yerinden ayrılmışlardır.

12. Aynı gün sonraki saatlerde başvuruçunun elektronik verilerinde aramayı yürüten polis memurları bir veri temin tutanağı (*Datensicherungsbericht*) düzenlemiştir. Tutanakta, ilk başvuruçunun bilgisayarlarının teknik ayrıntılarının yanı sıra bilgisayar sunucusunun (server) tamamının kopyalanmadığı ifade edilmiştir. Arama, olaya adı karışan şirketlerin ve İtalya'daki davada adı geçen şüphelilerin isimlerini taşıyan dosyalar açısından yürütülmüştür. Novamed adını taşıyan ve içinde 90 adet dosya içeren bir dosyanın yanı sıra aranan materyallerinden birini ihtiva eden bir dosya bulunmuştur. Tüm bilgiler disklere kopyalanmıştır. Ek olarak, silinen veriler geri getirilmiş ve aranan materyallere karşılık gelen pek çok belge bulunarak disklere kopyalanmıştır.

13.13 Ekim 2000 tarihinde, soruşturma yargıcı ilk başvuruçunun huzurunda mühürlü olan belgeleri açmıştır. Bazı belgelerin fotokopisi çekilerek dosyaya eklenmiştir. Bazıları ise kullanımlarının başvuruçunun mesleki sır saklama yükümlülüğünü ihlal edeceği gerekçesiyle ilk başvuruçuya iade edilmiştir.

14. Bilgilerin kopyalandığı diskler mali polise gönderilmiş ve burada disklerin çözümleri yapılmıştır. Sonrasında hem diskler hem de çözümleri soruşturma yargıcına teslim edilmiştir.

B. Başvuruçunun İtiraz Dairesine Sunduğu Yakınma

15. 28 Kasım 2000 tarihinde ilk başvuruçusu ve 11 Aralık 2000 tarihinde başvuruçusu şirket Salzburg Bölge Mahkemesi'nin Teftiş Dairesi'ne (*Ratskammer*) şikayet dilekçelerini sunmuşlardır.

16. Başvuruçular, aynı zamanda avukat olan ilk başvuruçunun, başvuruçusu şirketin sahibi ve genel müdürü olduğunu, bu şirketin ise pek çok başka şirketin hissesini elinde bulundurduğunu belirtmişlerdir. Başvuruçular kendilerine ait işyerlerinde yapılan aramanın ve elektronik verilere el konulmasının, ilgili polislerin söz konusu incelemeyi herhangi bir gözetim olmaksızın yapmaları ve sonrasında bu bilgileri disklere kopyalamaları nedeniyle, Ceza Muhakemesi Yasası'nın 152. maddesiyle bağlantılı olarak Avukatlık Yasası'nın 9. maddesinde düzenlenen ilk başvuruçunun haklarını ve mesleki sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği yakınmasında bulunmuşlardır. Başvuruçular elektronik bilgilerin, ilk başvuruçunun huzurunda incelenen belge-

lerdeki aynı bilgileri ihtiva ettiğini belirtmişlerdir. Hal böyle olmakla birlikte, elektronik veriler açısından, ilk başvurucuya itiraz etmesi ve diskleri mühürletebilmesi için herhangi bir fırsat verilmemiştir.

17. Başvurucular ayrıca, arama tutanağında ne aramanın bu kısmından ne de hangi elektronik verilerin kopyalandığı ve hangi bilgilere el konulduğundan bahsedilmediğini belirtmektedir. Ayrıca, arama tutanağının sadece 3 polis memuru tarafından imzalanmış olmasına karşın, tutanak arama sırasında huzurda bulunan tüm polis memurlarının isimlerini ihtiva etmemektedir. Dahası özellikle de Federal İçişleri Bakanlığı bilgi muhafaza uzmanlarının isimleri tutanağa geçirilmemiştir.

18.31 Ocak 2001 tarihinde Teftiş Dairesi başvurucuların şikayetlerini reddetmiştir.

19. Daire, ilk başvurucunun bilgisayarında bulunan bilgilerin konuyla ilgili arama kriterlerine göre arandığını gözlemlemiştir. Bu arama kriterlerine uyan dosyalar disklere kopyalanmıştır.

20. Hal böyle olmakla birlikte işbu el koymanın Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 152. maddesinin etrafından dolanarak yapıldığına hükmetmek için herhangi bir gerekçe mevcut değildir: İlk başvurucunun hukuk bürosunun aranması özellikle de başvurucunun Novamed ve Bicos'un bir organı olarak uhdesinde bulundurduğu belgelerle alakalıdır ve dolayısıyla da bir avukat müvekkil ilişkisini ihtiva etmemektedir.

21. Teftiş Dairesi ayrıca ilk başvurucunun hukuk bürosunun aranması işleminin elektronik bilgilerin aranması ve el konulmasını da ihtiva eden yasal bir arama kararına dayandığını gözlemlemiştir. Ceza Muhakemesi Yasası'nın 145. maddesinin ihtiva ettiği usulü güvenceler, ilgili kişinin derhal yapılacak bir incelemeye itiraz ve el konulan bilginin Bölge Mahkemesine teslim edilmesini talep etme hakkı ve son olarak Teftiş Dairesi'nin karar vermesini talep etme hakkı, elektronik bilginin aranması açısından da uygulanmıştır.

22. Buna karşın görülmekte olan dava da görevliler, her seferinde, birinci başvurucunun bazı belgelerin mühürlenmesi ve bölge mahkemesine teslim edilmesi taleplerini kabul etmişlerdir. Bu belgelerden bazıları, başvurucunun mesleki sır saklama yükümlülüğüne uygun davranmasının sağlanması amacıyla mahkeme tarafından iade edilmiştir.

23. Teftiş Dairesi bu nedenle başvurucların yakınmalarının temelsiz olduğu sonucuna varmıştır. Teftiş Dairesi'nin bu kararı 7 şubat 2001 tarihinde başvurucluya tebliğ edilmiştir.

C. Başvurucların Salzburg Bağımsız İdari Paneli'ne Yaptıkları Şikayet

24. Bu arada başvuruclar sırasıyla 20 Kasım ve 21 Kasım 2000 tarihlerinde Salzburg Bağımsız İdari Heyeti'ne (*Unabhangiger Verwaltungssenat*) Şikayette bulunmuşlardır. Başvuruclar, ilk başvuruclunun hukuk bürosunda yürütülen arama ve elektronik ortamdaki bilgilere el konulmasının hukuka aykırı olduğunu iddia etmişlerdir.

25. 2 Nisan, 11 Haziran ve 11 Temmuz 2001 tarihlerinde "Bağımsız İdari Paneli" ok sayıda tanığın ifadesine başvurulduğu duruşmalar yapmıştır.

İlk başvuruclunun bilgisayarından sorumlu olan BT (Bilgi Teknolojisi) uzmanı kendisinin olay yerinde arama devam ederken çağrıldığını ve vardıda aramanın devam ettiğini ifade etmiştir. Uzman yarım saat sonra arama yapılan yerden ayrılmıştır. Aramadan sorumlu olan görevli, ilk başvuruclunun bilgisayarının arandığı hususunda bilgilendirildiğini ifade etmiştir. Diğer iki görevli, BT uzmanı gelinceye kadar ilk başvuruclunun bilgisayarında herhangi bir arama faaliyetinin başlatılmadığını, Baro temsilcisinin de geçici süreyle huzurda bulunduğunu ifade etmişlerdir. Bu husus baro temsilcisi tarafından da doğrulanmıştır.

26. 24 Ekim 2001, tarihinde Salzburg Bağımsız İdari Paneli başvurucların Şikayetlerini reddetmiştir. Panel Őikayetlerin aramayı düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanununun bazı maddelerini ilgilendirildiğini tespit etmiştir. Aramayı gerçekleştiren polisler muhtemelen bu hükümlere tam riayet etmemişlerdir. Buna karşın polisler, dayanak arama kararına göre hareket etmişler ve soruşturma yargıcı tarafından verilen talimatları aşmamışlardır. Bu nedenle arama mahkemeye atfedilebilir bir aramadır. Sonuç olarak aramanın hukukiliğinin denetlenmesi Bağımsız İdari Panel'in görev alanına girmez.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

A. Arama ve El Koymaya İlişkin Ceza Muhakemesi Yasası Hükümleri

27. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139-149. maddeleri kişilerin ve mahallerin aranmasını ve nesnelere el konulmasıyla ilgili hükümler ihtiva eder.

28. Özellikle madde 139/1 aramanın sadece bir suç işlendiğinden şüphe edilen bir kimsenin bir yerde saklandığından makul bir şekilde şüphe duyulması koşuluyla veya bir mahalde bazı nesnelere bulundurulması veya bu nesnelere incelenmesinin belirli bir ceza soruşturmasıyla ilgili olması halinde bir arama faaliyeti yürütülebileceğini hüküm altına alır.

29. Madde 140/1 ve 2 uyarınca arama genel olarak ilgili kişinin sorgulanmasından sonra gerçekleştirilmelidir. Sadece aranılan kişinin kendi iradesiyle ortaya çıkmaması durumunda veya aranılan nesne veya nesnelere gönüllü olarak teslim edilmemesi ve aramaya mahal veren nedenlerin ortadan kaldırılamamış olması halinde arama yapılabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yukarıda bahsedilen önceden ifadesine başvurulma şartı aranmaz.

30. Madde 140/3 bir aramanın, bir kural olarak, sadece bir yargıç tarafından verilen gerekçeli arama kararı ile mümkün olabileceğini hüküm altına alır.

31. Madde 142/2 ve 3 uyarınca aramaya tabi tutulan yerlerin sakinlerinin bulunmaması durumunda, söz konusu sakinin bir akrabası arama sırasında huzurda bulunacaktır. Aramaya ilişkin bir tutanak tanzim edilecek ve huzurda bulunanlar tarafından imzalanacaktır.

32. Ceza Muhakemesi Yasası m. 143/1, soruşturmaya veya el koymaya veya müsadereye tabi tutulması gereken nesnelere bulunması halinde bunların listeleneceğini ve muhafazası veya el konulması için mahkemeye getirileceğini hüküm altına alır. Yasa maddesi bu bağlamda madde 98'e göndermede bulunur. 98. madde hükmüne göre muhafaza altına alınacak olan nesnelere bir zarf içine konularak mühürlenir veya yedekleme ve karmaşıklığın önlenmesi amacıyla etiketlenir.

33. Madde 145 hükmü şöyledir:

"1. Belgeler incelenmesi sırasında, belgelerin ihtiva ettiği bilgilerin yetkili olmayan kişilerce öğrenilmemesini temin edecek adımların atılması zorunludur.

2. Belgelerin sahibi, belgelerin incelenmesine izin vermeyi istemediği takdirde, söz konusu belgeler mühürlenerek mahkemeye teslim edilir; Teftiş Dairesi söz konusu bu belgelerin incelenip incelenmeyeceğine veya iade edilip edilmeyeceğine derhal karar vermek zorundadır."

34. Mahkemenin (ulusal) içtihatlarına göre -ki bu içtihatlar akademisyenlerin görüşleriyle de doğrulanmıştır- (bkz. Bertl/Vernier, *Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts*, 7. Baskı), yazılı belgelerin incelenmesi ve bu tür belgelere el konulmasına ilişkin kurallar, *mutatis mutandis / kıyasen*, elektronik verilerin incelenmesi ve bu tür verilere el konulmasında da uygulanacaktır. Bilgisayar disklerinin veya bilginin depolandığı hard diskin sahibinin incelemeye itiraz etmesi halinde, bilgi taşıyıcıları mühürlenecektir. Bu durumda Teftiş Dairesi bu verilerin incelenip incelenmeyeceğine karar vermek zorundadır.

B. Avukatların Mesleki Sır Saklama Yükümlülüğüyle İlgili Hükümler

35. Avusturya Avukatlık Yasası'nın 9.Bölümü, mesleki sır saklama yükümlülüğü de dahil olmak üzere avukatların mesleki yükümlülüklerini düzenlemektedir.

36. Ceza Muhakemesi Yasası 152/1. maddesi avukatları, noterleri ve kayyumları mesleklerinin icrası sırasında kendilerine verilen bilgiler açısından tanık olarak ifade verme yükümlülüğünden bağışık tutar.

37. Mesleki sır saklama yükümlülüğüne tabi bilgiler ihtiva eden belgelere el konulamayacağı ve bunların bir ceza yargılamasında kullanılamayacağı yerleşmiş bir yargısal içtihatır.

38. 21 Temmuz 1972 tarihli Federal Adalet Bakanlığı'nın talimatına (*Erlaß*) göre, aramanın mesleki sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesinin önlenmesi amacıyla bir avukatın bürosunun aranması sırasında bir baro temsilcisi huzurda bulunmalıdır.

C. Bağımsız İdari Panel Tarafından Yapılan İnceleme

39. Genel İdari Yargılama Usulü Yasası'nın (*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz*) 67a(1) bölümü uyarınca Bağımsız İdari Panel'ler, diğerlerinin yanı sıra, bir idari yetkinin doğrudan uygulanmasından veya idari bir baskı sonucunda haklarının ihlal edildiğini iddia eden yakınmaları ele almakla görevlidir (*Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt*).

40. Bir mahkemenin arama kararını icra eden polislerin eylemleri, polislerin kendilerine verilen yetkiyi açık bir şekilde aşmadıkları sürece, adı geçen mahkemeye atfedilebilirdir. Polislerin kendilerine verilen yetkiyi açık bir şekilde aşmaları halinde söz konusu eylemler idari yetkinin veya baskının doğrudan kullanımını olarak telakki edilir ve Bağımsız İdari panelin denetimine tabi tutulur.

HUKUK

I. İDDİA EDİLEN SÖZLEŞME MADDE 8 İHLALİ

41. Başvurucular elektronik verilerin incelenmesi ve bu verilere el konulması hususunda yakınmada bulunmuşlardır. Başvurucular aşağıda aktarılan Sözleşme madde 8'e dayanmışlardır.

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."

A. Madde 8'in Uygulanabilirliği

42. Hükümet yorumlarını, arama ve el koymanın mesele konusu edilen başvurucuların "özel yaşamına" müdahale ettiği varsayımına dayandırmıştır.

43. Mahkeme bir avukatın bürosunun aranmasının "özel yaşama" ve "aile hayatına" hatta, "ikamet" terimini ima eden Fransızca metin ile daha geniş anlamda ve potansiyel olarak "konuta" müdahale olarak

telakki edildiğini yinelemektedir (bkz *Niemietz / Almanya*, 16 Aralık 1992 tarihli karar, Series A no. 251-B, sayfa 33-35, paragraf. 29-33, ve *Tamosius / Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik hakkında karar), no. 62002/00, ECHR 2002-VIII; bkz ayrıca *Petri Sallinen ve Diğerleri / Finlandiya*, no. 50882/99, paragraf 71, 27 Eylül 2005 tarihli karar, karar bir avukata ait iş yerlerinin aranmasının onun “konutuna” saygı gösterilmesi hakkında müdahale anlamına geleceğini doğrulamaktadır.) Bir şirkete ait ticari mahallerin aranmasının söz konusu şirketin “konutuna” saygı gösterilmesi hakkında müdahale olacağı ayrıca hüküm altına alınmıştır (bkz *Société Colas Est ve Diğerleri / Fransa*, no. 37971/97, ECHR 2002-III, paragraf. 40-42).

44. Görülmekte olan davada başvurucular ilk başvurucunun hukuk bürosu, ikinci başvurucunun da merkezi olan iş yerlerinin aranması ya da belgelere el konulmasına dair herhangi bir yakınmada bulunmamışlardır. Başvurucular sadece kendilerine ait elektronik verilerin incelenmesi ve bunlara el konulmasına dair yakınmada bulunmuşlardır.

45. Mahkeme elektronik verilerin incelenmesi ve bunlara el konulmasının başvurucuların, Sözleşme’nin 8.maddesinin anlamı çerçevesinde, yazışma/haberleşmeye saygı haklarına bir müdahale teşkil ettiği kanaatindedir (bkz. *Niemietz*, yukarıda bahsedilen, sayfa. 34-35, paragraf. 32 bir avukatın mesleki muhaberatı açısından ve *Petri Sallinen ve Diğerleri*, yukarıda bahsedilen, § 71, bir avukatın bilgisayar disklerine el konulması açısından). “Konut” kavramını bir şirketin işyerini içine alacak şekilde genişleten yukarıda bahsedilen içtihatlarını dikkate alarak, Mahkeme gerçek kişi olan birinci başvurucu ile tüzel kişi olan ikinci başvurucu arasında, “yazışma/haberleşme” kavramı açısından bir ayırım yapmayı gerektirecek herhangi bir neden görmemektedir. Mahkeme ayrıca başvurucuların “özel yaşamına” bir müdahale olup olmadığıнын incelenmesinin gerekli olmadığı kanaatindedir.

46. Mahkeme bu nedenle başvurucuların haberleşme/yazışmalarına saygı gösterilmesi hakkında yapılan müdahalenin 8.maddenin 2. paragrafında belirtilen gerekliliklere uygun olup olmadığını tespit etmek zorundadır.

B. Madde 8'e Uygunluk

1. Tarafların İddiaları

47. Mahkeme, yargılamanın başında 16 Mayıs 2006 tarihli kabul edilebilirliğe ilişkin kararında Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını birleştirdiğini belirtir. Hükümet, başvurucuların Ceza Muhakemesi Yasası'nın imkan verdiği, belgelerin soruşturmada kullanılıp kullanılmayacağına karar verilebilmesi için bir mahkeme kararı almak amacıyla, söz konusu belge ve verilerin mühürlenmesi veya mahkeme kalemine teslim edilmesi talebinde bulunmadıklarını ileri sürmüştür. Başvurucular bu iddiaya itiraz etmişler ve aramanın yürütülüş şeklinin konuyla ilgili haklarını etkin bir şekilde kullanabilme imkanından mahrum bıraktığını ileri sürmüşlerdir.

48. Başvurucular esas açısından, elektronik verilerin incelenmesinin ve bu verilere el konulmasının orantısız olduğu değerlendirmesinde bulunmuşlardır. Başvurucular, birinci başvurunun sadece başvuru şirketin genel müdürü olmadığını aynı zamanda onun ve Novamed'in hukuki danışmanı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu nedenle arama, ister istemez yazışmalara, örneğin ilk başvurunun hukuki danışman sıfatıyla almış olduğu dosya notlarına ve yazmış olduğu diğer yazışmalara, yönelmiştir. Yazılı belgelerin aranması sırasında ya bu türden belgeler derhal kaldırılmış ya da mühürlenmiş ve soruşturma yargıcı tarafından mesleki sır saklama yükümlülüğüne tabi olmaları nedeniyle başvurucuya iade edilmiştir. Buna karşın elektronik verilere usulü garantiler dikkate alınmaksızın el konulmuştur. Bununla bağlantılı olarak iç hukuk yollarının tüketilmesi meselesi açısından başvurucular aynı argümanlara dayanmaktadırlar.

49. Başvurucular, başvuru şirketin haklarının, el konulan veri türü üzerinde herhangi bir kontrolü olmaması nedeniyle, ayrıca ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Bicos kelimesi için yapılan arama, ister istemez kararda tarif edilen konu ile ilgisi olmayan başka verilere yönelmeye neden olmuştur. Ceza Usul Yasasının ihtiva ettiği usulü güvencelere, başvuru şirketin adı geçen verileri mühürletme imkanına sahip olmaması ve yine şirketin hangi verilerin soruşturmada kullanılıp kullanılmayacağı hususunda soruşturma yargıcından bir karar alma imkanına sahip olmaması nedeniyle uygun davranılmamıştır.

50. Hükümet, başvurucuların başlangıçta sadece elektronik verilerin aranması hususunda yakınmada bulduklarını, iddialarının temel olarak birinci başvurucunun avukat olması ve onun mesleki sır saklama yükümlülüğünü koruyan güvencelerin mevcut olmadığı iddialarına dayandığını, buna karşın başvurucu şirkete ilişkin yakınmanın kanıtlanmamış olduğunu belirtmiştir.

51. Hükümet, Mahkemenin içtihatlarına atıfta bulunarak, söz konusu arama ve elektronik verilere el konulması işleminin Ceza Muhakemesi Yasası'nda hukuksal bir dayanağı bulunduğunu ve suçun önlenmesi ve sağlığın korunması olarak isimlendirilebilecek meşru amaçları olduğunu iddia etmiştir.

52. Müdahalenin gerekliliği hususunda, Hükümet verilerin aranması ve verilere el konulmasının izlenen meşru amaç ile orantılı olduğunu ifade etmiştir. İtiraz edilen tedbirlere başvurulması, aramanın kapsamını sınırlayan adli bir arama kararıyla emredilmiştir. Ayrıca Avusturya hukuku bir avukatın bürosu açısından özel usulü güvenceler ihtiva etmektedir. Başvurucu ve rolü ilk başvurucunun mesleki sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmemesini temin etmek olan baro temsilcisinin huzurda bulunduğu arama sırasında adı geçen tedbirlere uygun davranılmıştır. Arama kararına uygun olarak, ilk başvurucunun bilgisayar ekipmanları bazı anahtar kelimelerin yardımı ile taranmıştır. Bu kelimeler konuyla ilgili olan Novamed ve Bicos şirketlerinin ve İtalya'da yürütülen yargılamada sanık olarak geçen kişilerin isimleridir. İlk başvurucunun ikinci başvurucunun hukuki danışmanı olmaması nedeniyle, müvekkil-avukat ilişkisi etkilenmemiştir. Ayrıca, baro temsilcisi ilk başvurucunun bilgisayar ekipmanları üzerindeki arama hususunda bilgilendirilmiş ve arama usulü veri temin tutanağıyla kayıt altına alınmıştır. Kayıt altına alınmanın ana amacının hangi verilere başarılı bir şekilde el konulduğunun ortaya konulması olması nedeniyle ilgili tutanağın arama sırasında değil de aynı gün sonraki saatlerde tanzim edilmiş olduğu hususu kati değildir.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

a. Hukuka uygun olma

53. Mahkeme bir müdahalenin öncelikle ulusal hukukta bir dayanağı olmadığı sürece "hukuka uygun olarak" telakki edilemeyeceğini

yinelemektedir. Sözleşme madde. 8/2 ilişkili olarak, “hukuk” kavramı “şekli” anlamda değil “maddi” anlamda anlaşılmalıdır. Yazılı hukukun kapsadığı bir alanda, “hukuk” görevli mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlüğüdür (bkz, *Société Colas Est ve Diğerleri*, yukarıda bahsedilen, § 43, ayrıca, *Petri Sallinen ve Diğerleri*, yukarıda bahsedilen, § 77).

54. Avusturya Ceza Muhakemesi Yasası, elektronik verilerin aranması ve bu verilere el konulmasına dair özel hükümler içermemektedir. Hal böyle olmakla birlikte el koymaya dair kurallar özellikle de belgelere el konulmasına dair özel düzenlemeler ihtiva etmektedir. Yerel mahkemelerin içtihatlarıyla adı geçen hükümler elektronik verilerin taranması ve bu verilere el konulmasına da ayrıca uygulanmaktadır (bkz. yukarıda paragraf. 34). Gerçekten de başvuru yakın olan tedbirin ulusal hukukta bir dayanağı olduğu hususunda herhangi bir yakınmada bulunmamışlardır.

b. Meşru Amaç

55. Mahkeme, arama ve el koyma emirlerinin yasa dışı ilaç ticaretinden şüphelenen üçüncü kişiler aleyhinde yürütülen ceza yargılaması bağlamında verildiğini gözlemlemektedir.

c. Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması

56. Tarafların iddiaları müdahalenin gerekliliği özellikle de tedbirin izlenen meşru amaçla uygun olup olmadığı ve Ceza Muhakemesi Yasası'nın içerdiği usulü güvencelere gerektiği şekilde uygun davranılıp davranılmadığı hususları üzerinde odaklanmıştır.

57. Karşılaştırılabilir davalarda Mahkeme ulusal mevzuatın ve uygulamanın her türlü keyfiliğe ve kötüye kullanmaya neden olup olmadığını incelemiştir (bkz. örneğin, *Société Colas Est ve Diğerleri*, yukarıda bahsedilen, paragraf 48). Değerlendirmeye alınan unsurlar, özellikle, aramanın yargıç tarafından verilen bir arama kararına ve makul bir şüpheye dayanıp dayanmadığı, bir avukatın bürosunun aranması söz konusu olduğunda, arama kararının kapsamının makul bir şekilde sınırlı olup olmadığı ve mesleki sır saklama yükümlülüğüne tabi olan materyallerin götürülmemesini temin etmek üzere bağımsız bir göz-

lemcinin huzurda bulunup bulunmadığıdır (bkz. *Niemietz*, yukarıda bahsedilen, paragraf: 36, § 37, ve *Tamosius*, yukarıda bahsedilen).

58. Görülmekte olan davada, başvurucuların bilgisayar ekipmanları üzerinde yürütülen arama, soruşturma yargıcı tarafından, çok sayıda şirket ve gerçek kişi aleyhinde yasadışı ilaç ticareti nedeniyle ceza yargılaması yürüten İtalyan makamlarına hukuki yardım bağlamında verilen arama kararına dayanmaktadır. Arama kararı, %100'ü başvurucu şirkete ait olan, Novamed'e yönelik düzenlenen faturaların bulunmuş olduğu olgusuna dayanmaktadır. Bu koşullarda Mahkeme arama kararının makul bir şüpheye dayandığı hususunda tatmin olmuştur.

59. Mahkeme ayrıca arama kararını, aranılacak olan belge veya verileri, İtalya'daki yargılamadaki sanıklarla ilişkiyi ortaya koyan her türlü ticari belge olarak tanımlayarak, makul bir şekilde sınırlandırmıştır. Yetkililerin Novamed veya Bicos kelimeleri veya herhangi bir şüphelinin ismini ihtiva eden belge ve veriyi aramaları nedeniyle arama bu sınırlar içinde kalmıştır.

60. Ayrıca, Ceza Muhakemesi Yasası belge ve elektronik verilere el konulması açısından ilave usulü güvenceler temin etmektedir. Mahkeme Ceza Muhakemesi yasasının aşağıdaki hükümlerine dikkat çeker:

a. Aranılan yerlerin sakini huzurda bulunacaktır;

b. Aramanın sonunda bir tutanak tanzim edilir ve el konulan şeyler tutanakta listelenir;

c. Sahibi, belgelere el konulmasına itiraz ederse, bunlar mühürlenerek, soruşturmada kullanılıp kullanılmayacağı hususunda karar vermesi için yargıca teslim edilecektir; ve

d. Ek olarak, bir avukatın bürosunun aranması söz konusu olduğunda, bir baro temsilcisinin huzurda bulunması gerekmektedir.

61. Başvurucuların iddiaları Avusturya yasaları tarafından sağlanan garantilerin yeterli olmadığı değil, işbu dava açısından elektronik verilere el konulması sırasında bu garantilere uygun davranılmadığıdır. Mahkeme başvuruculara ait yerlerin çok sayıda görevli tarafından arandığını belirtmektedir. İlk grup görevli belgelere el konulmasını gerçekleştirirken, ikinci grup bazı arama kriterlerini kullanarak bilgisayar sistemlerini taramış ve çok sayıda dosyayı disklere kopyalamıştır.

62. Mahkeme, belgelere el konulması açısından yukarıda tanımlanan garantilere tamamen uyulduğunu gözlemlemektedir: Baro temsilcisi herhangi bir belgeye el konulması işlemine her itiraz ettiğinde, söz konusu belge mühürlenmiştir. Birkaç gün sonra, soruşturma yargıcı başvuruçunun huzurunda hangi dosyaların mesleki sır saklama yükümlülüğüne tabi olduğu hususunda karar vermiş ve bu gerekçe ile dosyalardan pek çoğu iade edilmiştir. Gerçekten de başvuruçular bu açıdan herhangi bir yakınmada bulunmamışlardır.

63. İşbu davada can alıcı nokta sözü geçen (ç.n. yazılı belgeye dair) güvencelerin elektronik veriler açısından uygulanmamış oluşudur. Çok sayıda faktör, başvuruçuların bu bağlamdaki haklarını kullanmalarının sınırlandırılmış olduğunu göstermektedir. İlk olarak, her ne kadar baro temsilcisi bilgisayar sistemlerinin aranması sırasında geçici olarak huzurda bulunmuşsa da, temsilci esasen yazılı belgelerin el konulmasını denetlemekle meşguldür ve bu nedenle elektronik veriler açısından denetim rolünü uygun bir şekilde yerine getirememiştir. İkinci olarak, hangi arama kriterlerine başvurulduğu, hangi dosyaların kopyalandığı ve hangilerine el konulduğunu gösteren bir arama, el koyma tutanağı el koyma işleminin sonunda değil aynı gün daha sonra tanzim edilmiştir. Ayrıca, görüldüğü kadarıyla görevliler, işlerini bitirdiklerinde aramanın sonucu hakkında birinci başvuruçuyu veya Baro temsilcisini bilgilendirmeksizin ayrılmışlardır.

64. Birinci başvuruçunun aramanın başında, genel bir tutum çerçevesinde, kopya edilen verilerin bulunduğu disklerin mühürlenmesini ve soruşturma yargıcına teslim edilmesini talep edebilirdi. Buna karşın, Ceza Muhakemesi Yasası'nın aramanın sonunda bir tutanağın tanzim edilmesini emretmesi ve el konulan materyallerin listelenmesini zorunlu kılması nedeniyle başvuruçunun bu prosedürün izleneceğini ummuş olması da söz konusu olabilir. Sonuç olarak Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının reddedilmesi zorunludur.

65. Birinci başvuruçunun bağlamında, aramanın yürütülüş şekli başvuruçunun mesleki sır saklama yükümlülüğüne ilişkin hakkının ihlal edilmesi riskinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Mahkeme adaletin uygun şekilde tecellisi açısından etkilere/yansımalara neden olabileceği gerekçesiyle yukarıda bahsedilen riske özel bir ağırlık vermiştir (bkz. *Niemietz*, yukarıda bahsedilen, sayfa. 36, paragraf. 37). Ulusal yetkililer ve Hükümet birinci başvuruçunun, başvuruçunun şirketine hukuki

danışmanı olmadığını ve el konulan verilerin onların müvekkil-avukat ilişkilerini ilgilendirmediğini iddia etmiştir. Mahkeme önündeki iddialarına karşıt olarak birinci başvurucunun yerel mahkemeler önünde başvurucu şirketin, Novamed'in hukuki danışmanı olduğunu iddia etmediği bir gerçektir. Buna karşın birinci başvurucu yargılamalar boyunca başvurucu şirketin hisselerine sahip olduğu çok sayıda şirketin hukuki danışmanı olduğunu iddia etmiştir. Ayrıca hükümet, başvurucuların el konulan elektronik verilerin genelde el konulan yazılı belgelerin içerdiği bilgileri ihtiva ettiği (ki söz konusu bu belgelerin bir kısmı soruşturma yargıcı tarafından mesleki sır saklama yükümlülüğüne tabi olmaları nedeniyle iade edilmiştir) şeklindeki değerlendirmelerine karşı çıkmamıştır. Dolayısıyla el konulan elektronik verilerin bu türden bilgiler içerdiği makul olarak farz edilebilir.

66. Sonuç olarak Mahkeme; ilgili resmi makamlarca herhangi bir şekilde görevin kötüye kullanılmasını veya keyfi davranılmasını önlemeyi ve ayrıca avukatın mesleki sır saklama yükümlülüğünü korumayı amaçlayan usulü güvencelere uygun davranılmamasının, ilk başvurucunun elektronik verilerinin aranması ve el konulması işlemlerinin hedeflenen meşru amaç ile orantısız olmasına neden olduğunu tespit eder.

67. Ayrıca Mahkeme, bir avukatın mesleki sır saklama yükümlülüğünün müvekkilin korunmasına da hizmet ettiğini gözlemlemektedir. İlk başvurucunun, hisselerinin bir kısmı ikinci başvurucuya ait olan çok sayıda şirketin hukuki danışmanlığı yaptığına ve el konulan verilerin mesleki sır saklama yükümlülüğüne tabi bazı bilgileri ihtiva ettiğine dair yukarıdaki tespitlerini dikkate alarak Mahkeme, ikinci başvurucu açısından farklı bir sonuca ulaşmak için herhangi bir neden görememektedir.

68. Sonuç olarak her iki başvurucu açısından bir Sözleşme m.8. ihlali mevcuttur.

II. SÖZLEŞME MADDE 41'İN UYGULANMASI

69. Sözleşmenin 41.maddesi şöyledir:

“Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi

edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder."

A. Zarar

70. Başvurucu maddi zararlar başlığı altında, 2000 yılından itibaren müvekkil kayıpları nedeniyle uğradığı zarara karşılık olarak her yıl için 4.000.-Euro talep etmiştir. Başvurucu mesleki sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmeksizin delil ibraz etmesinin mümkün olamayacağını ifade etmiştir. Ayrıca olaylar sonucunda avukat olarak itibarının zarar görmüş olması nedeniyle 10.000.-Euro'yu manevi tazminat olarak talep etmiştir.

71. Başvurucu şirket maddi zararları için 20.211,56 Euro talep etmiştir. Şirket bir holding olması nedeniyle elektronik verilerine el konulması nedeniyle ticaret unvanının mahvedildiğini iddia etmiştir. Sonuç olarak, adı geçen şirketin başka bir isim altında kurulması zorunlu olmuştur ve bu nedenle yeni şirketin nominal sermayesi için 17.500.-Euro sermaye artırımını zorunlu olmuş ve konuyla ilgili hukuki işlemler için 2.711,56.-Euro masraf ödemesi yapılmak zorunda kalmıştır. Başvurucu şirket manevi zararları açısından herhangi bir talepte bulunmamıştır.

72. Hükümet mesele konusu olan ihlal ile başvurucular tarafından talep edilen maddi zararlar arasında herhangi bir nedensellik ilişkisinin bulunmadığı değerlendirilmiştir.

73. Başvurucuların maddi zararları açısından Mahkeme, elektronik verilerin aranması ve bu verilere el konulmasının madde 8'in gerektirdiği şartlara uygun olarak yapılması halinde, bunun başvurucuların itibarı üzerinde ne gibi etkiler yaratacağı hususunda spekülasyon yapamayacağını gözlemlemektedir (bkz, *mutatis mutandis / kıyasen, Société Colas Est ve Diğerleri*, yukarıda bahsedilen paragraf.54). Sonuç olarak Mahkeme bu başlık altında herhangi bir tazminata hükmetmez.

74. Buna karşın Mahkeme birinci başvurucunun, arama ve el koymanın yapıldığı şekli nedeniyle üzüntü ve hüsrana gibi manevi zararlara maruz kaldığını kabul etmektedir. Adil temelde bir değerlendirme yaparak ve karşılaştırılabilir bir davada hükmedilmiş olan meblağı göz

önüne alarak işbu manevi zararlar başlığı altında ilk başvurucu lehine 2.500.-Euro'ya hükmeder.

B. Ücret ve Masraflar

75. İlk başvurucu ücret ve masraflar için 9.204,52 Euro'su ulusal yargılama ve 6.762,63.-Euro'su Sözleşme (AİHM) yargılaması olmak üzere toplam 15.967,15.-Euro talep etmiştir. Bu meblağa KDV dahildir.

76. Hükümet ulusal yargılamalardan kaynaklı masrafları gösterir listenin zorunlu maliyetler olduğunu kabul etmiştir. Buna karşın Hükümet talep edilen meblağların, avukatların vekalet ücretine dair ulusal hukuk ve yönetmeliklere uygun olmaması nedeniyle, aşırı olduğunu iddia etmiştir. Özellikle de Salzburg Bağımsız İdari Panel'i önündeki yargılama için talep edilen 4.858.-Euro'nun 1.486,8 Euro'sunun geri ödenmesi gerekmektedir. Ayrıca hükümet, Sözleşme (AİHM) yargılaması açısından talep edilen meblağların aşırı olduğunu iddia etmiştir. Hükümete göre sadece 2.289,96.-Euro'luk meblağ uygundur.

77. Mahkeme bir Sözleşme ihlali tespit etmiş olması halinde, bu ihlalin önlenmesi veya bu ihlalden kaynaklanan zararların giderilmesi amacıyla yapılan zorunlu ulusal yargılama masraflarına, miktar olarak makul olması halinde hükmedebileceğini yinelemektedir (bkz *Société Colas Est ve Diğerleri*, yukarıda bahsedilen, paragraf 56).

78. Mahkeme birinci başvurucu tarafından talep edilen ücret ve masrafların zaruri olduğuna herhangi bir itirazın söz konusu olmadığını belirtmektedir. Buna karşın Mahkeme talep edilen meblağların makul olmadığı kanaatindedir. Dolayısıyla Mahkemenin elinde bulunan bilgi ve karşılaştırılabilir davalarda hükmedilen meblağları dikkate alarak Mahkeme tüm başlıklar altındaki masraf ve ücretler için 10.000.-Euro'ya hükmeder. Bu meblağa KDV dahildir.

C. Gecikme Faizi

79. Mahkeme Avrupa Merkez Bankası'nın en yüksek kredi faiz oranına %3 eklenerek gecikme faizi alınması gerekliliğini göz önünde tutar.

BU NEDENLER MAHKEME

1. Hükümetin ulusal hukuk yollarının tüketilmediği ilk itirazının oybirliği ile reddine;

2. İlk başvuru açısından oybirliği ile bir Sözleşme m. 8'in ihlalinin mevcut olduğuna,

3. 4'e karşı 3 oyla ikinci başvuru açısından bir Sözleşme m. 8'in ihlalinin mevcut olduğuna;

3. Oybirliği ile

a. Davalı Devletin, Sözleşme'nin 44§ 2. maddesi uyarınca kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içerisinde manevi zararlarına karşılık olarak 2.500.-EURO'yu (ikibinbeşyüz) ve masraf ve harcamalarına karşılık 10.000.-EURO'yu (onbin) işletilecek her türlü vergi ile birlikte birinci başvurucuya ödemesine;

b. Yukarıda sözü edilen üç aylık sürenin bitiminden ödeme tarihine kadar Avrupa Merkez Bankası'nın en yüksek faiz oranının %3 oranında arttırılması ile elde edilen oranda basit faiz ödenmesine;

4. Oybirliğiyle başvuruların geri kalan adil tatmin taleplerinin reddine

Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3. maddeleri uyarınca 16 Ekim 2007 günü İngilizce dili ile yazılı olarak bildirilmiştir.

T.L. EARLY
Yazı İşleri Müdürü

Nicolas BRATZA
Başkan

Sözleşme'nin 45 § 2. ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74 § 2. maddelerine göre yargıçlar Sir Nicolas Bratza, bay Casadevall ve bayan Mijović'in karara ilişkin ortak kısmi muhalefet şerhi karara eklidir.

N. B. T. L. E.

YARGIÇLAR BRATZA, CASADEV VE MIJOVIĆ'İN KARARA İLİŞKİN ORTAK KISMİ MUHALEFET ŞERHİ

İşbu görülmekte olan davada birinci başvurucunun 8. madde tarafından korunan haklarının ihlal edilmiş olduğu hususunda tam bir mutabakat içinde olsak da, ikinci başvurucu açısından farklı bir görüşü benimsiyoruz.

Her ne kadar birinci başvurucu, başvurucu şirketin sahibi ve genel müdürü olsa da ve her ne kadar ikinci başvurucunun merkezi birinci başvurucunun hukuk bürosunda bulunsa da birinci başvurucu, şirketin hukuk müşaviri veya hukuksal danışmanı değildir. Görünüşe göre birinci başvurucu ikinci başvurucu tarafından sahip olunan bazı şirketlerin hukuki danışmanı olarak hareket etmiştir. Buna karşın birinci başvurucunun hukuk bürosundan gerçekleştirilen arama ve el koyma birinci başvurucunun hukuki danışmanlığını yürüttüğü hiç bir alt şirketin elektronik verilerini ihtiva etmemektedir. Bu koşullar altında, bizler Mahkeme tarafından tespit edilen ve Sözleşme madde 8 altında bir ihlalin ortaya çıkmasına neden olan avukat-müvekkil ilişkisinin korunmasını amaçlayan usulü güvencelerin yokluğundan başvurucu şirketin etkilenmiş olabileceği hususunda tatmin olmadık.

4300/05 SAYILI
RAMAZAN YILDIRIM / TÜRKİYE DAVASI

Çev.: Özlem Yılmaz¹

KABUL EDİLEBİLİRLİK
ÜZERİNE KISMİ KARAR
6 Ocak 2009

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm)
6 Ocak 2009 tarihinde

François Tulkens, *Başkan*
Íreneu Cabral Barreto,
Vladimoro Zagrebelsky ,
Danute Sociene,
Dragoljub Popovic,
Andras Sajo,
Işıl Karakaş, *Yargıçlar*,

ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü Sally Dolle'un katılımıyla 7 ocak 2005 tarihli başvuruya ilişkin toplanarak aşağıda yer alan kararı vermiştir.

OLAYLAR

Başvurucu M. Ramazan Yıldırım Türk vatandaşıdır. 1941 İzmir doğumludur. Mahkeme önünde İzmir Barosu avukatlarından Serkan Cengiz ve Çağlar Akbulut tarafından temsil edilmiştir.

I. Başvurucuya Karşı Yürütülen Ceza Kovuşturması

17 Ocak 1997 tarihinde mesleği başgardıyanlık olan başvuru gö-zaltına alınmıştır.

27 Ocak 1997 tarihinde İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcı-sının iddianamesi ile başvuru aleyhinde DHKP-C (Devrimci Halk

¹ Av., İzmir Barosu.

Kurtuluş Partisi Cephesi) adlı yasadışı terör örgütüne yardım etme suçundan ceza davası açılmıştır.

23 Şubat 1999 tarihinde Devlet Güvenlik Mahkemesi başvuruçuyu 3 yıl 9 ay hapis cezasına mahkum etmiş ve başvuruçunun kamu hizmetlerinden yasaklanmasına karar vermiştir.

27 Mart 2000 tarihinde Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Ardından başvuruçu yakalanarak cezasını çekmek üzere Buca Cezaevine gönderilmiştir.

2. Başvuruçu Tarafından Basına Karşı Açılan Dava

Bölgesel bir gazete olan Yeni Asır, 21 Nisan 2000 tarihinde başvuruçunun iki fotoğrafı ile birlikte “*Boyalı saçlarla bile saklanamadı.*” başlıklı bir haber yayınlamıştır. Bu haberin içeriğinde yer alan bölümler aşağıda yer almaktadır:

“İzmir Buca Cezaevi’nde kalmakta olan yasadışı örgüt DHKP-C üyelerine yardım ettiği iddiasıyla İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından, 3 yıl 9 ay hapis cezasına çarptırılan Ramazan Yıldırım (59) Cennetçeşme’deki evinde yakalandı. Yıldırım’ın 1997’de aynı suçtan tutuksuz yargılanırken kaçtığı öğrenildi.

Tanınmamak için saçını boyatan Yıldırım’ın 3 yıl önce kendisini yakalayan ekip tarafından yakalandığı öğrenildi. Yıldırım, Buca Cezaevi’ne konuldu. Terörle Mücadele Müdürlüğü yetkilileri son bir ayda, terör suçlusunu 9 kişinin yakalandığını belirttiler.”

28 Nisan 2000 tarihinde 5680 sayılı Basın Kanunu’nun 19. maddesinde yer alan tekzip hakkı gereğince başvuruçu noter aracılığı ile gazeteye bir tekzip metni göndermiştir.

Gazetenin tekzip metnini yayınlamaması üzerine 23 Mayıs 2000 tarihinde, başvuruçu İzmir Sulh Ceza Mahkemesi’nden tekzip talebinde bulunmuştur. Dava dilekçesinde haberin yanlış içeriği ile toplumun dikkatini çektiğine ve kişilik haklarına zarar verdiğini belirtmiştir.

Sulh Ceza Mahkemesi başvuruçunun talebini kabul etmiş ve gazetede söz konusu yazıya ilişkin tekzip metninin yayınlanmasına karar vermiştir.

Gazete bu kararı uygulamamıştır. Başvurucu gazeteye karşı İzmir Asliye Hukuk Mahkemesi'nde bir tazminat davası açmıştır.

19 Kasım 2001 tarihinde mahkeme başvurusunun davasını kabul ederek gazetenin başvurucuya tazminat ödemesine karar vermiştir. Mahkeme kararının gerekçesinde gazetenin başvurusunun adaletten kaçmaya teşebbüs ettiğini ve yakalanmaktan kurtulmak için saçlarını boyadığını ispatlayamadığını belirtmiştir. Ve yayınlanan haberin başvurusunun onuruna ve şerefine zarar verdiği gerekçesiyle gazete aleyhine tazminata hükmetmiştir.

20 Haziran 2002 tarihinde gazetenin temsilcisi ilk derece mahkemesinin kararını Yargıtay 4. Hukuk Dairesinde temyiz etmiştir. Gazetenin temsilcisi temyiz dilekçesinde başvurusunun saçlarını boyamadığını ileri sürmediğini sadece haber içeriğinin doğru olmadığını iddia ettiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme öncelikle basın kamuyu yanlış bilgilendirmeye ilişkin sorumluluğu olduğunu belirtmiştir. Yüksek Mahkeme bozmaya ilişkin gerekçesinde kamuoyunun basından bilgi alma hakkı ile başvurusunun kişisel çıkarları arasında bir denge kurulması gerektiğini belirtmiş ilk derece Mahkemesinin kararında bu denge kurulamadığından kararın bozulmasına karar verdiğini belirtmiştir.

12 Kasım 2002 tarihinde ilk derece mahkemesi Yargıtay'ın bozma kararına uymuş ve başvurusunun tazminat talebini reddetmiştir.

Başvurucu bu kararı temyiz etmiştir.

11 Kasım 2003 tarihinde Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

14 Haziran 2004 tarihinde aynı Hukuk Dairesi başvurusunun karar düzeltme talebini reddetmiştir.

8 Temmuz 2004 tarihinde ilk derece mahkemesinin şikayete konu kararı kesinleşmiştir.

ŞİKAYETLER

Başvurucu şikayetinde;

Yargılama süresinin uzunluğu,

Adli mercilerin kararlarının yeterli gerekçeler içermemesi, nedeniyle Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Başvurucu Yargıtay'daki yargılama süreci açısından yargıçlar tarafsız olmadığından ve bu konuda etkin başvuru yolu bulunmadığından Sözleşme'nin 6/1. Maddesinin Sözleşmenin 13. maddesi ile birlikte ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu ek olarak şikayetinin bu bölümünde karar düzeltme talebinin, temyiz talebini inceleyen yargıçlarca incelendiğini belirtmiştir.

Başvurucu gazetede yayınlanan habere ilişkin olarak uğradığı zararın iç hukuk makamlarınca giderilmediğinden Sözleşme'nin 8. maddesinin güvence altına aldığı özel yaşamın gizliliğinin korunmasına ilişkin hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

KARAR

1. Başvurucu gazete haberi ve iç hukuk makamlarının kararlarıyla 8. madde anlamında özel yaşamın gizliliğine saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme şikayetinin bu kısmının kabul edilebilirliğine karar vermeden önce içtüzüğün 54/2. maddesine uygun olarak hükümetin başvuruya ilişkin hükümetin cevaplarını almayı tercih etmektedir.

2. Başvurucu yargılama süresinin uzunluğu açısından Sözleşme'nin 6/1. maddesinin makul sürede yargılanma kuralının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme 7 Aralık 2000 tarihinde başvurucu tarafından dava açıldığını ve davanın 14 Haziran 2004 tarihinde Yargıtay'ın son kararı ile sona erdiğini belirlemiştir. Yargılama 3 yıl 6 ay 7 gün üç derece mahkemede ve 5 aşamada devam etmiş ve sona ermiştir.

Genel olarak yargılama süresinin uzunluğu, Mahkeme önceki içtihatlarıyla birlikte değerlendirdiğinde (Pelissier ve Sassi Fransa 25444/94 sayılı başvuru ECRH1999-II Ertürk Türkiye 15259/02 sayılı 12 Nisan 2005 tarihli başvuru) davanın Sözleşmenin 6/1. maddesinde belirtilen ivedilikte sonuçlandırıldığına ve makul süre olarak değerlendirilebileceğine karar vermiştir.

Bu nedenle mahkeme şikayetin bu bölümü açısından başvurunun Sözleşme'nin 35/3 ve 35/4 maddeleri gereğince temelden yoksun olduğuna karar vermiştir.

3. Başvurucu şikayetinde ulusal yargı makamlarının kararlarının yeterli gerekçe içermemesi açısından Sözleşme'nin 6/1. maddesi anlamında hakkaniyete uygun yargılanmadığını ileri sürmüştür.

Mahkeme Sözleşme'nin 6/1. maddesinin mahkemelerin kararlarının gerekçeli olması yükümünü getirdiğini; bu hükmün kararların açık gerekçeler içermesi ve gerekçelerin tarafların temel iddialarını karşılama gereğini içerdiğini hatırlatır. Bir tarafın ileri sürdüğü iddiaların karşılığının mahkeme kararında açıklanmasını istemek mutlak bir haktır. (*Van De Hurk -Hollanda 19 Nisan 1994 paragraf 61,seri A no 288 ve Garcia Ruiz / İspanya, 30544/96 paragraf 26 CEDH 1999_1*)

Mahkeme gerek ilk derece mahkemesi gerekse Yargıtay'ın kararlarında tarafların ileri sürdüğü iddiaların karşılığının açıklanarak ve delillerin değerlendirilerek kararın gerekçelendirildiğini belirlemiştir.

Mahkeme incelenen tüm bu unsurlar ışığında Sözleşme'nin 6/1. maddesinin güvence altına aldığı hakkaniyete uygun yargılanma hakkına ilişkin bir ihlal bulunmadığını belirlemiştir. Bu nedenle şikayetin bu kısmının Sözleşme'nin 35/3 ve 4. maddeleri gereğince temelden yoksun olduğundan kabul edilmezliğine karar vermiştir.

4. Başvurucu Yargıtay'daki yargıçların tarafsız olmadığına ilişkin şikayetinde Sözleşme'nin 6/1. maddesi ile birlikte 13. Maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Karar düzeltme talebini temyiz talebini inceleyen yargıçların incelediğini belirtmiştir.

Mahkeme Yargıtay'daki yargıçların tarafsız olmadığına ilişkin Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edilmediğini belirlemiştir. Mahkeme benzer bir davadaki başvurunun kabul edilemezliğine ilişkin verdiği karara dayanmıştır. Bu davada da karar düzeltme ve temyiz talebini aynı yargıçlar incelemiştir (*Arslan / Türkiye 39080/97 21 Eylül 1999*) Mahkeme bu davada da söz konusu davada benimsediği yaklaşım doğrultusunda karar vermiştir.

Bu nedenle başvuruçunun başvurusunun bu bölümü Sözleşme'nin 35/3 ve 4. maddeleri gereğince temelden yoksundur.

Tüm bu gerekçelerle Mahkeme oybirliği ile başvuruçunun Sözleşme'nin 8. maddesine ilişkin şikayetinin incelenmesine,
Diğer şikayetlerinin kabul edilemezliğine karar vermiştir.

Sally Dolle
Yazı İşleri Müdürü

François Tulkens
Başkan

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.

Y A S A L A R

RG 17 Şubat 2009/27144

5836 Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesine Yönelik Kyoto Protokolüne Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun

RG 28 Şubat 2009/27155 (Mükerrer)

5838 Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
5839 Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 14 Mart 2009/27169

5841 Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 24 Mart 2009/27179

5840 Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu

RG 10 Nisan 2009/27196

5844 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Bulgaristan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Bilimsel ve Teknolojik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

- 5845 Uluslararası Karayolu Yolcu ve Eşya Taşımacılığına İlişkin Türkiye Cumhuriyeti ve Portekiz Cumhuriyeti Arasında Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5846 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Mısır Arap Cumhuriyeti Hükümeti ve Suriye Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Turizm Alanında İşbirliğine İlişkin Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5847 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Yemen Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Sağlık Alanında İşbirliğine Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun
- 5848 Türkiye Cumhuriyeti ile Avusturya Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması ve Eki Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5850 Asya Karayolları Ağı Hükümetlerarası Anlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5851 Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı ile Arap Devletleri Ligi Genel Sekreterliği Arasında Mutabakat Muhtırasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5852 Türkiye Cumhuriyeti ve Körfez Arap Ülkeleri İşbirliği Konseyi Üyesi Ülkeler Arasında Ekonomik İşbirliğine İlişkin Çerçeve Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5854 Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşmeye Ait 2005 Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5855 Çok Uluslu Coğrafi Veri Ortak Üretim Programı Mutabakat Muhtırasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5856 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Bosna-Hersek Bakanlar Kurulu Arasında İşbirliği Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 14 Nisan 2009/27200

- 5842 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Savunma Sanayii Alanında İki İş Birliği Süresince Mübadele Edilen veya Oluşturulan Gizlilik Dereceli Bilgi ve Malzemelerin Karşılıklı Korunması Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5843 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında İki Taraflı Askeri Teknik İşbirliği Çerçevesinde Kullanılan ve Elde Edilen Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarının Karşılıklı Korunmasına İlişkin Müşterek Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5849 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Türkiyede Bir Türk-Alman Üniversitesinin Kurulmasına Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun
- 5853 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Avustralya Hükümeti Arasında Askeri Alanda İş Birliği Çerçeve Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5857 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Hindistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Bilim ve Teknoloji Alanlarında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5858 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Ukrayna Bakanlar Kurulu Arasında Bilimsel ve Teknolojik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5859 Türkiye Cumhuriyeti ile İspanya Krallığı Arasında Bilimsel ve Teknolojik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5860 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Tayland Krallığı Hükümeti Arasında Bilimsel ve Teknolojik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5861 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Sudan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Bilimsel ve Teknolojik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5862 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Belarus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Veterinerlik Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

- 5863 Türkiye Cumhuriyeti Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı ile Romanya Kobiler ve Kooperatifler Ulusal Kurumu Arasındaki Mutabakat ve İşbirliği Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5864 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Sudan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Denizcilik Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5865 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Mısır Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Uluslararası Karayolu Taşımacılığı Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5866 Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5867 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Kolombiya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ticaret İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5868 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Güney Afrika Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Gümrük İdarelerinin Karşılıklı Yardımlaşmasına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5869 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Uluslararası Terörizm, Organize Suçlar, Uyuşturucu Ve Psikotrop Maddelerle Bunların Katkı Maddeleri ve Benzerlerinin Kaçakçılığı ve Diğer Tiplerdeki Suçlarla Mücadelede İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5870 Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5871 Kalıcı Organik Kirleticilere İlişkin Stokholm Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5872 Ekonomik İşbirliği Teşkilatı (EİT) Kaçakçılık ve Gümrük Suçları Veri Bankasının Kurulması ve İşletilmesine Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

- 5873 Türkiye Cumhuriyeti Tarım ve Köyişleri Bakanlığı ile Avust-
ralya Tarım, Balıkçılık ve Ormancılık Bakanlığı Arasındaki
Tarım Alanında Teknik, Bilimsel ve Ekonomik İşbirliği Konu-
lu Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğu-
na Dair Kanun
- 5874 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Belarus Cumhuriyeti Hü-
kümeti Arasında Karantina ve Bitki Koruma Alanında İşbirli-
ği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair
Kanun
- 5875 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Moldova Cumhuriyeti
Hükümeti Arasında Bitki Koruma (Bitki Karantina) Alanında
İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna
Dair Kanun
- 5876 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Slovak Cumhuriyeti Hü-
kümeti Arasında Ekonomik İşbirliği Anlaşmasının Onaylan-
masının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun
- 5877 Bakü-Tiflis-Kars Yeni Demiryolu Bağlantısına İlişkin Anlaş-
manın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5878 Avrupa Orta Vadeli Hava Tahminleri Merkezi İmtiyazları ve
Dokunulmazlıklarına Dair Düzeltilmiş Protokole Katılmamı-
zın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5879 Avrupa Orta Vadeli Hava Tahminleri Merkezini Oluşturan
Düzeltilmiş Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulunduğuna
Dair Kanun
- 5880 Avrupa Topluluğu ile Türkiye Cumhuriyeti Arasında Türki-
ye Cumhuriyetinin Topluluk İstihdam ve Sosyal Dayanışma
Programına Katılımı Hakkında Mutabakat Zaptının Onaylan-
masının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5881 Dışişleri Bakanlığı Tarafından Temsil Edilen Türkiye Cumhu-
riyeti ile Fransız Kalkınma Ajansı Arasında Kuruluş Sözleş-
mesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5882 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Fransa Cumhuriyeti Hü-
kümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması
Anlaşması ve Eki Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulun-
duğuna Dair Kanun

- 5883 Türkiye Cumhuriyeti ve Avustralya Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma ile Ek Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5884 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Kendi Toprakları Arası ve Ötesinde Hava Hizmetlerine İlişkin Hava Taşımacılığı Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5885 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Karayolları ve Köprüler ile İlgili İşbirliği Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5886 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Sudan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Sağlık ve Tıp Alanlarında İşbirliğine Dair Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

T Ü Z Ü K L E R

- RG 19 Şubat 2009/27146**
2009/14633 Türkiye Kızılay Derneği Tüzüğü

Y Ö N E T M E L İ K L E R

- RG 17 Şubat 2009/27144**
- Çevre Düzeni Planlarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Araştırma Reaktörlerinde Olağandışı Olay Bildirim ve Raporlama Yönetmeliği
 - Araştırma Reaktörlerinin Güvenliği İçin Özel İlkeler Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Araştırma Reaktörlerinde Kayıt ve Raporlama Yönetmeliği
- Endüstriyel Radyografide Radyasyondan Korunma ve Lisanslama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Nükleer Tesislerin Güvenliği İçin Kalite Yönetimi Temel Gereklere Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ön Güvenlik Analiz Raporu Kapsamında Kalite Temin Esasları Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Nükleer Güç Tesislerinin Yer Seçimi ile İlgili Etüt ve Değerlendirme Çalışmalarında Kalite Temini Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Nükleer ve Radyolojik Tehlike Durumu Ulusal Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Sistemine Göre Öğretim Yapan Fakülteler Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi İngilizce Öğretmenliği Programı 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

RG 18 Şubat 2009/27145

- Numaralandırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Malzeme Ofisi Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı Personel Yönetmeliğinin Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yükseköğretim Kurumları Arasında Öğrenci ve Öğretim Üye-

si Değişim Programına İlişkin Yönetmelik

RG 20 Şubat 2009/27147

- Türk Silahlı Kuvvetleri Astsubay Sınıflandırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karayolu Taşımacılık Faaliyetleri Mesleki Yeterlilik Eğitimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektromanyetik Uyumluluk Yönetmeliğinde (2004/108/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Şubat 2009/27148

- Nükleer Tesislerdeki Güvenlik Esaslarını Belirleyecek Güvenlik Rehberlerinin Hazırlanması ve Yürürlüğe Konmasına İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Nükleer Güvenlik Serisi Dokümanlarının Hazırlanması, Kabulü, Yürürlüğe Girmesi ve Değiştirilmesine İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Şubat 2009/27149

- Sosyal Güvenlik Kurumu Personeli Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği

RG 23 Şubat 2009/27150

- Atatürk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Atatürk Üniversitesi Fen Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Atatürk Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Şubat 2009/27152

- Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetme-

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

lik

- Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişilerin ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Aile Danışma Merkezleri Hakkında Yönetmelik

RG 27 Şubat 2009/27154

- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Şubat 2009/27155

- Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunları Uygulama Yönetmeliği
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Özürlülerin Tespiti, İncelenmesi, Bakım ve Rehabilitasyonuna Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 01 Mart 2009/27156

- Emekliliğe Yönelik Taahhütte Bulunan Kuruluşların Aktüeryal Denetimi Hakkında Yönetmelik
- Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinde Bağımsız Denetim Yapılmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sigortacılık Bağımsız Denetim İlkelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Sermaye Yeterliliklerinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Mali Bünyelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sigorta Eksperleri İcra Komitesinin Kuruluş ve Çalışma Usul ve Esasları Yönetmeliği
- Sosyal Güvenlik Kurumu Sicil Amirleri Yönetmeliğinde De-

- Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Kurumu Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Mart 2009/27157

- Elektronik Haberleşme Güvenliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telsiz ve Telekomünikasyon Terminal Ekipmanları Yönetmeliğinde (1999/5/EC) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Mart 2009/27158

- Makina Emniyeti Yönetmeliği (2006/42/AT)
- Dicle Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Iğdır Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

RG 04 Mart 2009/27159

- Millî Eğitim Bakanlığı Anadolu Öğretmen Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Fen Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Sosyal Bilimler Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Ödül ve Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Özel Akşam Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Öğretim Kurumlarına Yapılacak Mali Yardım Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Öğretmeni Yetiştirme Merkezi Disiplin Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Mart 2009/27159 (Mükerrer)

- Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
- Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
- Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
- Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği

RG 05 Mart 2009/27160

- Pamukkale Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Mart 2009/27161

- Umuma Açık Yerler ve İçkili Yerler ile Resmi veya Özel Öğretim Kurumları Arasındaki Uzaklıkların Belirlenmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği

RG 08 Mart 2009/27163

- Kontrol Laboratuvarlarının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sabancı Üniversitesi Ana Yönetmeliği

RG 11 Mart 2009/27166

- Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair

Yönetmelik

- Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarımsal Yayım ve Danışmanlık Hizmetlerinin Düzenlenmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Mart 2009/27167

- Gemi ve Su Araçlarının Tonilatolarını Ölçme Yönetmeliği
- Islah Amaçlı Yetiştirici Birliklerinin Kurulması ve Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Mart 2009/27168

- Öğretmenler Günü Kutlama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Mart 2009/27169

- Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Rehberlik ve Psikolojik Danışma Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Spor Toto Teşkilat Başkanlığı İsim Hakları Yönetmeliği
- Sosyal Güvenlik Kurumu Taşınır Satış İşlemleri Yönetmeliği

RG 16 Mart 2009/27171

- Millî Eğitim Bakanlığı Açık İlköğretim Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Meslekî Açıköğretim Lisesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bakıma Muhtaç Özürlülerin Tespiti ve Bakım Hizmeti Esaslarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bakıma Muhtaç Özürlülere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İller Bankası Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çankırı Karatekin Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 17 Mart 2009/27172

- Milli Eğitim Bakanlığı Açıköğretim Lisesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Mart 2009/27174

- Çevre Gelirlerinin Takip ve Tahsili ile Tahsilat Karşılığı Öngörülen Ödeneğin Kullanımı Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Mart 2009/27175

- Uzman Erbaş Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Meslekî ve Teknik Eğitim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tohumlukların Yetiştirileceği Özel Üretim Alanlarının Özellikleri ve Bu Alanlarda Uyulması Gereken Kuralların Belirlenmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

DÜZELTME (“Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Sermaye Yeterliliklerinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” ile “Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Mali Bünyelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” ile ilgili)

RG 21 Mart 2009/27176

- Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Nükleer Güç Santrali Sahalarına İlişkin Yönetmelik
- Yüksek Aktiviteli Kapalı Radyoaktif Kaynakların ve Sahipsiz Kaynakların Kontrolü Yönetmeliği

RG 22 Mart 2009/27177

- Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırılması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Hisse Senetleri Piyasası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Mart 2009/27178

- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Döner Sermaye İşletmeleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Mart 2009/27180

- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Mart 2009/27181

- Kıymetli Madenler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Mart 2009/27183

- Hastalıktan Arilikte Bölümlendirme Yönetmeliği

RG 29 Mart 2009/27184

- Numaralandırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Mart 2009/27185

2009/14808 Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2009/14809 Emniyet ve Asayiş İşlerinde İl, İlçe ve Bucaklardaki Jandarma ve Emniyet Ödevlerinin Yapılması ve Yetkilerinin Kullanılması Suretini ve Aralarındaki Münasebetleri Gösterir Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 31 Mart 2009/27186

- İstanbul Altın Borsası Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Altın Borsası Teftiş Kurulu Yönetmeliği
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunda Memur Statüsünde İstihdam Edilen Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapıl-

- masına Dair Yönetmelik
- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Türk Dış Hekimleri Birliği Dış Hekimleri Odaları İl ve İlçe Temsilcilikleri Yönetmeliği
 - Atılım Üniversitesi Öğrenci Kayıt-Kabul Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Atılım Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Nisan 2009/27187

- Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Nisan 2009/27188

- Sığır Bovine Tüberkülozu Yönetmeliği
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Eski, Deklase, İhtiyaç Dışı ve Hurda Malzemeler Tespit ve Değerlendirme Yönetmeliği
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makine Mühendisleri Odası Bilirkişilik Yönetmeliği

RG 03 Nisan 2009/27189

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bruselloz ile Mücadele Yönetmeliği

RG 04 Nisan 2009/27190

- Egzoz Gazı Emisyonu Kontrolü Yönetmeliği

RG 05 Nisan 2009/27191

- Tütün Mamullerinin Zararlarından Korumaya Yönelik Üretim Şekline, Etiketlenmesine ve Denetlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte 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

RG 06 Nisan 2009/27192 (Mükerrer)

- Erzincan Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erzincan Üniversitesi Eğitim Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erzincan Üniversitesi Sağlık Yüksekokulu Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Nisan 2009/27193

- Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erzincan Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erzincan Üniversitesi Meslek Yüksek Okulları Ön Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Nisan 2009/27194

- Dış Ticaret Müsteşarlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ormanlık ve Orman Ürünleri Bürolarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Yönetmeliği
- Türkiye Adalet Akademisi Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Türkiye Adalet Akademisi Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- DÜZELTME: (Gıda Güvenliği ve Kalitesinin Denetimini ve Kontrolüne Dair Yönetmelik ile İlgili)

RG 09 Nisan 2009/27195

- Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Nakit Taleplerinin Tespitine İlişkin Yönetmelik
- Okul Spor Kulüpleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Kültür Üniversitesi Kuruluş, Örgütlenme ve İşleyiş Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Nisan 2009/27196

- Millî Savunma Bakanlığı, Genelkurmay Başkanlığı ve Kuvvet Komutanlıklarında Görevli Devlet Memurlarının Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Bakanlığı Araştırma ve Eğitim Genel Müdürlüğü Halk Kültürü Bilgi ve Belge Merkezi Hizmetleri Yönetmeliği
- Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Ortak Zorunlu Yabancı Dil ve Yabancı Dil Hazırlık Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Nisan 2009/27197

- Ankara Üniversitesi Latin Amerika Çalışmaları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Batman Üniversitesi Önlisans, Lisan Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Nisan 2009/27198

- Kalkınma Ajansları Proje ve Faaliyet Destekleme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fatih Üniversitesi İngilizce Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Fatih Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Fatih Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İnönü Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Kültür Üniversitesi Rehberlik ve Psikolojik Danışmanlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Kültür Üniversitesi Ekonomi-Finans Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Kültür Üniversitesi Geomatik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Kültür Üniversitesi Fikri Haklar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 13 Nisan 2009/27199

- Gümrük Müsteşarlığı Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Trakya Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Hazırlık Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 14 Nisan 2009/27200

- Denizcilik Müsteşarlığı Tarafından Gerçekleştirilecek Piyasa Gözetimi ve Denetimine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliği
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Hizmetlerinin Tanımı ve Bu Hizmetlere Atanacak Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 2012 Olimpiyat Oyunlarına Hazırlanmak Amacıyla Yetiştirilecek Sporcuların Tespiti, Harçlıklarının Belirlenmesi, İaşe, İbate ve Yol Giderlerinin Karşılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Nisan 2009/27201

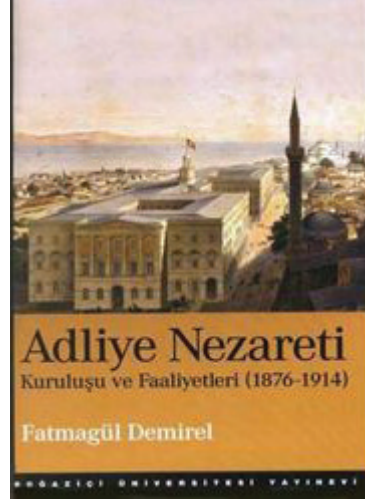
- Atılım Üniversitesi Öğrenci Kayıt-Kabul Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Celal Bayar Üniversitesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fatih Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

ADLIYE NEZARETİ'NDEN ADALET BAKANLIĞI'NA

Fatmagül DEMİREL,

**Adliye Nezareti,
Kuruluşu ve Faaliyetleri
(1876-1914),**

Boğaziçi Üniversitesi Yay.,
İstanbul, Aralık 2008



Genel tarih kitapları ile hukuk tarihi kitaplarında incelenmiş bulunan Adliye Nezareti'ni tarihçi Fatmagül Demirel, bilimsel çalışma konusu yapmış ve bu çalışmasıyla Türk hukuk tarihine önemli bir katkıda bulunmuştur.

Çalışma Celal Bayar Vakfı tarafından 2005 yılında mansiyon ödülüne layık bulunmuştur.

Ankara Barosu'nun 2006 Hukuk Kurultayı'nda sunduğum *bildiride "Adliye" isminin "adalet" olarak Türkçeleştirilmesinin "yargı bağımsızlığı" ve "hakim teminatı" açısından bir geriye dönüş ifade ettiğini belirtmiştim. Aynı görüşü yine Ankara Barosu'nun 2008 Hukuk Kurultayı'ndaki tebliğimde de yineledim.*

Fatmagül Demirel'in kitabından, "*adliye*" kelimesi ile ifade edilen nezaretin içerik ve kapsamının bugünkü "*Adalet Bakanlığı*"nın görev alanından daha geniş olduğunu görüyoruz. 1878 tarihinde Adliye Nazırlığı'na getirilen Said Paşa göreve başladıktan hemen sonra, Adliye Nezareti Teşkilat Nizamnamesinin hazırlanmasına başlar ve 1879 tarihinde bu nizamname Padişah'ın iradesiyle uygulanmaya başlar. Bu Nizamnameye göre Adliye Nezareti'nin görevleri şöyle sıralanmıştır:

- Nizamiye mahkemelerinin derece ve teşkilatında kanunlarla belirtilen kuralları korumak ve bunların düzenini sağlamak,
- Mahkeme reisi, aza, mümeyyizlerin, müfettiş, müdde-i umumilerin, kâtiplerin intihaplarıyla ve tayinleriyle ilgilenmek,
- Mahkemelerin bağımsızlığının korunmasını sağlamak,
- Adli zabıta işlerinin düzenlenmesi,

- Müfettişler vasıtasıyla kavanin-i adliyenin temin-i icraatı,
- Hukuk ilminin yaygınlaştırılması.
- Ayrıca Adliye Nezareti'ne bağlı Mezahip İdaresi de ruhani reisler tarafından yapılacak isteklerin başvuru makamıydı.

Aynen bugün olduğu gibi kuruluştaki kendisine bağladıktan sonra "*hakim bağımsızlığı*"nın korunması düşünülmüştür. Yani at arabasının önüne değil arkasına koşulmuştur.

Ancak görevlerdeki en önemli *farklılığın* "*adli zabıta*" konusu olduğunu görüyoruz. Günümüzün en önemli sorunlarından biri olan "*adli kolluk*", o günlerde "*Adliye Nezareti*" bünyesinde çözümlenmeye çalışılmış. Bir bilim adamının da bu sorunu inceden inceye araştırması gerekir kanısındayım.

Adliye Nezareti danışmanlığına 1911 yılında getirilen Avusturyalı hukukçu Kont Ostorog'un adliye teşkilatının yeniden yapılandırılması için pek çok rapor hazırladığını öğreniyoruz. Bunları da başlıkları ile ilgilenenlerin bilgisine⁴ sunmakta yarar görüyorum:

Hukuk Mahkemesi reformu, adalet reformu, adliye örgütü reformu, avukatlık mesleğine ilişkin tüzük, adli yardım kurumu, adliye nezaret merkez yönetimi.

Kitapta Adliye Nezareti ile ilgili pek çok bilgi bulabileceksiniz. Benim üzerinde durmak istediğim şu. Bugün Türkiye'yi ziyaret eden ve İstisari Ziyaret Raporları sunanlar, Adalet Bakanlığı'nın yargı üzerindeki olumsuz etkilerini dile getirmektedirler. Yargı reformu bağlamında Adalet Bakanlığı her türlü fedakarlığı yapmaya hazır bir durumda görünmektedir. Ancak, kendi yetkileri konusunda hiçbir fedakarlık yapmadan adalet reformu yapmak istemektedir. Bu mümkün değildir. Eski Adalet Bakanı Cemil Çiçek, "*Ben levazım çavuşu muyum?*" diye tepki göstermişti, bu yetki bırakması isteklerine. Ama ne yapalım ki, Adalet Bakanları, sadece "*levazım*" işleri ile ilgilenmeye talip olmadıkları sürece "*yargı bağımsızlığı*" ve "*hakim teminatı*" bir hayal olmaktan ileriye gidemeyecektir. Dikkat ederseniz 1879 tarihli Nizamaname'den bu yana "*mahkemelerin bağımsızlığı*" konuşuluyor, ama bu sağlanamıyor. Çünkü yapılanmada yanlışlık var. Bismark'ın söylediği gibi, "*stratejide yapılan hata, taktik başarılarla*" giderilemiyor.

Kitabı hukukçulara özellikle öneririm. Dava vekilliği ve avukatlığın gelişimi ile ilgili de çok önemli bilgiler bulunuyor.

T.E.

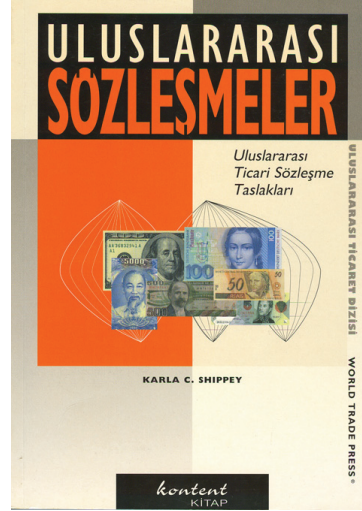


Av. Serkan AĞAR
Vergi Tahsilâtından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları,
Yaklaşım Yayıncılık, 2009

Prof. Dr. Mustafa Akkaya, master öğrencisinin kitabına yazdığı önsözde “*Vergi icra hukukunda aktif ve pasif süje esas alınarak kullanılan ‘kamu alacağı’ veya ‘kamu borcu’ kavramları özünde bir madalyonun iki ayrı yüzünü oluşturur. Yasal düzenlemelerdeki kavramsal tercih dahi, bu ilişkiye alacaklı açısından mı, borçlu açısından mı bakıldığıının ipuçlarını verir;*” demekte ve bu çalışmanın “*vergi hukukunun idare hukuku dışında diğer disiplinlerle de yoğun bir biçimde kesiştiği tahsil aşamasını ustalıkla*” ele aldığını vurgulamaktadır.

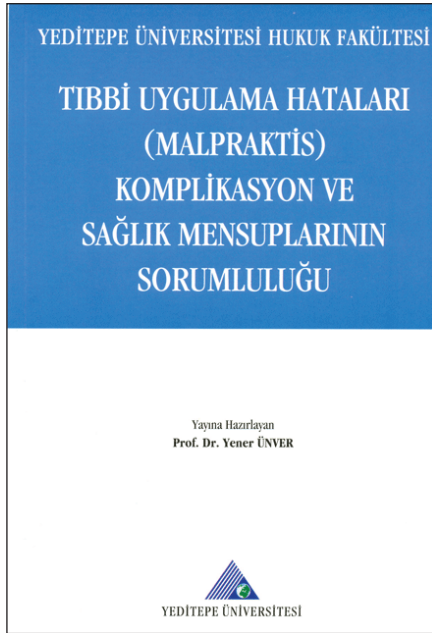
Vergi hukuku ile ilgilenenlere

dergimiz yayın kurulu üyesi olan arkadaşımızın bu kitabını özellikle öneririz. Hukuk kitaplıklarında ayrı bir yer tutacağına inanıyoruz.



Karla C. SHIPPEY
Uluslararası Sözleşmeler
(Uluslararası Ticari Sözleşme Taslakları),
Kontent Kitap, 2002.

Uluslararası ticari sözleşmelerin hazırlanması konusunda hazırlanan uygulamaya yönelik olan kitap, 2002 yılında Berk Kaplaner tarafından dilimize çevrilmiştir. Uluslararası ticari sözleşmeleri etkileyen meseleler, sözleşmelerin yazılması aşamasında önemli hususlar, mal satış teklifi, sipariş emri, gibi uygulamaya yönelik konuları inceleyen eserde, ayrıca bazı sözleşme örneklerinden de bahsedilmiştir. Bu kitabı, hukukçuların yanı sıra, tüm uygulamacılara da tavsiye ederiz. ▶



Yay. Haz.: Prof. Dr. Yener ÜNVER
**Tıbbi Uygulama Hataları
(Malpraktis) Komplikasyon
ve Sağlık Mensuplarının
Sorumluluğu,
Yeditepe Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Yay., İstanbul 2008**

Prof. Dr. Hakan Hakeri'nin "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hekimin Yükümlülükleri" ve Prof. Dr. Yener Ünver'in "Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku" başlıklı makalelerini içeren kitabın son bölümü sempozyumda yöneltilen sorulara verilen cevaplarla önem kazanmaktadır. Tıp alanında çalışan meslektaşlarımızın pek çok sorusuna cevap verecek nitelikte bulunan kitabı öneriyoruz.

Yay. Haz.: Prof.Dr.Yener ÜNVER,
Yrd.Doç. Dr. Ali Kemal YILDIZ
Ar. Gör. Onur ÖZCAN,
**İlaç ve Tıp Alanında Ceza
Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar,
Yeditepe Üniversitesi Yay.,
İstanbul 2008**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Tıp Fakültesi ve Eczacılık Fakültesi'nin 8 Ekim 2008 tarihinde ortaklaşa düzenlediği anlaşılan sempozyumda sağlık ve ilaç üzerine sunulan bildirimleri içeren kitapta yerli ve yabancı bilim adamlarının sunduğu dokuz tebliğ ile iki ek yer almaktadır.

Güncel olduğu kadar son yıllarda birçok etik ve hukuksal sorunu da gündemimize taşıyan suni dölleme, tüp bebek, insan üzerinde deney, ilaç sorunlarının incelendiği makaleleri hukukçular, tıp ve eczacıların ilgi ile okuyacaklarına inanıyoruz.

