

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

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

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

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

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

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

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

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

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

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

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

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

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

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



Türkiye
Barolar Birliği

“Söz Savunmanın” 40. Yıl Belgeseli



Türkiye
Barolar Birliği

“Söz Savunmanın” 40. Yıl Belgeseli

Türkiye Barolar Birliği
“Söz Savunmanın” 40. Yıl Belgeseli

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

YIL: 22

SAYI: 84

EYLÜL - EKİM 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: (0312) 292 59 00 (pbx)
Faks: (0312) 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
31.08.2009

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

Sahibi

Av. Özdemir Özok, Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Yayın Sorumlusu

Av. Cengiz Tuğral, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Teoman Ergül

Yayın Yönetmen Yardımcısı

Av. Oya Günendi Yağan

TBB Yayın Eşgüdüm Kurulu

Av. Özdemir Özok

Av. Cengiz Tuğral

Av. Sitare Sağsen

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

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.)

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 yazarna üç adet Dergi gönderilecektir.

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
Özdemir ÖZOK	27	Başkandan
Ali Rıza ÇINAR	31	Hükmün Konusu ve Eylemi Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi
Emel BADUR	63	Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler
Murat YAVAŞ	93	Maaş ve Ücret Haczi
Mustafa TAŞKIN	121	Fransa'da Askeri Yargı
Önder TOZMAN	160	İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme
Burak PINAR / Nedim MERİÇ	188	AİHM'nin Yargı Harçlarına Bakışı: Yiğit ve Ülger Davaları Işığında...
Hüseyin TURAN	213	Adil Yargılanma Hakkının AİHS'deki Yeri ve Önemi
M. Serhat KAŞIKARA	231	AİHS'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı
Kadir AKTAŞ	260	Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı
Silvia TELLENBACH Çev.: Ahmet MUMCU	298	Alman Ceza Hukukunda Şeriat
Serkan AĞAR	308	Vergi Davalarında Yasal Vekalet Ücretinin Maktu Olması
Şamil DEMİR	319	TTK Tasarısı'nın Sigorta Sözleşmesinin Hükümlerine İlişkin Maddeleri ile Getirilen Düzenlemelerin Değerlendirmesi
Kim TALUS Çev.: Gözde CANTÜRK	347	Enerjide Kamu-Özel Sektör Ortaklığı -Avrupa'da Kamu Hizmeti İmtiyazlarının ve İdari İşlemlerin Sonlandırılması-
Murat DÖNMEZ	375	Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi
Talih UYAR	386	Tahliye Takiplerinde İhtarlı Ödeme Emrine İtiraz Edilmesi ve İtirazın İcra Mahkemesince İncelenmesi (İİK m. 269b)
Mustafa AKGÜL	401	İnternet Yasakları: Bir Hukuk mu Adalet Faciası mı?
Çev.: GÖNEN / ÇALIŞKANÖZTÜRK/ ERCAN / SERDAROĞLU / ANSEN / AKGÜL / AÇICI	417	5 Temmuz 2006 Tarihli Aracı Elinde Bulundurulan Menkul Kıymetlere İlişkin Belirli Haklara Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Sözleşmesi
Yargıtay Kararları	433	
Disiplin Kurulu Kararları	451	
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	461	
Ekler	491	
Kitaplar - Dergiler	508	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Maddî Açardan İdari İşlemler
Av. Ahmet Emrah AKYAZAN

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

Bilişim Hukuku Uluslararası Uyuşmazlıklar
Av. Cankat TAŞKIN

Türkiye'de Yargının Örgütlenmesi ve Adalet Sisteminin Problemleri
Özlem KOÇAK SÜREN

Risk İlkesinin İdareye Yüklediği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları
Mustafa KÖKSAL

İdari Yaptırımlar
Dr. M. Yasin ASLAN

Kabahatler Kanunu ve 5252 Sayılı Kanun'a Göre
İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması
Hüsamettin UĞUR

Grup İçi Hizmetler ve Gayri Maddi Hakların Transfer Fiyatlandırması Yoluyla
Örtülü Kazanç Dağıtımı Karşısındaki Durumu
Av. Serkan AĞAR

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

Af Kavramına Genel Bir Bakış
Hasan DURSUN

Türk Hukuk Devrimi ve Bu Devrimde
Ankara Hukuk Mektebi'nin Yeri ve Önemi
Şafak UĞURLU

İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri
Av. Ayşe KILINÇ

Türk ve Avusturya Hukukunda Elektronik Tebligat
Cengiz TANRIKULU

Kanada'da Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı
Mesut EROL

5812 Sayılı Yasa ile Kamu İhale Kanununda Yapılan Değişiklikler
Hüseyin BİLGİN

editör'den

Bu sayıda yerimin büyük bölümünü *Güncel Hukuk* (Ağustos 2009) dergisinden Rita Ender'e bırakıyorum. "Akan Su Geri Gelmez" söyleşisinden 1977 yılında Yunanistan'a giden İstanbul Barosu avukatlarından Atanaş Çavuşoğlu'nun Yunanistan hukuku hakkındaki izlenimlerini sizlerle paylaşmak istiyorum.

"Atina Barosu'nun avukatı olma sürecinde neler yaşadınız?"

"Zordu çok zordu. Sınava girdim. Buradan ayrıldığımız için hocalar bize daha mülayim davrandı. İki üç profesörden imza aldık; ya üç ya dört dersten denklik aldık. Denkliği aldık, diploma Yunanistan'da tanındı ve ondan sonra Baroya kaydolduk. Yemin ettik ve resmi gazete ilanı ile başladık. Başlangıç çok zordu. Eften püften işlerle uğraştık. Oradaki tatbikata uymak... Hukuk her yerde hukuktur. Esas kaide-ler aynı fakat usul tamamen değişik. Lisan biliyorum ama tabii avukatlık lisanı başka ona alışmak için çok çalıştım. Buradan çok daha evvel gitmiş İstanbullu bir avukatın yanına gittim.

Türkiye'deki hukuk sistemiyle Yunanistan'ın hukuk sistemi arasındaki temel farklar ne?

Çok kötüydü... Yunanistan'da usul çok değişik. Orada icra iflas mahkemesi yok, tek asliye mahkemesi var. Aynı asliye mahkemesi cezayı da görüyor, hukuku da görüyor; her şeyi görüyor. Orada Asliyeler ikiye ayrılıyor; Toplu Asliye ve Tek Hakimli Asliye. Bazı hakimlere devamlı aynı işler veriliyor, onlar bu şekilde alışıyorlar ve uzmanlaşma öyle oluyor. Size tek bir şey söyleyeyim aradaki farkı anlayın.(...) veraseti burada bir haftada alırdık; orada 6 ay! Duruşma olur, şu olur, bu olur. Bir veraset ilanı 6 ayda alınırsa, normal bir dava kaç sene sürer? Toplu Asliye'de bir dava açınca üç ay sonraya gün veriliyor. Sonra, Türkiye'de avukatlığa karşı bir saygı var, avukatlığın bir şerefi var. Orada bu yok. Ona üzülüyorum. Çünkü orada cüppe yok. Sadece Temyiz Mahkemesi'nde, Danıştay'da hakimler cüppe giyer, avukatlar giyemez. Kim avukat, kimin işi var belli değil. Mübaşir diye bir şey yok. Karmakarışık bir mahkeme salonu. Kararların nasıl verildiği tartışılabilir ama burada hiç olmazsa nizam var.

Bu durum vatandaşın adli hizmetten faydalanmasını kolaylaştırıyor mu? İnsanlar Adliye'ye gitmekten, avukatla görüşmekten buraya göre daha az çekiniyordur herhalde...

Orada gitmekten değil masraftan çekiniyorlar. Çok pahalı.

Danışma kültürü var mı orada?

Yok aynı! Danışır ama bedavaya. Ama orada avukat tutmak mecburi. Avukatlar bu hususu ezelden beri başarmışlar. Bir de; orada mahkemeye gitmeden evvel Baroca tayin edilmiş olan asgari avukatlık ücretini baro veznesine yatırılıyordun. Yoksa avukat duruşmaya giremez. Mutlaka o makbuzu alıp mahkemeye vereceksin."

Atanaş Çavuşoğlu 1940 doğumlu. İstanbul Hukuk'un efsanevi hocalarında okumuş. Onun İstanbul'da staj yaptığı günlerden bir iki yıl kadar önce de ben İstanbul'da staj yapmışım. Staj yaptığı hakimlerden de sitayişle söz ediyor. Sözü nü ettiği pek çok hoca ve hakim benim de anılarımda yer alıyor. Demek ki bizim sistemimizin, durumumuzun objektif bir değerlendirmesini yapabilmek için biraz uzaklaşmak, başka ölkelere, sistemlere de bakmak gerekiyormuş!

Bu söyleşi, bana sorunlarımıza daha iyimser yaklaşmamız gerektiğini; bu durumda yanlışlıkların, bozuklukların düzeltilmesinin mümkün olabileceği gerçeğini hatırlattı. Tümünden kötüleme ve karalama ile bir yere bu güne kadar varamadık, bu günden sonra varmamızın olanağı yok.

Saygılarımla...

Teoman Ergöl



Not: Geçen sayımızda Yüce Divan'ın önceki salonunun görüntüsünü vermiştik. Bu sayımızda da Yüce Divan'ın yeni görüntüsünü sunuyoruz.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ KURULUŞUNUN 40. YILINI KUTLADI

9 Ağustos 1969 tarihinde kurulan Türkiye Barolar Birliği, kuruluşunun 40. yıl dönümünü çeşitli etkinliklerle kutladı.

Bu yıl için özel olarak bir belgesel hazırlandı. SFR Yapım tarafından hazırlanan SÖZ SAVUNMANIN adlı belgeseli Rüştü Asyalı seslendirdi. Ayrıca kırkıncı yıl içinde çeşitli etkinlikler düzenlenecektir.

9 Ağustos günü TBB Başkan Yardımcıları, Yönetim Kurulu Üyeleri, Disiplin Kurulu Başkanı ile Denetleme Kurulu Üyeleri Anıt-Kabiri ziyaret ederek özel deftere aşağıdaki satırları yazdılar.

“Büyük Atatürk, Türk hukuk devriminin ilk yasası olarak çıkardığınız 3 Nisan 1924 tarih ve 640 sayılı Kanun’la barolarda örgütlenmeye başlayan avukatlar, 9 Ağustos 1969’da kurulan Türkiye Barolar Birliği ile büyük bir top-

lumsal güç haline gelmiştir. Birliğimizin bu 40. kuruluş gününde yetmiş sekiz baro ve yetmiş bine varan avukat adına, ‘akıl ve ilmin rehberliğinde’ en büyük eseriniz Cumhuriyet’i yüceltmek, en büyük hedefiniz çağdaş uygarlığı yakalamak, ilke ve devrimlerinizi ödünsüz gerçekleştirmek için sarsılmaz bir inançla çalışacağımızı ve bu hedefler yolunda bizi geriye götürmeyi amaçlayan her türlü girişimi göğüsleyeceğimizi, minnet ve şükran duygularıyla arz ediyorum.”

Ayrıca Türkiye Barolar Birliği Başkan ve Yönetim Kurulu aşağıdaki bildiri yayımladı.

“Türkiye Barolar Birliği’nin 40. Kuruluş Yıldönümü’nü kutlarken, kaybettiğimiz başkanlarımız Av. Prof. Dr. Faruk Erem, Av. Teoman Evren ve Av. Prof. Dr. Eralp Özgen ile yönetim kurulu üyelerini rahmetle; kuruluşumuzdan bu yana etkin çalışmaları ile Birliğimize ivme kazandıran sayın başkanlarımızı ve yönetim kurulu üyelerini saygı ile anıyoruz.



Türkiye Barolar Birliği, kuruluş amacı ve yasaların kendisine verdiği görevler doğrultusunda, kuruluşundan bu yana, hukukun üstünlüğünü vaz geçilmez en yüksek değer olarak kabul etmiş, devletimizin kurucusu büyük Atatürk'ün ilkelerinden, laiklik prensibinden, üniter devlet yapısından, Cumhuriyetin kazanımlarından ödün vermeyen anlayışı ile ülkemizde demokrasinin eksiksiz uygulanmasını, insan haklarına saygının yerleşmesini, hukuk devletinin işlerlik kazanmasını ve onun en önemli özelliği, olmazsa olmazı yargı bağımsızlığının ve savunma özgürlüğünün sağlanmasını önde gelen hedef bilmiş ve bu uğurda yargının kurucu unsuru savunmanın etkin gücü olarak mücadelesini sürdürmüştür.

Türkiye Barolar Birliği görev ve sorumluluk anlayışının gereği olarak, sarsılmaz bir inançla bağlı olduğu ilkeleri ve ulusumuz için hayati önem taşıyan bu yüksek değerleri yaşatmak, yaygınlaştırmak ve toplumda yerleşmesini sağlamak için her türlü çabayı sürdürme azim ve kararlılığındadır.

Türkiye Barolar Birliği, Cumhuriyetimizin kazanımlarının ve hukuk devletinin sarsılmaz tarafı ve bekçisidir.

Ülkemizde son günlerde sergilenen hukuka aykırılıklar, siyasi iktidarın; erkler ayrılığı ilkesindeki dengeleri bozan ve toplumda yargıya güven duygusunu sarsan müdahaleleri son bulmalı, herkes için huzur ve refahın, eşitliğin, mutluluğun kaynağı olan hukuk, bütün kuralları ile uygulanmalıdır.

Hukuk uygulayıcıları görevlerini tam bir tarafsızlık ve cesaretle yürüttüklerine, adil yargılanmanın sağlanmasında hiçbir etki altında kalmadıklarına dair topluma güven verecek davranışlar sergilemelidirler.

Hak arama özgürlüğünü yaşama geçi-

ren, adil yargılanmanın sağlanmasında çok önemli rolleri bulunan yargının kurucu unsuru, savunmanın temsilcisi avukatların ve avukatlık mesleğinin sorunları gittikçe tırmanış gösteren boyutlara ulaşmaktadır. Özellikle CMK kapsamında müdafî - vekil görevlendirilmelerinde avukatlar Anayasa'ya aykırı olarak angaryaya zorlanmaktadır.

Avukatlar görevlerini ifa ederlerken ciddi boyutlarda saldırılara uğramakta, can güvenlikleri sağlanamamakta ve çoğu zaman öz-gürce savunma yapılamamaktadır.

Hiçbir zaman kabul edilemeyecek olan bu ve benzeri sorunların gecikmeden giderilmesi zorunlu hale gelmiştir.

Türkiye Barolar Birliği; 40. yılını idrak ederken, önümüzdeki dört yıllık çalışma programı içinde hukuk devletinin teminatı olan avukatlık mesleğinin ve avukatların her bakımdan güçlenmelerini, görevlerini yerine getirirken huzur ve güven içinde olmalarını sağlayıcı her türlü çalışmayı yapmaya kararlıdır.

Bu görev bilinci ile meslek içi ve staj eğitimini kapsayan eğitim programları, avukatların ve stajyer avukatların sosyal güvenceleri ile özlük haklarını sağlam temellere oturtacak çalışmalar, avukatlık mesleğini daha cazip ve saygın hale getirecek düzenlemeler, kanunların avukatlara tanıdığı hakların gerçekleştirilmesini sağlayıcı tedbirler, önemli projeler olarak Türkiye Barolar Birliği çalışma programı içinde öncelikle yer almaktadır.

Yakın bir gelecekte; avukatlık mesleğine kabulden itibaren mesleğimizin koşullarını dünya standartları ile örtüşür hale getirecek çağdaş nitelikli bir Avukatlık Kanunu'nun çıkartılması fevkalade önemsenmektedir.

Türkiye Barolar Birliği, çalışma progra-

mında yer alan projelerini, Barolarımızla dayanışma ve işbirliği içinde gerçekleştirmeyi amaç bilmektedir.

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu; kuruluşunun kırkinci yılını kutlarken ülkemizde her şeyin hukuk düzeni içinde ve hukuk kurallarına uygun olarak yaşama geçmesini dileyerek görüşlerini değerli meslektaşlarına ve kamuoyuna saygı ile duyurur.”

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ FARUK EREM ÖDÜLÜ

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu bu yıl Faruk Erem Ödülü'nü “*Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği*” konusunda vermesi kararıştırdı.

Yarışmaya katılacak eserler 1 Ekim 2009 günü saat 17'ye kadar postaya veya kargoya teslim edilecek ya da Balgat'ta bulunan TBB Başkanlığı'na elden teslim edilebilecektir.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı'nın başkanlığında toplanacak seçiciler kurulu sonucu 29 Ekim 2009 günü ilan edecektir.

ASKERLERİN GENEL YARGIDA YARGILANMASI İLE İLGİLİ KANUN TARTIŞMALARA NEDEN OLDU

TBMM, gece yarısı kabul edilen 26.6.2009 gün ve 5918 sayılı Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, 3. maddesine 2. fıkraya eklemiş; 250. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yaptığı “*hali dâhil*” ibaresinin “*halinde*” şeklinde değiştirilmesi suretiyle sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun asker kişilerin, –Anayasa ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişiler ile savaş ve sıkıyönetim halleri dışında– 250. maddede sayılan suçları işlemleri halinde adli yargıda yargılanacakları kuralını kabul etmiştir.

Geçici bir maddeyle de bu değişikliklerin görülmekte olan davalarda da uygulanacağı hükmü getirilmiştir.

Son zamanlarda her olayda yaratılan “*kaotik*” ortamın bu yasa dolayısıyla da yaşandığına tanık olmaktadır.

“*Barış zamanında asker olmayan kişilerin Askeri Ceza Kanunu ile diğer kanunlarda yer alan askeri mahkemelerin yargı yetkisine tabi bir suçta tek başına veya asker kişilerle iştirak halinde işlemleri durumunda*” adli yargı yerinde yargılanmaları kuralına (CMK m. 3'e eklenen 2. fıkra) karşı askerler de dahil hiçbir kimse tarafından muhalefet edilmemiştir.

CMK m. 250'de yapılan küçük değişikliğin anlamı ise, bir yazarın deyişle “*Zaten askerler sivil mahkemede yargılanıyor, yasa niye değiştir?*” tepkisinde görüldüğü gibi tamamen suni bir gerilime yol açmıştır.

Genelkurmay Başkanı ile kuvvet komutanlarının doğrudan C. Savcılar tarafından olur olmaz şikâyetler vesilesiyle “*tedirgin*” edilecekleri endişesinin ise mevzuatta kısa bir araştırmadan sonra yerinde olmadığı görülecektir. Sözü edilen makam sahibi komutanların 4483 sayılı “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*” hükümlerine göre haklarında soruşturma yapılması ancak atanma usullerine uygun olarak verilen izne göre yapılacağı için endişe edilecek bir şey yoktur.

Sözü edilen Kanun'un 2. maddesi hükümlerine göre; “*Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır.*

Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel so-

ruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır.

Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir.

Disiplin hükümleri saklıdır. (...)"

4483 sayılı Kanun'un 4. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında yapılan değişiklikten sonra; "Bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresi-

nin bulunması zorunludur."... "(Bu)şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet başsavcılarını ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar veya şikâyetle bulunana bildirilir. Ancak iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz. Başsavcılar ve yetkili merciler ihbarcı veya şikâyetçinin kimlik bilgilerini gizli tutmak zorundadır."

Bu Kanun kapsamına girenler hakkında soruşturma ise ancak, 3. maddede belirlenmiş makamların "idari izin" vermesine bağlı bulunmaktadır.

Ancak, 5918 sayılı yasa ile CMK m. 250'de yapılan değişikliğin askeri yargı ihtiyacı ile ilgisi ve askeri disiplin açısından

YARGI BAĞIMSIZLIĞI ÜZERİNE...

Büyük İngiliz oyun yazarı William Shakespeare'in 'Hamlet' oyununda bir yerde şöyle denir: "Danimarka Krallığı'nda kokuşmuş bir şeyler var." Türkiye Cumhuriyeti'nde de kokuşmuş bir şeyler olduğuna artık kuşku yok.

* * *

Bizim bir garip kurumumuz var, ne kuş ne de deve sayılması gereken. Adı Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu. Bu kurul, sözde yargı bağımsızlığının da teminatı.

Savcıların yargı bağımsızlığıyla ne gibi bir ilgisi var, ben bunu bilmiyorum. Normalde, etki altında kalmadan iş yapabilmeleri için bir dizi ayrıcalığa ve korumaya ihtiyacı olan insanlar yargıçlardır. Yargıcın kendini vicdanından başka hiçbir şeye bağımlı hissetmemesinin aktif olarak sağlanması gerekir.

Savcılar ise, 'halkın avukatları' olmalıdır, bu anlamda onlardan tarafsız ve bağımsız olmaları beklenemez ve beklenmemelidir de.

Ama bizde nedense özlük işleri bakımından hâkimlerle savcılar aynı yüksek kurul tarafından göreve atanıyor veya terfi ettiriliyorlar. Bu çok yanlış.

İkinci büyük yanlış, kurulda hükümetin iki üyeyle temsil edilmesi. Bakan ve

değerlendirilmesi ile askeri yargı ile ilgili Anayasa'nın 145. maddesi ve Anayasa'ya aykırılık olup olmadığını Anayasa Mahkemesi önüne gelen davada çözecektir.

HÂKİM VE SAVCILARIN YAZ KARARNAMESİ

Haziran ayı başında Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanmış bulunan hâkim ve savcılarla ilgili "yaz kararnamesi" ancak Temmuz ayının sonuna doğru Kurul'dan çıkabildi.

Yaşanan süreç içinde pek çok yanlış ve ilk bir arada yaşandı.

Yaz kararnamesi çekişmeleri HSYK'nın sekreteryasının da bağımsız olması düşüncesini haklı çıkaracak argümanları kamuoyu-

na sunmuştur.

Öncelikle Adalet Bakanlığı ve bir kısım basın yayın organı, HSYK'nın önüne gelen tayin kararname taslağını aynen veya Bakanlığın izin vereceği ölçüde değiştirebileceği şeklinde bir kanaat oluşmasına neden oldu ki bu tümüyle yanlıştır. Kararname hazırlıklarının Bakanlık bünyesinde yapılması sadece "sekreteryaya" sorunudur. Kararname üzerinde tasarruf Kurul'un görevidir.

İkinci olarak, uzlaşma ile kararnameye bazı isimlerin dâhil edildiği, bazı isimlerin dâhil edilmediği gibi bir kanının yaygınlaştırılması da yanlıştır. Kararnamede de bulunanlar ve yeni önerilenler görüşmeye açılır; oylamaya geçilir. Bunun demokratik ve en basit, dedikodusuz yolu budur. Uzlaşma pazarlığı da içerir ki, özellikle hâkim atamalarında

müsteşarı kurulun yedi üyesinden ikisi. Böylece kurul kararlarının hükümetin etkisine girmesi çok kolaylaşıyor. Nitekim uzun yıllardır yargıda kadrolaşma konusu memleketimizin bitmez tükenmez tartışmasıdır.

Üçüncüsü, bazılarımızın yargı bağımsızlığının, bu kuruldaki yargı kökenli üyelere tanrısal bir güç vehmederek sağlanabileceğini sanması. Oysa yargı sadece yargıya bırakılamayacak kadar önemlidir; yargıç teminatı ve yargıçların öz-lük işleri *demokratik meşruiyeti* de içerecek şekilde baştan sona yeniden düzenlenmelidir.

* * *

Son Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu tartışmaları sayesinde, aslında ne denli vahim bir noktada olduğunu anladık. Bunun için önce HSYK'nın, ardından ona cevaben Adalet Bakanlığı'nın ve son olarak da haklı veya haksız yere son tartışmaların odağına oturan isim olan kurul üyesi Ali Suat Ertosun'un açıklama yapmaları gerekti.

Bu üç açıklamayı yan yana okumak, 'normal'den ne kadar uzak olduğumuzu anlamaya yeter.

Bu açıklamalar sonrasında anlıyoruz ki, Türkiye Cumhuriyeti'nde gerçekten fena halde kokuşmuş şeyler var, bunların başında da maalesef yargı geliyor.

* * *

"tarafsızlık" açısından büyük sakınca doğurur. Daha ileri giderek "mutemet hâkim" gibi yanlış izlenimlerin doğmasına neden olur.

Savcılık konusunda ise önemli olan görevdir. Savcının görevini yasalar çerçevesinde yapmış olması yeterlidir.

Bizce hâkim-savcı birlikteliğinin, yargılamadaki fonksiyonları açısından çok farklı ve hatta karşı karşıya olan iki yargı kümesinin aynı ölçüler ve yöntemlerle atanmasındaki yanlışlıklar ortaya çıkmıştır. En kötüsü, hükümetin veya kurulun savcısı ile yine hükümetin veya kurulun hâkiminin aynı yerde görev yapması halinde "tarafsızlık" yanında "yargılama diyalektiği" de un ufak olmuş sayılmalıdır.

Dava sırasında hâkim ve savcı değişikliği yapılamayacağı konusunda kamuoyunu şartlandırmak da yanlıştır. Binlerce dosyanın hâkim ve savcısı davanın yürütülmesi sırasında yer değiştirme, emeklilik, istifa ve ölüm nedeniyle değişmektedir. Hele dosyanın savcısının değişmesi başsavcıların iş düzenlemeleri dolayısıyla sürekli görülen bir işlemdir. Bazı davaların savcılarına "dokunulmazlık" ve "imtiyaz" sağlanması anlamına gelecek anlayışlardan uzak durulması gerekmektedir. Maalesef kamuoyunda böyle izlenim yaratacak tartışmalar yapılmıştır.

HSYK Kanunu'nun 16. maddesi, "Kurulda yapılan işlemler ve bunlarla ilgili görüşmeler gizlidir." hükmünü içermektedir. Bu hük-

Türkiye'de yürüyen tartışmanın bir güç savaşı değil bir demokrasi tartışması olduğuna, yani tartışmanın bir tarafında duran iktidarın sadece kendi gücünü arttırmakla değil aynı zamanda çok yanlış olan bir sistemi müthiş bir biçimde demokratikleştirmeye çalışmakla da meşgul olduğuna inanmamızı isteyenlerin bence Ankara Sincan 1. Ağır Ceza hâkimine kulak vermesinde yarar var.

Bu yargıç sizin beğenmediğiniz kararlar almış olabilir, bu kararları Türkiye'nin demokratikleşmesinden haz etmeyen insanların ürettiği bir fikri ortamın etkisinde kalarak veya o ortamın bir parçası olarak almış da olabilir. Ama bu kararlar hep sistem içinde düzeltilebilir kararlardır, bunu unutmayalım. Her biri için Yargıtay aşamaları, Adalet Bakanlığı'nın 'kanun yararına bozma' aşamaları bulunmaktadır. (Bazı gazeteler tarafından kamuoyu üzerinden yürütülen 'psikolojik operasyonları' saymıyorum bile.)

Ama bu yargıç, "Vay sen Başbakan ve Cumhurbaşkanı aleyhine karar veriyorsun, o halde onları sevmiyorsun, o halde onları devirmek isteyenlerle eylem ve fikir birliği içindesin, o halde Ergenekon çetesine dahilsin" şeklinde özetlenebilecek bir mantık silsilesiyle soruşturulmaya başlanıyorsa, kokuşma çok fena bir aşamaya gelmiş demektir.

O yargıcın telefonları, bakanlık müfettişlerinin talebiyle dinlemeye alındıysa, durum çok vahim demektir.

* * *

Bu yapılan şu anda bazılarımıza fazlasıyla meşru geliyor olabilir. Ama bu yargıca yapılanın, sadece siyaseten hoşla gitmeyen kararlar veren bu yargıcın gaze-

mün doğruluğu yanlışlığı tartışılabilir. Gizli-
liğin tebliğ edilen kararlarda, karara iştirak
edenlerin isimlerinin yazılmaması, muhalefet
şerhlerinin içerik ve imzalarının bildirilmeme-
si noktasına kadar götürüldüğü bilinmektedir.
Yürürlükte bulunan bu kurala aykırı olarak
Kuruldaki tartışmaların, görüşmelerin, öneri-
lerin kamuoyuna kimler tarafından, niçin ak-
tarıldığını bilmek için “âlim” veya “kâhin” ol-
maya gerek yok. Bunun da “tarafsızlık” açı-
sından her iki yan için de iyi olmadığı, mev-
cut yasaya göre, yargıyı temsil eden kanadı
müşkül durumda bırakmak, bir davanın tara-
fında göstermek gibi amaçlarla yapıldığı an-
laşılmaktadır ki bu yanlış, çirkindir.

Bu tür yöntemler kullananlar, eninde so-

nunda kendi metotlarının zararlarını yaşaya-
caklardır.

HSYK'nın hâkim-savcı şikâyetleri konu-
sunda “çoğunlukla” almış olduğu karar da çok
önemlidir. Öncelikle Bakanlığın bazı hâkim
ve savcılar konusundaki şikâyetlerde istekli
ve objektif davranmadığını göstermiştir. Ka-
zan Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı hakkın-
da alelacele üç müfettişle soruşturma açılma-
sı, bazı görevliler hakkında fazla istekli oldun-
duğunu ortaya çıkarmıştır.

Hâkim ve savcı şikâyetleri konusunda
nesnel ölçütlerin söz konusu olabileceği bir
yöntem arayışında Bakanlık cephesinin “mu-
halif” kalması ise bu konuda kötü niyet ara-
yanlara fevkalade önemli kozlar vermiştir.

te sayfalarındaki tartışılır durumunun bile Türkiye’de zaten pamuk ipliğine bağ-
lı olan ve neredeyse hiç bulunmayan yargıç teminatını sona erdirdiğinin farkı-
na umarım varırız.

* * *

Türkiye’de yargının savunulur tarafı yok. Hukuku araçsallaştıran, demokra-
tik seçimlerle gelmiş hükümete ve parlamentoya karşı kurumsal muhalefet yü-
rüten, kendi vatandaşlarına karşı olmadık işler yapan, gerektiğinde cinayetleri
bile görmezden gelen bu yargıyı zaten savunamam.

Ama taraflı ve kendine ait bir ideoloji güden bir yargıyı düzeltmenin yolu, o
yargıyı hükümetin emrine vermek değildir.

Şu an maalesef yargı hükümetin emrindedir. Geçmiş olsun!

Türkiye’de, deliller ne gösteriyor olursa olsun, hükümetin önem verdiğini
belli ettiği bir konuda ters karar verebilecek tek bir ‘yerel mahkeme’ bile yok-
tur artık.

Yeni Türkiye’ye hoş geldiniz!

Ve işin vahimi, yarın bu hükümet gidip başka bir parti hükümete gelse de du-
rum değişmeyecek, yargı bu kez yeni gelen partinin hükümetinin borazanı ola-
caktır.

Yeni Türkiye, maalesef böyle bir Türkiye. Demokrasiden uzak, faşizme ya-
kın bir ülke.

İsmet Berkan, *Radikal Gazetesi*, 4.8.2009

“AÇILIM VE HUKUK...”

İçişleri Bakanı Beşir Atalay, “Kürt açılımı” diye başlatılan ancak “demokratik açılıma” dönüştürdüğü çalışmalarını kapsamında sonra Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok’u ziyaret etti. İçişleri Bakanlığı Müsteşarı Osman Güneş ile Türkiye Barolar Birliği Başkan yardımcısı Av. Berra Besler Av. Talay Şenol ve Sayman üye Av. Sitarre Sağsen’in de katıldığı ziyaret, yaklaşık bir saat sürdü.

Ziyaret sırasında TBB Başkanı Özdemir Özok, temel ilkeleri demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti olan Türkiye Barolar Birliği’nin ülkedeki her türlü demokratik açılıma destek vermesinin doğal olduğunu vurguladı ve “Biz ülkemizde barışı, kardeşliği, huzuru istiyoruz. Gerçekten eksiksiz bir demokrasinin gerçekleşmesini amaçlıyoruz” dedi.

Özok, görüşmede; özellikle sayın Bakan’a “bizlere emanet edilen Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin temelini oluşturan üniter yapı başta olmak üzere ulus devlet ile Türkçenin resmi dil ve eğitim dili olmasından vazgeçilemeyeceği” hususunda duyarlılıklarını ilettili. Özok, bu sınırlar içerisinde kalmak üzere Türkiye Barolar Birliği’nin böyle girişimlere duyarsız kalamayacağını ve destek vereceğini ifade etti.

İçişleri Bakanı Beşir Atalay, ziyaretin ardından TBB binası önünde gazetecilere yaptığı açıklamada, yürütülen çalışma hakkında bilgi sunduklarını, çalışma ile ilgili görüş ve katkı istediklerini belirtti.

Türkiye’nin bir hukuk devleti olduğunu dile getiren Atalay, “Bizim bu çalışmada en önemli hassasiyetimiz, Türkiye bir hukuk devletidir. Bütün çözümler hukukun içinde olur. Bütün sorunların çözümü daha fazla demokratik açılım, daha fazla insan hakkı ve mutlaka hukukun içinde olmak” diye konuştu.



Türkiye Barolar Birliği’nin, yargının önemli parçalarından birisi olduğunu ifade eden İçişleri Bakanı Atalay, şunları söyledi:

“Bize önemli tavsiyeleri, katkıları olacak. Sayın Genel Başkan bize daha önce Barolar Birliği’nin çalışması olan bu konudaki bazı hazırlıkları da şimdiden verdiler. Biz onları da inceleyeceğiz. Bu projenin temelinde demokrasi ve hukuk var. Her sorunun çözümünde biz hükümet olarak da hep öyle dedik. Toplumsal sorunların çözümünde daha fazla demokrasi daha fazla insan hakkı olmalı ve

mutlaka hukukun içinde kalmalı.”

Beşir Atalay, kendilerine randevu veren Özdemir Özok'a da teşekkür ederek, çalışmanın her safhasında kendilerine bilgi verip katkı isteyeceklerini söyledi.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Özdemir Özok ise İçişleri Bakanı Beşir Atalay'ın, kendilerini son günlerde Türkiye'nin gündemini oluşturan konularla ilgili bilgilendirmek için ziyaret ettiğini bildirdi.

Önemli bilgiler sunan Bakan Atalay'a teşekkür eden Özok, “Türkiye Barolar Birliğinin temel ilkeleri, demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve hukuk devletidir. Türkiye’de eğer barışla ilgili, kardeşlikle ilgili, huzurla ilgili, insan haklarıyla ilgili, demokrasiyle ilgili, hukukun üstünlüğü ile ilgili bir adım atılıyorsa Türkiye Barolar Birliğinin onu yadsıması mümkün değildir” diye konuştu.

Türkiye Barolar Birliği'nin, kurulduğu gün-

den bu yana bu ve benzeri hareketlere destek verdiğini de anımsatan Özok, şu açıklamalarda bulundu:

“1999’da Türkiye Barolar Birliği’nin Doğu ve Güneydoğu Raporu diye bugün birçok arkadaşın yeni yeni dillendirdiği birçok konuyu Barolar Birliği o gün kamuoyu ile paylaşmıştır. Biz ülkemizde barışı, kardeşliği, huzuru istiyoruz. Gerçekten eksiksiz bir demokrasinin gerçekleşmesini istiyoruz. Hukukun bütün incelikleri ile her insanın güvencesi olmasını istiyoruz. O nedenle Türkiye Barolar Birliği bu tür girişimlere duyarsız kalmaz, her türlü desteği verir. Barış, huzur ve kardeşlik hepimizin istediği temel hedeflerdir. Bu tür ve benzeri çalışmalara, ülkemizin demokрасisi, hukukun üstünlüğü insan hakları gibi çok ihtiyacı olan bu ilkelere katkı sunan herkes Türkiye Barolar Birliği yardımcı olacaktır, katkı sağlayacaktır. Çünkü Türkiye Barolar Birliği’nin kuruluşu nedeni budur.”



AVRUPA BİRLİĞİ'NDEN HABERLER

Haz.: D. Derya YEŞİLADALI*

HAZİRAN 2009

• İSVEÇ BAŞKANLIĞI DÖNEMİ

18 -19 Haziran 2009 tarihlerinde yapılan ülke liderleri zirvesinin ardından AB Başkanlığı İsveç'e geçmiş bulunmaktadır. İsveç'in altı aylık Başkanlık dönemi Aralık 2009'da son bulacaktır. Bu dönemde 77 milyon Euro'luk bir bütçe tahsis edilmiş bulunmaktadır. İsveç'i zor bir dönem beklemektedir. Zira ekonomik kriz devam ettiği gibi dönemin en zorlu sınavı Ekim ayında İrlanda'da yapılacak olan Lizbon Antlaşması ikinci referandumudur. Diğer taraftan, global iklim değişikliği ve kurumsal değişiklikler İsveç başkanlığı döneminin en önemli gündem maddelerini oluşturmaktadır. Bu dönemin bir diğer özelliği yeni seçilmiş bulunan Avrupa Parlamentosu'dur.

İsveç aşağıda yer alan kabinesi ile büyük bir görev üstlenmiş bulunmaktadır.

Başbakan: Fredrick Reinfeldt
Dış İşleri Bakanı: Carl Bildt
AB İşleri Bakanı: Cecilia Malmstrom
Maliye Bakanı: Anders Borg
Adalet Bakanı: Beatrice Ask
Çevre Bakanı: Andreas Carlgren
Çalışma Bakanı: Sven Otto
Ticaret Bakanı: Ewa Björning

• 2009 YILI KRİSTAL TERAZİ ÖDÜLÜ (CRYSTAL SCALES OF CRIMINAL JUSTICE)

Bilineceği gibi, Avrupa Konseyi 2005 yılından beri hukuk mahkemeleri (adli hukuk) alanında "Kristal Terazi Ödülü" vermektedir. Bu yıl ilk olarak adli ceza alanında ödül verilmesine karar verilmiştir. Amaç, ceza hukuku ve ceza muhakemele-

* Av., TBB Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) Temsilcisi.

ri ve mahkemeleri alanında yapılan faaliyetler ve yeniliklerin ödüllendirilmesidir. Bu bağlamda verilmekte olan Kristal Terazi Ödülü'nün bu yılki sahibi Polonya Merkezi Ceza Evleri Kurulu olmuştur. Ödül kazanan proje; "Polonya'da Mahkumlar Tarafından Gönüllü Olarak Yapılan İşler" konulu bir çalışmadır. Diğer taraftan, üç mansiyon ödülü daha verilmiş olup bunlar:

- Almanya (Brandenburg Baş Savcılığı)'nın "Brandenburg Savcılığında Kullanılan SAS-E-Adalet" Projesi,

- Çek Cumhuriyeti (Yargıda şartlı tahliye ve arabuluculuk Derneği)'nin "Danışmanlık kurumu Projesi",

- Hollanda (Amsterdam Bölge Mahkemesi, Ceza Bölümü)'nün Avrupa Ceza Hukuku ve İnsani Haklar Odası ile beraber yürüttüğü projelerdir.

• SINIR ÖTESİ AVUKATLIK HİZMETLERİ

2006/123 Sayılı Hizmetler Direktifi'nin 28 Aralık 2009 tarihine kadar ulusal mevzuata adapte edilmesi gerekmektedir. Söz konusu Direktif bir anlamda sınırları tamamen kaldırarak bir AB üyesinin kendi ülkesinden başka diğer AB ülkesinde rahatça iş kurmasına olanak sağlamaktadır. Bu düzenlemeyle ilgili olarak İngiltere ve Galler Barosu, 77/249 sayılı Avukatlık Hizmetleri Direktifi ve 98/5 sayılı Avukatların Büro Kurmalarına İlişkin Direktiflerin de yürürlükte kalmasını ve bir ihtilaf halinde söz konusu iki Direktif'in geçerli olması gerektiğini savunmuştur.

• MALİ HİZMETLER

Avrupa Komisyonu banka mevduatlarının sigortalanmasına ilişkin olan 2009/14 sayılı Direktif ile ilgili olarak bir kamuoyu araştırması başlatmıştır. Söz konusu Direktif ile sigortalanacak banka mevduatının en alt sınırı 50,000 € olarak belirlenmekte, bu limitin 31 Aralık 2010 itibariyle 100,000 € olacağı belirtilmektedir. Avukatlar bu limitlerin yetersiz olduğunu vurgulamaktadırlar.

• İŞ HUKUKU

AB üyesi ülkeleri çalışma bakanları çalışma süreleri ve geçici işçiler konusunda 9 Haziran tarihinde anlaşmaya vardılar. Yeni

uygulamaya göre haftalık çalışma saati 60 saat ile sınırlandırılmıştır. Birkaç yargı yetkisini ilgilendiren sözleşmelere hangi ülke yasalarının uygulanacağı konusunda sınırları belirleyen ve kısaca I. Roma Düzenlemeleri olarak adlandırılan mevzuat konusunda görüşmeler sürmektedir. Bu düzenlemenin, bir önceki 1980 tarihli Roma Konvansiyonu'ndan daha avantajlı olduğu ifade edilmektedir.

• AVUKATLARIN SERBEST DOLAŞIMI

Avusturya Mahkemeleri Avrupa Adalet Divanı'na başvurarak avukatların büro açmaları ve yeterliliklerinin karşılıklı olarak kabul edilmesine ilişkin bir çözüm aramaktadırlar. Konu Avusturyalı bir hukuk fakültesi mezununun İspanya'da denklik alarak İspanyol avukatı gibi kalifiye kabul edilmesiyle ilgili olmaktadır. Anılan avukat daha sonra Avusturya'da yetkili makamlara başvurarak 89/48 sayılı Diplomaların Karşılıklı Olarak Kabulüne ilişkin Direktif doğrultusunda uygunluk sınavı için başvurmuştur fakat aynı zamanda Avusturya'da hukuk fakültesi mezunu olduğu gerekçesi ile söz konusu sınavdan muafiyet talep etmiştir. Ancak, Avusturya yetkili makamları başvuru sahibinin Avusturya'da geçerli düzenlemeyi engellemek istemesi nedeniyle bu sınava giremeyeceğine karar vermiştir.

• İŞ HUKUKU

18 Haziran tarihinde ebeveyn olmadan ötürü hak edilen iznin bir ay uzatılmasına ilişkin bir çerçeve anlaşma imzalanmıştır. AB üyesi ülkeler konuyla ilgili olarak çocuk sekiz yaşına gelene kadar bu iznin anne ve baba tarafından ne zaman kullanılabileceği konusunda düzenleme yapmakta serbest bulunmaktadır. Düzenleme, her türlü sözleşme ile çalışanlar için geçerli bulunmaktadır. Komisyon çerçeve anlaşmayı değerlendirdikten sonra bir direktif vasıtasıyla uygulanması için öneri yayımlayacaktır.

• İÇİŞLERİ VE ADALET

10 Haziran tarihinde bir bildiri yayımlayan AB Komisyonu önümüzdeki beş yıllık vizyonlarını belirlemiştir. Buna göre, "özgürlük, emniyet ve adalet" kavramları öncelik kazanmaktadır. Bu

bağlamda, bir AB ülkesinde alınan boşanma ve miras ile ilgili kararların bir diğerinde kabulüne karar verilmiştir. Ayrıca, hukuk ve ticaret mahkemelerinin kararlarının serbestçe dolaşımı engelleri ortadan kaldırılmış ve medeni usul hukukunun bazı alanlarında asgari standartlar belirlenmiştir. Diğer taraftan ceza hukuku alanında da bazı prensipler ortaya konulmuştur. Buna göre, ceza hukuku bağlamında, bir ülkede alınan kararların, hangi aşamada olursa olsun diğer bir ülkede otomatik olarak kabul edileceği keza e-adalet konularında da aynı uygulamanın geçerli olduğu vurgulanmıştır.

TEMMUZ 2009

• AVRUPA PARLAMENTOSU

14 Temmuz 2009 tarihinde yasama yılı ilk toplantısını yapan Avrupa Parlamentosu yeni başkanını seçmiş bulunmaktadır. Söz konusu göreve, önceki Polonya Başbakanı, Polonya parlamento üyesi Jerzy Buzek seçilmiştir.

Ocak 2012 yılına kadar bu görevi yürütecek olan Buzek 2004 yılından beri Parlamento Başkanlığı'na seçilen ilk doğu Avrupa ülke temsilcisi sıfatını da taşımaktadır. Aynı tarihte yapılan seçimlerle 14 Başkan yardımcısı da belirlenmiştir. 16 Temmuz tarihinde Parlamento'da görev yapacak yeni komiteler belirlenmiştir. Bu doğrultuda çalışmalarını yürütecek olan Parlamento'nun önümüzdeki dönem görev ve işlevi, 2 Ekim 2009 tarihinde İrlanda'da yapılacak olan Lizbon Antlaşması referandumunu sonucuna bağlı olarak, şekillenecektir. Lizbon Antlaşması'nın kabul edilmesi ile AB Başkanı'nın görev süresini iki buçuk yıl olacaktır. Diğer taraftan, AB Komisyonu Başkanı Jose Manuel Barroso'nun görev süresi de yenilenecektir.

• E-ADALET

Avrupa Birliği için en önemli gündem maddelerinden birisi de e-Adalet veri tabanını başlatmaktır. Veri tabanı Avrupa genelinde ve ulusal düzeyde, mevcut sistemleri birbirine bağlayarak, bilgiye ulaşımı mümkün kılacak ve avukatlara ilişkin veri tabanına ulaşımı ile video konferans yöntemine olanak sağlayacaktır.

- **SINIR ÖTESİ AVUKATLIK HİZMETLERİ**

AB Komisyonu, 7 Temmuz tarihinde, AB genelinde tüketici şikayetlerini sınıflandırmak ve raporlamak üzere bir sistem geliştirilmesi amacıyla kamu oyu yoklaması başlatmıştır. Söz konusu yöntem; hizmet veya mal satın alan tüketicinin memnuniyetsizliğini tacir, hizmet sunucu ve ulusal tüketici koruma teşkilatlarına duyurmayı amaçlamaktadır. Bu metodoloji sayesinde belli pazarlar ve tüketici zaafları tespit edilebilecektir.

- **MALİ HİZMETLER**

Avrupa Komisyonu 13 Temmuz tarihinde bankacılık sektörü ile ilgili olarak mevduat yeterliliği konusundaki mevcut düzenlemede değişiklik yapılması için bir direktif önerisi sunmuş bulunmaktadır.

Yaşanmakta olan mali krize sebep olan eksikliklerin giderilmesi için sermaye yeterliliğinin artırılması, risk değerlendirme yöntemlerinin değiştirilmesi söz konusu bulunmaktadır. Diğer taraftan, öneri etkin risk yönetimi sağlanabilmesi için bankaların işe alma ve prim verme politikalarına ilişkin zorunluluklar getirmeyi öngörmektedir. Diğer taraftan, aşırı risk alan ve kurallara aykırı işlem yapan bankaların cezalandırılması konusunda banka denetçilerine yetki verileceği bildirilmiştir. Değişiklik önerisiyle ilgili olarak 4 Eylül tarihine kadar görüş bildirilebilecektir.

- **CEZA HUKUKU**

AB Komisyonu 8 Temmuz tarihinde; AB genelinde yapılacak ceza yargılamalarında yazılı ve sözlü tercüme hakkına ilişkin asgari standartların belirlendiği Çerçeve Kararına ilişkin öneriyi kabul etmiştir. Söz konusu öneri; ceza muhakemelerinde bir kişinin şüpheli olması halinde işin başından temyiz safhasına kadar tercüme isteme hakkı olduğuna ilişkin düzenleme getirilmesidir. Şüpheli/sanığın muhakemede kendisi ile ilgili hususları anlayabilmesine olanak sağlamak üzere gerekli belgelerin yazılı çevirilerinin de yapılması öngörülmektedir. Bu öneri, İsveç başkanlığında yapılan ilk tekliftir.

- **CEZA USUL HUKUKU**

30 Temmuz tarihinde on altı AB üyesi ülke (Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Yunanistan, İspanya, Fransa, Letonya, Litvanya, Macaristan, Hollanda, Romanya, Slovenya, Slovak Cumhuriyeti, İsveç) ortak bir teklif sunarak; AB üyesi ülkeler arasında ceza davalarının naklinin kolaylaştırılması için ortak kurallar getirilmesini önermiştir. Önerinin temel amacı yetkili yasal organlar arasındaki işbirliğini güçlendirmek ve eğer davanın naklini talep eden üye ülke "*adaletin çabuk ve daha iyi yönetileceğini*" düşünüyorsa söz konusu ülkeye davanın naklini talep hakkı vermektedir. Öneri sonbaharda görüşülecektir.

- **SERBEST DOLAŞIM**

AB Komisyonu 2 Temmuz tarihinde AB vatandaşlarının serbest dolaşım ve yerleşim haklarına ilişkin açıklayıcı kurallar yayımlamıştır. Bu konu özellikle AB sınırları dışındaki yaşayan "*aile*" ile birlikte ikamet etmek isteyen AB vatandaşları bakımından önem arz etmektedir. Zira söz konusu kurallar kimlerin aile sayılacağı, giriş ve ikamet ile ilgili kuralları belirlemektedir.

- **VERGİ HUKUKU**

AB Komisyonu 2 Temmuz tarihinde katma değer vergisiyle ilgili bir bildiri yayımlamıştır. Bildirinin amacı AB sınırları içinde faaliyet gösteren şirket gruplarına uygulanacak KDV kurallarının belirlenmesi ve vergi kaçakçılığının önlenmesidir. KDV anlamında; hukuken bağımsız olan ancak aralarında bağlantı olan şirketler şirketler grubu olarak değerlendirilmektedir. Diğer bir ifade ile grup tek bir vergi mükellefi olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, bildiri şirketler topluluğunun "*grup*" olarak değerlendirilmesi için gerekli olan mali, ekonomik ve yönetsel ilişkiye ilişkin kuralları belirlemektedir.

- **ADALET GÜNÜ**

İngiltere ve Galler Barosu; AB Adalet Günü nedeni ile 20 Ekim 2009 tarihinde Londra'da "*Sınır Ötesi Adalet - Bugün ve Yarın*" konulu bir Konferans düzenleyecektir.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

“TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ FARUK EREM ÖDÜLÜ”

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu 2009 yılında Türkiye Barolar Birliği Kurucu Başkanı Faruk Erem adına hukukçuların katılabileceği,

“YARGILAMA DİYALEKTİĞİ ve SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ”
konusunda

“TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ FARUK EREM ÖDÜLÜ”
için yarışma düzenlemiştir.

- Yarışmaya sadece hukukçular katılabilecektir.
 - Yarışmada yaş sınırlaması yoktur.
- Yarışmaya katılacak yapıtlar daha önce yayınlanmamış olmalıdır.
- Katılımcılar yarışmaya gönderilecek yapıtlarını rumuz veya takma adla göndermeli, gerçek ad ve kimliklerini kapalı bir zarf içinde bildirmelidirler.
- Yarışmaya katılacak yapıtlar elektronik ortamda ve ayrıca dokuz çıktı halinde (Türkiye Barolar Birliği, Oğuzlar Mahallesi Baş Manço Caddesi 1366.Sokak No.3, 06520 Balgat/Ankara) adresine gönderilmek üzere,

1 Ekim 2009 Perşembe günü saat 17.00'ye kadar

Taahhütlü olarak postaya veya kargoya teslim edilmeli veya elden verilmelidir.

- Yarışmaya katılacak yapıtlar en az A4 ebadında 1,5 aralıkla ekleri hariç otuz sayfa olmalıdır.
 - Yarışmada birinciliğe layık görülen yapıta 5.000,00 TL ödöl verilecektir.
- Ödöl kazanan ve yayımlanması uygun görülen yapıtların yayım, gösterim ve çoğaltma hakları Türkiye Barolar Birliği'ne aittir.
 - Değerlendirme kurulu üyeleri yarışmaya katılamazlar.

YARIŞMA SONUCU 29 EKİM 2009 GÜNÜ AÇIKLANACAKTIR.

HUKUK DEVLETİ VE YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Özdemir ÖZOK*

İnsanlığın ulaştığı bilim çağı ve teknoloji, insanlar ve toplumlar arasındaki eşitsizliği, adaletsizliği, haksızlığı ve en önemlisi yaşam kaynağı olan gelirin dağılımındaki dengesizliği, dolayısıyla emeğe yapılan saldırıları giderememiştir. Olumsuzlukların asgari düzeye indirilebildiği toplumlarda “hukuk” ile onun egemen olduğu “hukuk devleti” ve “hukukun üstünlüğü” öne çıkmıştır. “Hukuk devleti”nde her şeyi “hukuk” belirler, temel ölçüt “özgür birey”dir. Tebaa yoktur, kul yoktur; yurttaş vardır. Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluşundaki temel felsefenin de “özgür birey/yurttaş” yaratılması olduğunu anımsatmalıyım.

Yeni bir Avrupa için Paris Şartı’nın önsözünde, “demokrasinin temelinde insana saygı ve hukukun üstünlüğü yatar. Kimse hukukun üstünde değildir” denilmek suretiyle “hukukun üstünlüğü”nün ulus üstü bir kavram olduğuna vurgu yapılmıştır.

Kısaca “hukuk devleti”; bireyler gibi devletin tüm organ ve görevlilerinin de faaliyet, işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına ve anayasal ilkelere uyması, kendisini bu kurullarla bağlı sayması demektir.

“Hukuk devleti”nin gerçekleşmesinde etken olacak en önemli unsurlardan biri “yargı bağımsızlığı”dır.

“Yargı bağımsızlığı”, yargı mensuplarına verilmiş bir imtiyaz değildir. “Yargı bağımsızlığı”, bireyin doğru ve adil yargılanma hakkının teminatı olarak tanınmıştır.

“Hukuk devleti”nde, yürütme erkini elinde tutan hükümet üyeleri, hiçbir biçimde yargı temsilcilerini etkileyecek beyan ve davranışlarda bulunamaz. Toplumda adalet duygusunun oluşmasını ve korun-

* Av., Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

masını sağlayacak “bağımsız yargı”, aynı zamanda çağın yönetim biçimi olan “demokrasi”nin de “olmazsa olmaz” koşuludur.

Özellikle her ne şekilde olursa olsun, siyasal iktidarların etkisi altında bir yargının bağımsızlığından asla söz edilemez.

Ülkemizde ilk defa 1961 Anayasası ile tam anlamıyla “yargıç güvencesi” sağlanmış olmakla birlikte “sav” ve “savunma” göz ardı edildiği için bu üç işlevin birlikte düşünülmesi halinde oluşabilecek “yargı bağımsızlığı” tam olarak gerçekleştirilememiştir. Bu noksanlık 1982 Anayasası’nda “yargıçlar ile savcılar” birlikte mütalaası ile tam bir kasa dönüşmüştür. Savcılar, yargıç gibi düşünölmeye başlanmış; diğer yandan yargıçlar savcılar kanalı ile kontrol altına alınıp memurlaştırılmıştır.

Yargı bağımsızlığı önündeki en önemli engel bugünlerde hâkim-savcı birlikteliği olarak gündemimizdedir. Bu sorun hükümet veya iktidar partisi tarafından sipariş edilen Özbudun tasarısında hiç nazara alınmamıştır. Bu tasarımı hazırlayanlar sadece “tarafsızlık” kavramı adı altında yargıyı siyasal iktidara eklememenin yöntemleri üzerinde düşünmüşlerdir. İktidara eklenmiş bir yargının nasıl bağımsız sayılabileceği sorusunun cevabını da verememektedirler.

Türkiye Barolar Birliği’nin 2007 tasarısında ise Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Hâkimler Yüksek Kurulu ve Savcılar Yüksek olarak ikiye ayrılarak 1961 örneğine yakın bir model oluşturulmuştur.

Hâkim-savcı birlikteliğine son verilmesi, yargı diyalektiğinin kurallarına uygun olarak işlemesine neden olacağı gibi “silahların eşitliği” ilkenin de yaşama geçirilmesi sonucu verecektir.

“Yargı bağımsız” ve “yargıç güvenceli” olmalıdır ki, devletin yasa- ma ve yürütme erklerinin hukuk dışı işlemleri hukuk içine çekilebilsin, hukuk içinde tutulabilsin.

Yukarıda sözünü ettiğim gibi, ülkemizde ilk kez bu anlayışla 1961 Anayasası’nın 143-144. maddeleriyle yapılandırılan ve içinde tek bir siyasi üyenin bulunmadığı Yüksek Hâkimler Kurulu yargı erkinin, yasa- ma ve yürütme karşısında bağımsızlığını korumak için yapılandırılmıştır.

Zamanın Yargıtay Başkanı büyük hukukçu Recai Seçkin ilk Yüksek Hâkimler Kurulu üyelerinin göreve başlaması nedeniyle, yaptı-

ğı konuşmada; "...Anayasamız Yüksek hâkimler müessesesini hukukumuzda armağan etmiştir. Bu mutlu olaydan dolayı ne kadar sevinsek ve ne kadar övünsek yeridir. Yüksek Hâkimler Kurulu yabancı ülkelerde bile henüz kısa bir tarihe malik bir müessesedir. Gerek oralarda, gerek bizde bu müesseseye karşı olan birçok kişinin olduğu söylenebilir. Yüksek Hâkimler Kurulu'na düşen ilk görev, çalışmalarını gayet sağlam ilkeler ve doğru gelenekler üzerine kurmak, işlemleri üzerinde eşitliğe aykırılık ve adaletsizlik gölgelerinin düşürülmesine meydan vermemektir. Gerçek hâkim teminat zırhına bürünmüştür, fakat o her şeyden önce davranışları ve tutumu ile böyle bir zırha layık olduğunu her an ispat etmek zorundadır. Hâkime bu borcunu yerine getirmek Yüksek Hâkimler Kurulu'nun ödevelerindedir. Yüksek Hâkimler Kurulu'nun görevini gereği gibi titizlikle yapmadığı, mesleği zayıf duruma düşürdüğü düşüncesinin sosyal ortamda yerleşmesi ve genişlemesi zamanla bu kuruluşa karşı olanların cesaretini artırır ve bir anayasa değişikliğiyle kurulan şimdiki bağımsız durumu sona erdirir ki, bu hal; hâkim teminatının sona ermesinden başka bir anlama gelmez. Bana öyle geliyor ki, Yüksek Hâkimler Kurulu'nun üyeleri böyle bir tehlikenin gerçekleşmesine asla meydan bırakmayacaklar, kuruluşa karşı olanların cesaretlerini kıracaklardır..." demiştir.

Rahmetli Recai Seçkin başkanın endişeleri kısa süre sonra gerçekleşti, kurumsal uygulamalar yerini bireysel tercihlere bıraktı ve bunun üzerine 1971 yılında kısmi bir değişiklik yapıldı; 1982 Anayasası'yla da yargı bağımsızlığını tümünden öteleyen Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu oluşturuldu.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşumu ve hukuksal yapısıyla ilgili olarak 1982'den bu yana yaptığımız eleştiri ve önerilerimizde ne denli haklı olduğumuz yaklaşık bir aydır kamuoyunda tartışılan "yaz kararname" ile gündeme gelen çalışmalar sırasında bir kez daha net bir biçimde ortaya çıkmıştır. Tartışmaların odağında yargı temsilcilerinin yaşadığı acz yanında yürütmeyi temsil eden kurumların günlük siyasete bağlı olarak ortaya koyduğu yaklaşımlar karşısında "hukukun üstünlüğü", "hukuk devleti", "yargı bağımsızlığı" ve "yargıç güvencesi" ilke ve kavramları yönünden ne hazin durumda olduğumuza bir kez daha açıkça görmenin hayret ve bazen de dehşetini yaşadık.

Oysa tüm eksiğine ve fazlasına karşın Anayasa'nın 7.11.1982 günü kabulünden önce 13.5.1981 günü kabul edilen 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 4. maddesinde ve Anayasa'nın 159. maddesinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun görev ve yetkileri sayılmıştır.

Bu görev ve yetkilerin kullanılmasının engellenmesi yönünde Adalet Bakanı ve müsteşar başta olmak üzere bakanlık bürokratlarının zaman zaman yasa dışına çıkan direnci, “yargı bağımsızlığı” ve “yargıç güvencesi” bakımından son derece kaygı vericidir. Ayrıca sergilenen olaylar hâkim-savcı birlikteliğinin de varabileceği boyutları göstermesi bakımından ilgi çekicidir. Savcılar, yargıç gibi mütalaa edildiği için ortaya bazı karışıklıklar çıkmakta, “yargı bağımsızlığı” kavramı ile ilişkisi olmayan savlar ortada uçuşup durmaktadır. Bunun en büyük zararı da “yargıç güvencesi” bağlamında yargıçlar aleyhine olmaktadır.

Önümüzdeki günlerde Anayasa değişiklikleri sırasında bu konuya gereken önemin verileceğine inanmak istemekteyiz. Türkiye Barolar Birliği hukuk alanındaki bütün çalışmalarda, her platformda “hakim-savcı birlikteliği” olgusuna dikkat çekmekte “silahların eşitliği” ilkesinin gerçek boyutlarıyla yaşama geçirilmesi için çalışmaktadır. Bu çalışmalarına da devam edecektir.

Atanmaları ya da yer değiştirilmelerinin uygun olup olmadığı ayrı bir tartışma konusu olabilir, ama atanma ya da yer değiştirme konusunda, hâkimler ve özellikle savcılar hakkında, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun objektif bir düşüncesi ya da belge ve bulgulara dayanan eğilimi varsa, alınması düşünülen kararlar, Adalet Bakanlığı’nın aşırı gayretli savunmasıyla engellenmişse, adı geçen görevlilerin ruh halini ve çevreleriyle uyumunu bir düşününüz. Zaten yaptığı kimi usulsüz işlemler nedeniyle eleştirilen bu ayrıcalıklı kişiler hangi usul ya da yasa kuralı bağlayabilecektir...

Altında sayın Başbakan’ın zırlı aracı, arkasında siyaset adına Adalet Bakanlığı’nın manevi gücü ve ülkenin tüm değerleriyle hesaplaşmak için yola çıkmış yandaş basın desteğiyle “Sakinin savcım geliyor!”

HÜKMÜN KONUSU VE EYLEMİ (FİİLİ) DEĞERLENDİRMEDE MAHKEMENİN YETKİSİ

Ali Rıza ÇINAR*

GİRİŞ

Konu, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Yargılama Kanunu'nun 225. maddesi ile sınırlı olarak incelenmiştir. Ancak konu ile ilgili düzenlemelere de yer verilmiştir.

Ayrıca kaynak Alman ceza yargılama hukukundaki, konu ile ilgili öğreti ve uygulamadaki durum da açıklanmaya çalışılmıştır.

I. Yasal Düzenleme

Yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Ceza Yargılama Kanunu'nun 150. maddesinde;

"Tahkikat ve hüküm, yalnız iddianamede beyan olunan suçta ve zan altına alınan şahıslara hasredilir.

Bu hudut dahilinde olarak, mahkemeler istiklal ile hareket etmek hak ve görevine haiz olup ceza kanununun tatbikinde kendilerine arz edilen iddialarla bağlı değildirler."

Aynı yasanın 257. maddesinde ise;

"Hükmün mevzuu, duruşmanın neticesine göre iddianamede gösterilen fiilden ibarettir.

Fiili takdirde mahkeme, iddia ve müdafaalarla bağlı değildir." hükümlerine yer verilmiş.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Yargılama Kanunu'nun (CYK'nın) 225. maddesinde;

* Doç. Dr., Yargıtay üyesi.

“(1) Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve faili hakkında verilir.

(2) Mahkeme, fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir.”

Şeklinde 1412 sayılı Kanun’un 150 ve 257. maddelerinin kapsamı tek madde halinde düzenlenmiştir.¹

Kaynak Alman Ceza Yargılama Kanunu’nda (StPO) konuyla ilgili 155 ve 264. maddelerdeki yasal düzenlemeler şöyledir:

StPO m. 155 (Soruşturmanın sınırları - Umfang der Untersuchung)

I. Soruşturma ve karar verme, yalnızca davada belirtilmiş olan eylemi ve dava ile suçlanmış olan kişileri kapsar.

II. Mahkemeler bu sınırlar içinde bağımsız hareket etmekte yetkili ve görevlidirler; mahkemeler özellikle Ceza Yasasının uygulanmasında, ileri sürülen istemlere (taleplere) bağlı değildirler.

StPO m. 264 [Hükmün (son kararın) konusu – Gegenstand des Urteils]

I. Verilen hükmün (sonkararın) konusu, duruşmanın sonunda ortaya çıkmış şekli ile, iddianamede tanımlanmış/açıklanmış/belirlenmiş olan eylemdir.

II. Mahkeme, eylemin sonsoruşturmanın açılması kararına temel oluşturmuş olan nitelendirme/hukuksal tanı (*Beurteilung der Tat*) ile bağlı değildir.

II. Hüküm Kavramı

Hüküm, yargılama makamının/mahkemenin, önüne getirilmiş olan davayı/uyuşmazlığı çözen kararıdır. Uyuşmazlığı/davayı doğrudan doğruya çözdüğü için, mahkemenin bu kararı, ara kararı olmayıp, son kararıdır.² Yasa buna “hüküm” demektedir (5271 sayılı CYK m. 223). Ceza Yargılama Kanunu’nda; “duruşmanın sona erdiği açıklan-

¹ Aynı düşünce için bkz. CGK, 09. 10. 2007, 44/200 (Şirin, Osman/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç, Gürsel/Özdemir, Muzaffer/Erel, Kemalettin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, (Eylül 2004 – Temmuz 2008) Ankara 2008, s. 917-921.

² Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Onaltıncı Bası, İstanbul 2008, n. 76,3, s. 1296, 1298.

dıktan sonra, 'hüküm' verilir" denmektedir (m. 223/1). Görülüyor ki yasa-
sada, mahkemenin duruşmaya son veren kararı anlamında bu karara
"hüküm" adı verilmektedir.

Öğretide, "hüküm" terimi yerine "sonkarar" demenin yerinde ola-
cağı ileri sürülmüştür.³

III. Hüküm Türleri (Çeşitleri)

5271 sayılı Ceza Yargılama Kanunu da hangi kararların hüküm sayıldığını açıkça düzenlemiştir. Buna göre, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararları hükümdür (CYK m. 223/1).⁴ Ayrıca, adli yargı dışındaki bir yargı makamına (merciine) yönelik görevsizlik kararının yasayolu bakımından hüküm sayılacağı yasa düzenlenmiştir (m. 233/10). Yargıtay, 5271 sayılı Ceza Yargılama Kanunu'nun 223. maddesinin 10. fıkrası uyarınca, adli yargı ilk derece mahkemesince askeri mahkemeye yönelik olarak verilen görevsizlik kararının hüküm olduğu için temyiz yasa yolunda incelenebileceğine karar vermiştir.⁵

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 5271 sayılı Ceza Yargılama Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Ceza Yargılama Kanunu'na göre hangi kararların hüküm (sonkarar) sayılacağını ayrıntılı bir biçimde açıklamıştır.⁶

³ Bkz. Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul 2005, s. 425: "Yasa buna "hüküm" demektedir (m. 223). Oysa hüküm aslında bir karardır ve yargılamanın çeşitli aşamalarında hüküm (karar) ortaya çıkar. Mahkemenin duruşma sonunda işten elini çektiği karar karşılığı olarak <sonkarar> demek yerinde olur. Bu terim hem mahkemenin bir "karar" verdiğini ve hem de bunun "son" olduğunu açıklar".

⁴ Yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Ceza Yargılaması Kanunu'nun 253/2. maddesine göre; sanığın beraatına, mahkumiyetine, davanın reddine ya da düşmesine ve mahkemenin durmasına dair kararlar hükümdür.

⁵ CGK, 06. 11. 2007, 2007/4-158, 2007/225, Bkz. karar için; BAKICI, Sedat, İçtihadı Birleştirme ve Ceza Genel Kurulu Kararlarıyla (1990-2008) Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Ankara 2008, s. 484.

⁶ CGK, 15. 07. 2008, 174/191: "... Bir kararın temyiz edilebilmesi için, o kararın "hüküm" niteliğini taşıması gerekmektedir. Hangi kararların hüküm sayılacağı ise 1412 sayılı Kanun'un 253 ve 5271 sayılı Kanun'un 223. maddelerinde sayılmıştır. 1412 sayılı Kanun'un 253. maddesine göre sanığın beraatına veya mahkumiyetine ilişkin kararlarla, davanın reddine, durmasına ve düşmesine dair kararlar hüküm-

Kovuşturma evresinde; mahkemece verilen “beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet ve güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi” kararları, uyuşmazlığı doğrudan doğruya çözümleyen kararlar oldukları için, gerçek son karardır (hükümdür). Sanığın suçsuzluğu ya da suçluluğu konusunda bir sonuca varılmaktadır.

dür. 5271 sayılı Kanun’un 223. maddesinde de; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi kararlarının hüküm oldukları belirtildikten sonra, adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararının da kanun yolu bakımından hüküm sayılacağı ifade edilmiştir.

Bir suç nedeniyle verilen karar içerisinde yer alan cezalardan her biri ayrı bir hükümü oluşturmayıp, bu cezaların tamamı tek bir hükümü meydana getirmektedir. Bu nedenle de; çeşitli nedenlerle hükmün içerisinde birden fazla “cezanın” bulunduğu hallerde, temyiz sınırının belirlenmesi açısından cezaların her birinin miktarına değil, toplam ceza miktarına bakılması gerekir. Buna karşılık, aynı kararın içerisinde birden çok hükmün bulunması halinde, temyiz sınırı her hüküm için diğerinden bağımsız olarak ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

5275 sayılı İnfaz Kanunu’nun 99. maddesindeki düzenleme ise “birden fazla hükümdeki cezaların” temyiz yasa yoluna başvurma sınırı ile ilgili olarak değil, fakat infaz işlemleri ile ilgili olarak toplanması ya da toplanamamasına ilişkindir.

Diğer taraftan; “temyiz yasa yoluna başvurma” kişiye tanınmış bir hak olduğuna göre, bu hakkın daraltılması yorum yoluyla değil, ancak açık bir yasal düzenleme ile sağlanabilir. ” (Şirin/Aşaner/Özcan/Yalvaç/Özdemir/Erel, s. 1193, 1194)

Yargıtay CGK 15. 07. 2008 gün ve 173/190 sayılı kararında da aynı ilkeler vurgulanmıştır.

CGK, 22. 11. 2005, 10-140/143: “. . . Yasamızın temyiz edilebilirlik için aradığı ilk koşul verilen kararın hüküm niteliğinde olmasıdır.

5271 sayılı CYK’nın 223. maddesinde ise;

Beraat,

Ceza verilmesine yer olmadığına,

Mâhkumiyet,

Güvenlik tedbirine hükmedilmesi,

Davanın reddi,

Davanın düşmesi,

Kararlarının hüküm olduğu belirtilmiş, maddenin son fıkrasında ise; “Adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı”nın **yasa yolu bakımından** hüküm sayılacağı vurgulanmıştır. Maddede sayılan hükümlerin verilme koşulları ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup, 6. fıkrada; “Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine” hükmolunacağı belirtilmiştir.

(. . .)

5237 sayılı TCK’da yaptırım olarak cezalar ve güvenlik tedbirlerine yer verilmiş, 5271 sayılı CYK’nın 223. maddesinde de güvenlik tedbirlerine hükmedilmesine ilişkin kararların hüküm sayılacağı açıkça belirtmek suretiyle, tedbir kararlarının temyiz yeteneğinin bulunup bulunmadığı konusundaki tartışmalar da sonlandırılmıştır. ” (Şirin/Aşaner/Özcan/Yalvaç/Erel/Özdemir, s. 1126-1229).

Mahkemece kovuşturma evresinde verilen, davanın düşmesi ve reddi kararlarında ise, uyuşmazlık dolayısıyla yargılandığı için, uyuşmazlığın esası çözümlenmemektedir. Bu nedenle düşme ve ret kararı son karar olmamalarına karşın hüküm sayılabilirler.⁷

Düşme kararı, yalnızca uyuşmazlığın çözümlenecek cinsten olmadığını açıklamaktadır. Örneğin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen; sanığın ölümü (m. 64/1), genel af (m. 65/1), dava zamanaşımı (m. 66/1-2) kovuşturma yapılması şikayete bağlı suçlarda yasa da aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi (73/4) ve ön ödeme (m. 75/2) gibi düşme sebeplerinin varlığı durumunda, yargılama yapılamamaktadır. Sanığın suçlu olup olmadığı araştırılmamaktadır. Buna karşın, uyuşmazlık, hiç olmazsa çözümlenemeyecek uyuşmazlıklardan olduğu belirtilmektedir. Bu da bir bakıma onu çözümlenmektedir.⁸ Düşme kararlarındaki yargılama, doğrudan doğruya yargılama olmasa da, dolayısıyla bir yargılamadır.

Ret kararında ise, uyuşmazlık çözümlenmiş olduğu ya da çözümlenmekte bulunduğu için, mahkemenin o uyuşmazlığa bakmayacağı belirtilmektedir. Böylece, söz konusu bu uyuşmazlığın o yargılama makamında çözülecek türden olmadığı açıklanmış olmaktadır.⁹

IV. Hükmün Konusu

Ceza Yargılama Kanunu'nun 225. maddesinde; hükmün, iddianamede öğeleri (unsurları) açıklanan (gösterilen) suça ilişkin eylem(ler) (fiil) ve sanık (fail) hakkında verilebileceği öngörülmektedir. Ceza davası, Kara Avrupa'sında, yer alan çoğu ülkelerde, devlet/kamu adına savcılık makamınca açılır. Bu, ceza davasının kamusalılığı ilkesinin sonucudur. Türk sistemi de böyledir. Ülkemizde, kamu/devlet adına ceza davasını açma görevi, Cumhuriyet Savcısı tarafından yerine getirilmektedir (CYK m. 170/1).

5271 sayılı Ceza Yargılama Kanunu'nda kişisel (şahsi) dava kurumuna yer verilmemiştir.

⁷ Tosun, Öztekin, *Türk Suç Mahkemesi Hukuku Dersleri*, c. II, *Muhakemenin Yürüyüşü*, İstanbul 1976, s. 157, 158; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, N. 76. 3, S. 1298; Yurtcan, s. 425, 426.

⁸ Tosun, c. II, *Muhakemenin Yürüyüşü*, s. 167.

⁹ Yurtcan, s. 425, 426; Tosun, c. II, *Muhakemenin Yürüyüşü*, s. 167, 168.

Bu düzenleme, ceza davasını açma tekelinin Cumhuriyet savcısında olduğunu göstermektedir.

Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresinin sonunda suçun işlendiğine ilişkin (dair) yeterli kanıtı (delile) ulaştığı kanısında ise, iddianame adı verilen belgeyi (suçlama belgesini) düzenler ve bunu davayı görececek/yargılamayı yapacak mahkemeye verir (CYK m. 170/2). Cumhuriyet savcısının hazırladığı iddianamenin (suçlama belgesinin), verildiği mahkemeye kabulüyle kamu davası açılmış olur (CYK m. 175/1).¹⁰ Aynı zamanda iddianamenin kabulüyle kamu davası açılmış olduğu için, kovuşturma evresi de başlar (CYK m. 175/1).

Ceza Yargılama Kanunu'nda, iddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar/eylemler, kanıtlarla (mevcut delillerle) ilişkilendirilerek açıklanması gerektiği belirtilmiştir (m. 175/4). Ceza Yargılama Kanunu'nun 225. maddesine göre ise, hükmün konusu, iddianamede öğeleri gösterilen suça ilişkin eylem(ler) (filler)dir. Hükmün konusunu, iddianamede sınırları belirtilerek dava konusu yapılan olay [eylem(ler)] oluşturur. Bu madde ile ilgili hükümet tasarısı gerekçelerinde de belirtildiği gibi, kamu davasının konusu ile hükmün konusu maddi olay bakımından aynıdır.¹¹

Mahkeme “*davasız yargılama olmaz*” ilkesi uyarınca yargılamayı, iddianamede açıklanan eylem/olay ya da eylemler/olaylar konusunda yapabilir. Mahkeme, sanığın (failin), iddianamede ceza davasının konusu yapılmamış eylemlerini kapsayacak biçimde yargılama yapamaz. Yüce Yargıtay'ın yerleşik görüşüne göre de; hükmün konusu, iddianamede gösterilen eylem ve sanık olan kişiyle sınırlıdır. Mahkemeler, iddianamede gösterilen eylem ya da eylemlerle sınırlı olarak yargılama yapmak zorundadır. Bu nedenle Yüce Mahkemeye göre, verilecek sonkarar (hüküm), kim hakkında ve hangi eylemden dolayı dava açılmışsa o konuyla sınırlı olacaktır.¹² Dava açıldıktan sonra sanı-

¹⁰ Bu anlatımın eleştirisi için bkz. Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 2008, s. 421, dip not 2.

¹¹ Bkz. Hükümet Tasarısı Gerekçesi (m. 235) için Şahin, Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005, s. 711; Yaşar, Osman, *Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, 4. Bası, Ankara 2009, c. II, s. 2063.

¹² Bkz. CGK, 06. 11. 2007, 203/224; “hükmün konusu iddianamede gösterilen eylemdir. İddianamede açıklanan ve suç oluşturduğu ileri sürülen failin dışına çıkılması, dolayısıyla davaya konu edilmeyen bir eylemden dolayı yargılama yapılması ve açılmayan davadan hüküm kurulması yasaya aykırıdır. Bu bakımdan iddia-

ğın yeni suçlarının ortaya çıkması durumunda, Cumhuriyet savcısının yeni bir iddianame düzenlemesi gerekir.¹³

Davasız yargılama yapılamaması ilkesi mahkemenin açılmamış bir davaya bakmasını yasaklar. Cumhuriyet savcısı bir eylemden/ olaydan dolayı ceza davası açmadıkça, mahkeme o eylemle/ olayla/ suçla ilgili olarak yargılama yapamaz. Bu ilke, öğretide, “*davacı ve davanın olmadığı yerde, yargıç da yoktur*” biçiminde belirtilmektedir.¹⁴

Yine bu ilkeye göre, bir mahkeme, hangi sanık için ve hangi olay(lar)/ eylem(ler) iddianamede açıklanmışsa, o sanık ve o eylem(ler)/ olay(lar) için yargılama yapılabilir ve hüküm kurulabilir.¹⁵

Böylece, ceza davasının konusu ile hükmün konusu iddianamede açıklanan eylem(ler) ve kişi(ler)dir. Başka bir söyleyişle, Ceza davasının/kamu davasının konusu ile hükmün maddi konusunun aynı şeyler olduğunu söyleyebiliriz.¹⁶

Kamu davasına konu olmayan eylem ya da eylemler hakkında

namenin ayrıntılı olması, yüklenen suçun unsurlarını oluşturan fiil/ fiillerin nelerden ibaret olduğunun hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak biçimde açıklanması zorunludur. Böylelikle sanık; sorgusundan önce iddianame okunduğunda üzerine atılı suçun ne olduğunu anlamalı, buna göre savunmasını yapabilmeli ve kanıtlarını sunabilmelidir. Yüklenen suç açık ve net olarak belirlenmeli, savunma hakkı kısıtlanmamalıdır. Bu itibarla, sanık H.Ç. hakkında 14. 08. 2002 günü sahtecilik eyleminden dolayı yöntemine uygun biçimde açılmış bir dava bulunmadığı halde, bu hususta ayrı bir dava açılması sağlanmadan sözü edilen eylemden de sorumlu tutulup hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması isabetli görülmemiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının bu yönden de kabulü ile Özel Daire onama kararının kaldırılmasına, Yerel Mahkeme hükmünün, suç niteliğinin belirlenmesi ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasındaki yanlışlar nedeniyle bozulmasına karar verilmelidir.” (Şirin/Aşaner/Özcan/Yalvaç/ Özdemir/ Erel, s. 908-917); Ayrıca aynı nitelikte kararlar için bkz; CGK, 27. 9. 2005, 6/63-108; CGK, 21. 12. 1999, 10/310-320; CGK, 03. 02. 1998, 6/326-7 (Yaşar, s. 2077, 2082-2083, 2084-2085); 4. CD, 12. 12. 2007, 2006/6564, 2007/10735: “İddianamede tanımlanan eyleme göre, sanık hakkında görevliye etkin direnme suçundan dava açıldığı gözetilmeden, dava açılmayan görevliye sövme suçundan hüküm kurularak CYK'nın 225. maddesine aykırı davranılması,” (Yaşar, s. 2102-2103).

¹³ Centel/Zafer, s. 421.

¹⁴ Kern, Eduard/Roxin, Claus, *Strafverfahrenrecht*, München 1982, § 226 s. 22; Yurtcan, s. 43; Centel/Zafer, s. 422

¹⁵ Toroslu, Nevzat/FeYZioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s. 297; Taşdemir, Kubilay/Özkepir, Ramazan, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 3. Baskı, c. I, Ankara 2007, s. 996.

¹⁶ Erem, Faruk, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh)*, Ankara 1996, s. 568.

mahkeme hüküm veremeyeceği için, hükmün maddi konusu, kamu davasının maddi konusu ile zorunlu olarak aynı olacaktır.

Ancak, ceza davasının/kamu davasının “*hukuki konusu*” ile hükmün “*hukuki konusu*” aynı olmayabilir. Çünkü mahkeme eylem(leri) nitelendirmede özgürdür.¹⁷

Ceza Yargılama Kanunu’nun 170. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde Cumhuriyet savcısının düzenleyeceği iddianamede şüphelinin kimliğinin gösterileceği belirtilmiştir. Bu nedenle, iddianamede, sanık (şüpheli) açıkça belli edilmektedir. Bundan dolayı, ceza yargılamasında, ceza davasının/hükmün konusunun kişi yönünden belirlenmesi kolaydır.

Hükmün, hangi sanık hakkında kurulacağı, başka bir deyişle ceza davasının/yargılamanın, kişi yönünden konusu, iddianameyle belirlenmektedir. Kişi (şüpheli/sanık), eylemi işleyip işlemediğinden bağımsız olarak iddianamede bazen gösterilmiş olabilir. Bu durumda, suçsuz olan bir kimse hakkında bir yargılama başlatılmış olur.¹⁸

V. Eylem Kavramı

İddianamede açıklanan eylem ya da eylemler hükmün/ceza davasının konusudur.

Ceza davası konusu olarak eylem kavramını tanımlamak zordur. Ceza Yargılama Kanunu’nda, eylemden (fiilden) ne anlaşılması gerektiği konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁹

Ceza yargılaması hukukundaki eylem (fiil) kavramı ile ceza hukukundaki eylem (fiil) kavramı aynı değildir.

Ceza hukukunda suç sayılan eylemin (fiilin) hukuki kavramlar kullanılarak tanımları yapılmıştır. Örneğin “*zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alma*” gibi (5237 sayılı TCK m. 141/1).

¹⁷ Schvarz, Otto, *Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi*, (Çev. Taşkın, Rifat) Ankara 1939, s. 477; Selçuk, Sami, *Karşıoyların*, Ankara 2001, s. 150-153; Erem, s. 568.

¹⁸ Kühne, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, 6. Auflage, Trier 2003, § 36, Rn. 610 vd. s. 320, 321 vd. ; Centel/Zafer, s. 526.

¹⁹ Centel/Zafer, s. 526.

Ceza yargılaması hukukunda “*eylem*” (fiil) kavramı, tarihsel olarak failce yaşanmış ve dış dünyaya yansımış olaylardır.²⁰

Ceza yargılamasının konusu ile ilgili olarak “*eylem*” (fiil) deyince ne anlaşılması gerektiği konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır.²¹

Bir görüşe göre, ceza yargılaması hukuku bakımından eylem (fiil) kavramından, iddianamede açıklanan tarihi olayın bütünü anlaşılması gerekir. İddianamede, Cumhuriyet savcısı işlenmiş olan eylem ya da eylemleri bireyselleştirerek belirtir.

Eylem ya da eylemler iddianamede belirtilirken/açıklanırken/ bireyselleştirilirken, ceza hukuku anlamında bir suç tipinin ve bunun öğelerinin açıklanması söz konusu değildir. Eylem (fiil) belirtilirken, failin davranışının (hareketinin) kimlere yönelik olduğu, ne zaman nerede yapıldığının gösterilmesi gerekir.²² Fakat, eylemin (fiilin) işlendiği yerin, zamanın, eylemin işlenme şeklinin suçun mağdurunun adının yanlış yazılması eylemin (fiilin) aynı olma durumunu ortadan kaldırmaz.²³ İddianamede belirtilmeyen ve bireyselleştirilmeyen olaylar ceza yargılamasının (yargılanacak uyumsuzluğun) konusu olamaz. Yargılama makamu iddianamede belirtilen/açıklanan/belli edilen/bireyselleştirilen olay ya da olayları yargılayabilir.²⁴ Başka bir deyişle mahkeme, iddianamede açıklanmayan eylem ya da eylemleri yargılayamaz ve hükme konu yapamaz.

Tarihi görüşe göre; iddianamede olayın esası yeteri kadar belirtilmemiş olsa dahi, bu olaya ait doğal bir değerlendirme ile, yani nesnel (objektif) olarak bu olaya bağlanabilen bütün durumlar da bu tarihi olayı oluşturur.

Türk ceza yargılaması hukukunda, öğretide, Kantar, “*dava ve hükmün konusu, iddianamede veya son soruşturmanın açılması kararında gösterilen maddi fiildir, tarihi hadise*”dir, demektedir.²⁵

Görülüyor ki “*tarihi olay*” görüşüne göre, birbirleriyle ilişki içinde

²⁰ Tosun, c. II, *Muhakemenin Yürüyüşü*, s. 33, 34; Centel/Zafer, s. 526; Selçuk, s. 151.

²¹ Bu konuda bkz. Yurtcan, s. 197 vd; Centel/Zafer, s. 527.

²² Tosun, c. II, *Muhakemenin Yürüyüşü* s. 33.

²³ Kantar, Baha, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, Birinci Kitap, Ankara 1957, s. 301.

²⁴ Tosun, c. II, *Muhakemenin Yürüyüşü*, s. 33.

²⁵ Kantar, s. 301.

olan, birbirleriyle bağlantısı doğal sayılan olaylar/eylemler, ceza davasının/ceza yargılamasının konusunu oluşturur.

“Tarihi olay” görüşünden başka, “hukuki ve normatif biçimde ele alınan olay” ve “davacının neticeci talebi” gibi görüşler de ceza yargılamasının konusu olan eylemden (fiilden) ne anlaşılması gerektiği konusunu tartışmışlardır.²⁶

Tüm görüşlerde ortak olan özellik, eylem (fiil) deyince anlaşılması gereken, daha doğrusu ceza yargılamasının konusu, iddianamede yer alan olay ya da olaylardır.

Ceza Yargılama Kanunu ceza yargılaması konusunu (uyuşmazlık konusunu) belirlemede ölçütün iddianame olacağını açıkça göstermektedir. Yasaya göre “Hüküm, ancak iddianamede (...) gösterilen (...) fiil hakkında verilir” (CYK m. 225/1). Görülüyor ki iddianamede belirtilen olay ya da olaylar ceza davasının konusunu oluşturmaktadır. Bu durumda, ceza yargılamasının/hükmün konusu, iddianamede gösterilen eylem(ler)in ne olduğu gözetilerek belirlenecektir.

İddianamede gösterilen eylem (fiil) kavramını geniş anlamak gerekir.²⁷ İddianamede, failce önceden yaşanan tarihsel olayın; bireyselleştirilerek hikaye/tasvir edilip açıklanan dışa yansımış maddi olayın bütünü, ceza yargılamasının/hükmün konusunu oluşturan eylem ya da eylemler olarak kabul etmek gerekir. Başka bir söyleyişle, iddianamede açıklanan maddi olayın bütünü içinde, ceza hukukuna aykırı düşen ve bu nedenle cezalandırılabilir nitelikte olan eylem(ler), davranış(lar) ceza yargılamasının/hükmün konusu olacaklardır.²⁸

Böylece, ceza yargılamasının/hükmün konusunu sınırlayan, iddianamede açıklanan dış dünyaya yansımış, maddi insan davranışlarından oluşan olayların bütünüdür. Yargılama makamı, bunların içinden cezai yaptırım konusu olanları açıklayıp yargılayacaktır. Daha doğrusu, mahkeme, cumhuriyet savcısının düzenlediği iddianamede açıklanan tarihsel olay içinde kalan, tüm eylem(ler)i/davranış(lar)ı yargılamak zorundadır.²⁹ İddianamede gösterilen olaylarla bağlantı içinde onun ayrılmaz parçası olan olaylar da, iddianamede gösterilmese

²⁶ Bu görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yurtcan, s. 200-208.

²⁷ Hakeri, Hakan/Ünver, Yener, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2009 s. 292.

²⁸ Selçuk, s. 150, s. 151; Yurtcan, s. 206-208; Centel/Zafer, s. 528, 529.

²⁹ Selçuk, s. 151.

de ceza yargılamasının konusunu oluşturur. İddianamede gösterilen olayla sonradan ortaya çıkan olay arasında “bağlantı bulunup bulunmadığı ya da olayların bir bütünün parçası olup olmadığı yer, zaman, mağdur, nedensellik ilişkisi ve sosyal yönden iç içe geçmişlik gibi” ölçütler gözetilerek belirlenecektir.³⁰ İddianamede belirtilen olayın bütünü ve bu olayla sıkı bağlantı içinde olan ve sonradan ortaya çıkan tüm olaylar, hüküm/yargılamanın konusunu oluşturur.³¹ Örneğin iddianamede belirtilen konut dokunulmazlığını bozma eylemine eksik kalkışmadan dava açıldığı halde, konut dokunulmazlığı bozma eyleminin tamamlandığı ortaya çıktığında, cezanın artırılması gerektiğinden, bu olayın hükme konu yapılması için sanığa ek savunma hakkı verilmesi yeterlidir (CYK m. 226/2).³² Hukuki açıdan bakıldığında ayrı bir suç görünümü veren sonradan ortaya çıkan olayla, yargılama konusu olayla ne kadar sıkı bağlantı içinde olurlarsa olsunlar, yeni bir iddianame düzenlenmeden hükmün/yargılamanın konusu yapılamaz.

Bu açıklamalardan sonra diyebiliriz ki hükmün/ceza davasının konusu, iddianamede açıklanan eylem ya da eylemlerdir. Cumhuriyet savcısının iddianame metnindeki, tarihi olay içinde yer alan tüm eylemler yargılamaya ve hükme konu olacaktır. Mahkemece, iddianamede, açıklanan eylemler nesnel (objektif) olarak değerlendirilerek, yargılamanın (uyuşmazlığın) konusu belirlenmelidir. Çünkü cezalandırılabilir nitelikte olan, iddianamedeki eylem(ler), davranış(lar) yargılamanın nesnel (objektif) ögesini oluşturur.³³

Bu nedenle yargılamanın/hükmün konusu, Ceza Yargılama Kanunu’na göre, nesnel (objektif) niteliktedir. İddianameyi düzenleyen Cumhuriyet savcısının amacı ya da iradesi gibi öznel (sübjektif) ölçütler gözetilerek yargılamanın (uyuşmazlığın) konusu belirlenemez.³⁴

Yüce Yargıtay’ın yerleşik görüşüne göre, bir olayın açıklanması sırasında başka bir olaydan söz edilmesi o olay hakkında dava açıldığını göstermemekte, dava açılacak olayın açıkça ve bağımsız biçimde gösterilmesi gerekmektedir. Bu nedenle Cumhuriyet savcısı başka bir ola-

³⁰ Beulke, Wolfgang, *Strafprozessrecht*, Heidelberg 2002, Rn. 512, s. 25; Centel/Zafer, s. 528, 529.

³¹ Centel/Zafer, s. 528, 529.

³² 2. CD, 26. 11. 2007, 2006/7844, 2007/2461 (Yaşar, c. 2 s. 2134).

³³ Centel/Zafer, s. 529.

³⁴ Selçuk, s. 151, 153.

ya bağımlı ve dayalı olarak bir olaydan söz etmiş ise dava açma iradesi bu olay için söz konusu olamaz.³⁵

Bir somut olayda, “parasını almak amacıyla tornavidayla göğsüne vurarak yaraladığı” “darbeler sonucu öldüğü”, “maktulün ceplerini aradığı ve cebinde bulunan paraları alarak” biçiminde yağma suçunu oluşturan birden çok eyleme yer verilerek sanık hakkında iddianame düzenlenerek dava açılmıştır. Savunma ve yargılama da bu eylemlerle ilgili olarak yürütülüp hükümler kurulduğu halde, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nca, iddianamede gasp suçu ile ilgili dava açıldığı görüşü yerinde bulunmayarak, ilk derece mahkemesinin direnme hükmünün bozulmasına karar verilmiştir.³⁶

Bu karara karşı oy yazan Selçuk’un belirttiği gibi, iddianamenin, eylemleri açıklayan metin kısmına göre değil, iddianameyi düzenleyen Cumhuriyet savcısının iradesine göre öznel ölçütte yorumlayan görüşlere katılmak olanaksızdır.³⁷ Çünkü mahkeme, iddianamede tarihsel olay içinde kalan/yer alan ceza hukukuna aykırı düşen ve cezalandırılabilen tüm eylemleri yargılamak zorundadır.

Yargıtayımız başka bir kararında; “somut olayda 10.03.2006 tarihli iddianamenin anlatım kısmında sanığın üzerine atılı hakaret suçu açıklanırken trafik ekip otosunu yumrukladığının belirtilmiş olmasının mala zarar verme suçundan dava açıldığını göstermeyeceği” gerekçesiyle ilk derece mahkemesince “mala zarar verme” suçundan kurulan hükmün bozulmasına karar vermiştir.³⁸

Başka bir somut olayda ise, “geceleyin saat 21.30 sıralarında tavukları çalan şahsı tesbit etmek için müşterikilerin bekledikleri bu sırada; şüphelilerden (T)nin daha önce ele geçirdiği anahtar ile işyerini açarak birlikte hırsızlık yapmak için içeriye girdikleri, burada tavukları çalmak için almak istedikleri bir sırada müşterikleri hissetmeleri üzerine olay yerinden uzaklaştıkları” biçiminde açıklanan eylemler nedeniyle, Cumhuriyet savcısınca düzenlenen iddianamede, sanıkların yalnızca hırsızlık eyleminden dolayı TCK’nın 142/2, 143, 43/1, 37, 53/1, 58/1, 63. maddeleri uyarınca ceza-

³⁵ CGK, 14. 06. 2005, 38/63, CGK, 23. 11. 2004, 174/2002 (Şirin/Aşaner/Özcan/Yalvaç /Özdemir/Erel, s. 921-923).

³⁶ CGK, 13. 05. 1997, 1-76/114 (Selçuk, s. 145-153).

³⁷ Selçuk, s. 150-152.

³⁸ 9. CD, 23. 09. 2008, 11514/10226 (YKD, Ocak 2009, s. 1, c. 35, s. 176-177).

landırılmaları istenmiştir. İlk derece mahkemesince yapılan yargılama sonunda, sanıklar hakkında yalnızca hırsızlık suçundan hüküm kurulmuştur. Yargıtay ceza dairesince, iddianamedeki anlatıma göre; “*sanıklar hakkında geceleyin işyeri dokunulmazlığını bozma suçundan da kamu davası açıldığının anlaşılması karşısında; TCK’nın 116/2-4 ve 119/1-c maddeleri uyarınca zamanaşımı içinde hüküm kurulmasının olanaklı bulunduğu*” kabul edilerek bu durum bozma nedeni yapılmamıştır.³⁹ İddianamede açıklanan, ceza hukuku açısından cezalandırılabilir tüm eylemler hakkında, yargılama yapılarak hüküm kurulması gerektiği görüşünü benimseyen, bu kararın yerinde olduğu kanısındayız.

Yargıtayımız başka bir kararında ise, iddianamede nitelendirilmesi (tavsifi) yapılan suça bağlı kalınarak yargılamaya devamla karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu görüşe katılmak olanaksızdır. Çünkü davanın hukuki konusu ile hükmün konusu ayrı şeylerdir. Cumhuriyet savcısının iddianamede eylem(ler)i/ davranış(lar)ı nitelemesi, yani ceza hukuku karşısında bunlara koyduğu hukuksal tanı (teşhis), geçici nitelikte bir nitelemedir. Bu niteleme, daha doğrusu hukuksal tanı değişir. Çünkü mahkeme eylem(ler)i nitelemede özgürdür (CYK m. 225/2). Ceza yargılamasının konusu iddianamede açıklanan eylem ya da eylemlerdir. Hükmün maddi konusunu da yine iddianamede açıklanan eylem ya da eylemler oluşturur.

Ancak, mahkeme, iddia ve savunmaya bağlı kalmaksızın iddianamede açıklanan eylem ya da eylemleri Cumhuriyet savcısının hukuki nitelendirmesinden ayrı bir hukuki nitelendirme sonucu hükmün hukuki konusunu belirleyebilir.

Alman ceza yargılaması hukukunda da eylem (*die Tat=fiil*) en önemli kavramlardan biridir.

Eylem kavramı Alman Ceza Yargılama Kanunu’nda (§ 264 I ve §155 I StPO) bulunduğu gibi, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nda (Art. 103 III GG) ve ayrıca Alman Ceza Kanunu’nun birçok maddesinde (§ 52 ve § 53 StGB) de bulunmaktadır.⁴⁰

Alman Anayasası’nın 103. maddesinin 3. fıkrasında “*hiç kimse (...)*

³⁹ 6. CD, 31. 01. 2007, 2006/11720, 2007/737 (Yayımlanmamış karar).

⁴⁰ GG = Grundgesetz = Alman Anayasası
StPO = Strafprozessordnung = Alman Ceza Yargılama Yasası
StGB = Strafgesetzbuch = Alman Ceza Yasası

aynı eylemden dolayı birden fazla cezalandırılmaz” denilmektedir. Anayasadaki bu eylem kavramının, Alman Ceza Yargılama Kanunu’nun 264 ve 155. maddelerindeki eylem kavramlarıyla tamamen aynı olduğu açıkça anlaşılmaktadır.⁴¹

Diğer yandan Alman Ceza Kanunu’nun 52 ve 53. maddelerindeki eylem kavramları tamamen farklıdır. Alman ceza yargılaması hukukunda, Alman Ceza Yasası’nda geçen böyle bir ayırım kabul edilmemektedir.⁴²

Dolayısıyla Alman ceza yargılama hukukunun kendisine özgü bir eylem (Tat) kavramı anlayışı vardır.

Alman ceza yargılama hukukunda, uygulama ve öğretide baskın olarak tarihi görüş benimsenmektedir. Ceza yargılaması hukuku, “eylem” kavramını bir “tarihi (kronolojik) olay” olarak anlar.

İddianame ve soruşturmanın açılması kararında geçmişte yaşanan tarihi olay, eylem ya da eylemler açıklanır.⁴³

Ancak, “eylem” yalnızca iddianame ve soruşturmanın açılması kararında anlatılanlar değildir. Yaşamın olağan akışına göre, failin tüm davranışları iddianamede anlatılan tarihi olay ile ortak ya da birlikte olay olarak algılanabiliyorsa, ceza yargılaması hukuku bunu yine eylem kavramı olarak anlamaktadır.⁴⁴

Bu özelliğin her bir olay bakımından ayrı incelenmesi gerekmektedir. Burada gözetilmesi gereken ölçüt, eylemlerin arasında nesnel (objektif) bir bağlantı olmasıdır. Söz konusu olan eylemlerin, aynı zaman içerisinde yapılmış olması gerekli olmadığı gibi, yeterli de değildir.⁴⁵

⁴¹ BVerfG 45, 434 = NJW 1978, 414; 56, 22 = NJW 1981, 1433 BGH 32, 146, 150; Pfeiffer, Gerd, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Auflage, München 2007, § 264 Rn. 1; Ranft, Ottfried, Der Tatbegriff des Strafprozessrechts, In: JuS 2003, s. 417 (417 f.).

⁴² Kropil, Karl, Prozessualer Tatbegriff und Wahlfeststellung In: NJW 1988 Heft 19, s. 1188 (1189); RANFT, Der Tatbegriff des Strafprozessrechts, JuS 2003, 417 (418).

⁴³ BGH (AZ. : 2 StR 327/05), Urteil vom 23. Nov. 2005; OLG Köln, Beschluss vom 05. 10. 2004; AZ. : 8 Ss-OWi 25/04; STVG §§ 24a, 25, OWiG § 46; StPO 206 a; Pfeiffer, Strafprozessordnung, § 264, Rn. 2.

⁴⁴ BGHSt 13, 320 (321) = NJW 1960, 110; BGHSt 23, 141 (145) = NJW 1970, 255; BGHSt 35, 80 (81 f.)= NJW 1988, 837 sowie BVerfGE 45, 434 (435); 56, 22 (28) = NJW 1981, 1433; BGH, Urteil vom 17. 03. 1992 - 1 StR 5/92 (LG Hof).

⁴⁵ BGH NStZ - RR 2004, 141; Pfeiffer, Strafprozessordnung, § 264 Rn. 2.

Federal Alman Yargıtayı'nın Kararlarından⁴⁶ Tipik Örnek Olay

Sanık ve eşinin ortak bir evi bulunmaktadır. Evin zemin katında oğlu ile gelinleri bir lokanta işletirken, aynı zamanda evin üst katında oturmaktadırlar. 2003 yılının başında sanık maddi sıkıntılara girer. Yangın sigortasından para alabilmek için kendi evinin, kendisi veya bir üçüncü şahıs tarafından yakılmasına karar verir. Böylece sanık, sigortasını dolandırmaya karar verir.

Kundaklamadan önce sanık 9 Nisan 2003 tarihinde evin sigorta değerini 320000 Euro'dan 600000 Euro'ya yükselttirir. 10 Nisan 2003'e bağlayan gece, bina yangın sonucunda tamamen kül olur.

Savcılık, sanığın oğlu ve gelini ile mal sahibi olarak sanığın eşinin kundaklamaya onaylarını verip vermeme konusunda bir karara varmamıştır.

İddianamede sanığın yalnızca kasten yangın çıkarmış olabileceği (§ 306 I StGB: Brandlegung) belirtilmiştir.

Asliye ceza mahkemesi, aşağıda açıklanan nedenden dolayı sanığın beraatına karar vermiştir:

1. Mal sahibi ya da ortaklar kundaklamaya izin verirlerse, § 306 I StGB kasten yangın çıkarma suçundan cezalandırılmazlar. Yukarıda belirtildiği gibi, kundaklamayı mal sahiplerinin onaylayıp onaylamadıkları belli olmadığı için, sanık kasten yangın çıkarma suçundan sorumlu tutulmamıştır.

2. Sigortanın aleyhine dolandırıcılığa kalkışma eylemi (versuchter Betrug zum Nachteil der Gebäudeversicherung gemäß § 263 III StGB) iddianamede belirtilmediği için, bu suçtan dolayı sanığın cezalandırılması yönüne gidilmemiştir. Bunun üzerine savcı temyiz yoluna başvurur. Savcının başvurusu yerinde bulunur. Çünkü:

Kasten yangın çıkarma suçu ile bina sigortasının aleyhine dolandırıcılığa kalkışma suçu arasında yaşamın olağan akışına göre nesnel (objektif) bir bağlantı olduğu için, iki suç ortak olay olarak algılanır ve böylece ceza yargılamasında bu iki olay bir eylem olarak kabul edilir. Dolandırıcılık suçunun iddianamede belirlenmemiş olması, bir eksiklik sayılamaz. Böylece, dolandırıcılık eylemi açıkça iddianamede yer

⁴⁶ BGH (AZ.: 2 StR 327/05), Urteil vom 23 Nov. 2005.

almamasına karşın dolandırıcılık suçundan hüküm kurmak olanaklıdır.

Sonuç: Alman Ceza Yargılama Kanunu'na (§ 264 StPO) göre, hüküm yalnızca iddianamede gösterilen/belirtilen eylemle ilgili olarak kurulur. Ama yukarıda gösterildiği gibi, istisnaları da göz önünde bulundurmak gerekir. Yani iddianamede belirlenen eylem ile iddianamede belirlenmeyen, sonradan ortaya çıkan eylem arasında nesnel (objektif) bir bağlantı söz konusu ise, bu eylem ile ilgili olarak da hüküm kurmak olanaklıdır.

VI. Ceza Yargılamasının Konusu

Ceza yargılamasının konusu deyince, bir ceza davası açıldığı zaman, bu dava ile ilgili olarak mahkemeden ne istendiği, hangi kişi(ler) ya da olay(lar) yargılamaya konu olacak ve hükmün konusunu oluşturacak, bunlar akla gelmektedir. Bu nedenle, ceza yargılamasının konusu bir ceza uyumsuzluğudur.

Ceza yargılamasında, mahkeme, ancak bir ceza davası açıldığında, bu dava yoluyla önüne getirilmiş ceza uyumsuzluğu konusunda yargılama yaparak karar verebilir (CYK m. 225).

Davasız yargılama yapılamaması başka bir söyleyişle “*davasız yargı olmaz*” ilkesi, mahkemenin açılmamış bir davaya bakmasını yasaklamaktadır.

Davasız yargılama yapılamaması ilkesinin iki ögesi (unsuru) bulunmaktadır. Bunlar kişi ve eylem ögeleridir.

Ceza yargılamasında, Cumhuriyet savcısı suç işlediği şüphesi ile hangi kişi hakkında ceza davası açmış ise, o kişi hakkında yargılama yapılarak karar verilebilir. Şüpheli ya da sanık sıfatıyla dava açılmamış kişi hakkında yargılama yapılamaz ve karar verilemez.

Davasız yargılama yapılamaz ilkesinin ikinci ögesi ise “*eylem*” ile ilgilidir. Söz konusu ilke gereği, Cumhuriyet savcısının kamu davasını açmak için düzenlediği, suçlama belgesinde (iddianamede), açıklanan eylem ya da eylemler ile ilgili olaylar yargılamanın konusunu oluşturur ve bu maddi olaylar hakkında son karar (hüküm) verilebilir.

Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen ceza davasında, iddianamede açıklanmayan eylem ya da eylemler, ceza yargılamasının ko-

nusu yapılamayacağı gibi, bu eylem ya da eylemler hakkında karar da verilemez.

Ceza yargılamasının konusu bir ceza uyuşmazlığıdır demiştik. Bu açıklamalardan sonra ceza yargılamasının konusunu oluşturan ceza uyuşmazlığının da kişi ve eylem olmak üzere iki öğeden oluştuğunu söyleyebiliriz.⁴⁷ Öyle ise ceza yargılamasının konusu da kişi ve eylem olmak üzere iki öğeden oluşur.

İddianamede açıklanan dış dünyaya yansımış maddi olayın bütünü içinde yer alan cezalandırılabilir eylem(ler), davranış(lar) ceza yargılamasının nesnel (objektif) öğesini oluşturmaktadır.

Suçü işlediği konusunda yeterli şüphe bulunması nedeniyle Cumhuriyet savcısının düzenlediği iddianamede, "şüpheli" olarak gösterilen kişi ise ceza yargılama konusunun öznel (sübjektif) öğesini oluşturur.⁴⁸

Ceza yargılaması hukukunda her uyuşmazlık için ayrı bir yargılama yapılması temel ilkedir⁴⁹. Her eylem için ayrı bir soruşturma ve yargılama yapılarak ayrı bir karar verilecektir. Temel ilke bu olmakla birlikte birden çok ceza yargılaması/uyuşmazlık konusunun (kişi ya da eylem yönünden) bağlantıya ilişkin yasa kuralları uyarınca, bir ceza yargılaması konusu yapılarak sonuçlandırılması olanaklıdır (CYK m. 8-11).⁵⁰

Ceza yargılamasının konusunu oluşturan nesnel (maddi olay-eylem) ve öznel (şüpheli ya da sanık-kişi) öğesinin aynı kalması kuraldır. Ceza yargılaması konusunun öznel öğesini oluşturan, iddianame ile hakkında ceza davası açılan kişi değişmemelidir.

Yargılama sırasında, kovuşturma evresinde hakkında ceza davası açılan kişinin değil, tanıklardan birinin suçü işlediği ortaya çıkabilir. Bu kişinin yargılanabilmesi için, hakkında iddianame ile yeni bir dava açılması gerekir.⁵¹ Uygulamada buna ek iddianame adı verilmektedir.

⁴⁷ Yurtcan, s. 196, 197.

⁴⁸ Tosun, c. II, *Muhakemenin Yürüyüşü*, s. 31-34; Centel/Zafer, s. 529.

⁴⁹ Yurtcan, s. 208.

⁵⁰ Centel/Zafer, s. 529.

⁵¹ Kühne, § 36, Rn. 346; Centel/Zafer, s. 529, 530.

VII. Ceza Yargılaması Konusunu (Yargılanacak Uyuşmazlığı) Belirlemenin Önemi

Yargılama maddi gerçeği ortaya çıkarmak için yapılmaktadır. Hüküm (son karar) verildiğinde, mahkeme maddi gerçeği saptamış olmaktadır. Hükümün (son kararın) yanlış olması olasılığı göz önünde tutularak bu karara karşı bazı hukuksal çarelere başvurmak da kabul edilmiştir. Bu çareler temyiz, istinaf gibi yasal yollarıdır. Bu hukuksal çarelere de başvurulup artık hiçbir yasal yolu kalmadığında son karar kesin hüküm (yargı) halini almaktadır. Bir uyuşmazlık için yargılama yapılır ve karar da kesin hüküm (yargı) halini alırsa, artık bu uyuşmazlık için kural olarak, yargılama yapılması kabul edilmemektedir, dava da açılmamaktadır (CYK m. 223/7). Bu sonuç, yargılama birliği ilkesinin bir görünüşüdür.⁵² Türkiye’de yargı yetkisi ulus adına bağımsız mahkemelerce kullanılmaktadır (Any. m. 9). Bu nedenle Türk yargılama organı adına bir mahkemece verilen kesin hüküm (yargı) bütün mahkemeler/yargıçlar için bağlayıcı olmaktadır.

Bir ceza yargılamasının, bir kesin hüküm (yargı) ile sona ermesinin özelliklerinden biri de, kesin hükmün (yargının) otoritesinin korunması ve değerliliğidir.⁵³ Bu da kesin hükmün (yargının) yerine getirilebilmesi ve göz önünde tutulabilmesi sonucu aynı suçtan dolayı aynı sanık aleyhine tekrar ceza davası açılmamasıdır (CYK m. 223/7).

Bir kimse hakkında aynı eylemden (fiilden) dolayı açılmış bir dava varsa yeni bir dava açılmaz. Yine bir kimse hakkında bir eylemden dolayı yapılan yargılama sonunda verilmiş kesin hüküm (yargı) bulunuyorsa, aynı eylemden dolayı ikinci defa yargılama yapılamaz. Bir kimse hakkında aynı eylemden dolayı bir kez yargılama yapılabilir⁵⁴.

Bu tekrar yargılamama ilkesi Latince “*ne (non) bis in idem*” olarak adlandırılmaktadır. Yargılama hukukunun temel ilkelerinden olan bu ilkeye, Türk Ceza Yargılama Kanunu’nda 1973 yılında yapılan değişiklikle yer verilmiştir. Bu ilke yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Ceza Yargılama Kanunu’nun 253. maddesinin 3. fıkrasında “*Aynı konuda,*

⁵² Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, c. I, Genel Kısım, Dördüncü Bası, İstanbul 1984, s. 233.

⁵³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, n. 5. 28, s. 125.

⁵⁴ Centel/Zafer, s. 530; Özbek, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s. 88; Hakeri/Yener, s. 295.

aynı sanık için evvelce verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava var ise davanın reddine karar verilir” biçiminde düzenlenmiştir.

5271 sayılı Ceza Yargılama Kanunu’nun 223. maddesinin 7. fıkrası bunu “Aynı fül nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir” diye ifade etmiştir.

Ne bis in idem ilkesine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 7 numaralı ek protokolünde de yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 7 numaralı protokolün 4. maddesine göre, “Hiç kimse, bir devletin yasaları veya ceza yargılaması uyarınca daha önce kesin olarak beraat ettiği (aklandığı) ya da hüküm giydiği (mahkum olduğu) aynı eylemden ötürü aynı devletin ceza mahkemeleri tarafından yeniden yargılanamaz ve cezalandırılmaz”.⁵⁵ Protokol ile aynı devlet içinde iki kez aynı eylemden dolayı ceza yargılaması yapılamayacağı öngörülmektedir.⁵⁶ Ayrıca ek protokolde yargılamanın yenilenmesini gerektiren hallerde bu ilkenin davanın yeniden açılmasını engellemeyeceği de belirtilmiştir (m. 4/2).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ilkenin iç hukuktaki etkisini düzenlemektedir. Bu ilke, yalnızca aynı devlet içinde aynı olaylardan dolayı iki kez cezalandırmama konusundadır. İki kez yargılanmama hakkı, bu ilke uyarınca ulusal düzeyde tanınmış bir haktır. Sözleşmeye taraf devletler, iki ya da daha fazla devlet mahkemeleri tarafından verilen hükümler arasında bu ilkeyi uygulamayı öngörmemişlerdir.⁵⁷

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. maddesine dayanılarak dahi⁵⁸ bu kuraldan ayrılanamayacağını, yalnızca yeni ya da sonradan öğrenilen olaylar ve verilmiş karara etki edecek derecede önemli yar-

⁵⁵ Bu Protokol, 24 Kasım 1984 tarihinde imzalanmış ve 1 Kasım 1988’de yürürlüğe girmiştir. Protokol’ü Türkiye 14 Mart 1985 tarihinde imzalamış ancak onaylanmamıştır.

⁵⁶ Centel/Zafer, s. 532; Özbek, s. 89.

⁵⁷ İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2005, s. 338.

⁵⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. maddesi, savaş veya milletin varlığını tehdit eden diğer genel bir tehlike halinde durumun gerektirdiği ölçüde ve devletler hukukunun doğan diğer yükümlülüklerle çatışması kaydı ile, sözleşmenin öngördüğü yükümlülüklere aykırı tedbirler alınmasını mümkün kılmaktadır. *Ne bis in dem* ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararı için bkz. S v Al-manya (1983); X v Avusturya (1970).

gılama hukuku hataları ile yargılamanın yenilenebileceğini kabul etmiştir (m. 4).

Tekrar yargılamama (ne bis in idem) ilkesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme'nin 14/7. maddesinde, *"hiç kimse, bir ülkenin yasalarına ve ceza usulüne göre daha önce kesin olarak mahkum olmuş ya da beraat etmişse, aynı fül için yeniden yargılanamaz ve cezalandırılmaz"* şeklinde düzenlenmiştir.⁵⁹

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 50. maddesi hükümlerinde *"hiç kimse daha önce kanuna dayalı olarak yapılan bir ceza yargılaması sonucunda beraat ettiği ya da cezalandırıldığı bir fülden dolayı tekrar yargılanamaz ya da cezalandırılmaz"* şeklinde ifade edilen *"ne bis in idem"* ilkesine yer verilmiştir.⁶⁰

Bu ilkeyi içeren en önemli sözleşme, Ceza Yargılarının Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'dir (m. 53).⁶¹

Bu sözleşmenin 53. maddesine göre;

Bir Avrupa ceza yargısına konu olan kişi,

- beraat etmişse, yahut

- hakkında bir yaptırıma (müeyyideye) hükmolunup da,

- bu yaptırım (müeyyide) tamamen yerine getirilmişse ya da yerine getirilmekte ise,

- Yaptırımın (Müeyyidenin) tamamı veya yerine getirilmemiş kısmı genel veya özel affa uğramışsa,

- bu yaptırım (müeyyide) zamanaşımı dolayısı ile yerine getirilemiyorsa,

Mahkeme suçluluğu tespit edip yaptırımı (müeyyideyi) belirlemişse, aynı eylemden dolayı diğer bir sözleşen devlette kovuşturulamaz, mahkum edilemez veya hakkındaki yaptırım (müeyyide) yerine getirilemez (m. 53/1).

⁵⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, n. 5. 28, s. 126

⁶⁰ Tezcan, Durmuş, *Topluluğun Mali Çıkarlarının Cezai Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında Yeşil Kitap*, İzmir 2003, s. 62

⁶¹ RG 13. 3. 1977 No. 15877, onay tarihi 19. 9. 1977 RG 14. 12. 1977 No. 16139 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Centel/Zafer, s. 531; Özbek, s. 89

Bununla beraber, sözleşen devletler, yargıya yol açan eylem bu devletlerde kamusal nitelikte bir kişiye, bir kuruma veya bir şeye karşı işlenmişse yahut yargıya konu olan kişi bu devletlerde kamusal nitelik taşımakta ise, kendileri kovuşturma istemiş olmadıkça, “*ne bis in idem*” sonucunu kabul etmek zorunda değillerdir (m. 53/2).⁶²

Ayrıca ülkesinde eylem işlenen yahut kendi yasasına göre işlendiğini kabul eden devlet de, kendisi kovuşturma istemiş olmadıkça “*ne bis in idem*” sonucunu kabul etmek zorunda değildir (m. 53/4).

Onaylanan sözleşmeler iç hukukun parçası haline geldikleri için, sözleşmeye taraf olan ülkeler, sorunu sözleşme hükümlerine göre çözerler. Sözleşme bulunmayan hallerde ise sorun iç hukuk kuralları doğrultusunda çözülür (TCY m. 8-13).⁶³

Ceza yargılaması konusunu oluşturan bir eylem/olay hakkında kesin hüküm verilmiş olması durumunda, aynı eylem/olay hakkında yeniden dava açılmaz ve yargılama yapılamaz. Bir ceza davası sonucunda iki şekilde kesin hükme (yargıya) varılabilir.⁶⁴ Birincisi, hükme karşı yasayoluna gidilemeyecekse, “*biçimsel kesinleşme yoluyla*” kesin hükme ulaşılmış olur. İkincisi ise, hükümle maddi hukuka ilişkin hukuki sonuçlar, geleceğe yönelik olarak saptanmış ya da reddedilmişse, “*maddi kesinleşme yoluyla*” kesin hükme varılmış olur.

Örneğin ceza yargılamasında verilen durma kararları, bir uyuşmazlığın hukuki sonuçlarını geleceğe yönelik olarak çözümlemediği için kesin hüküm olarak değerlendirilemez.⁶⁵ Maddi anlamda kesin hüküm için, biçimsel kesinleşme daima zorunludur.⁶⁶

Ceza yargılaması konusu olan bir uyuşmazlık hakkında kesin hüküm (yargı) bulunduğunu kabul etmek için, “*eylemin aynı*”, “*kişinin (sanığın) aynı*”, “*konunun (davanın) aynı*” olması gerekir.⁶⁷ Yüce Yargıt-

⁶² Özbek, s. 89

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz; Yenisey, Feridun, *Milletlerarası Ceza Hukuku, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuat*, İstanbul 1988, s. 210-251.

⁶⁴ Centel/Zafer, s. 532.

⁶⁵ Aynı düşünce için bkz. Centel/Zafer, s. 532, 533.

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm*, İstanbul 1987, s. 27.

⁶⁷ Tosun, *Suç Muhakemesi Hukuku*, c. I, Genel Kısım, s. 233; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 5. 28, s. 126.

yımız da kesin hükmün söz konusu olabilmesi için kişinin ve eylemin aynı olması gerektiğini kararlarında açıkça vurgulamıştır.⁶⁸

Yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Ceza Yargılama Kanunu'nun 253/3. maddesinde eylemin (fiilin) aynı olması açıkça belirtilmemiştir. Ancak, yürürlükten kaldırılan yasadaki "*aynı konu*" terimi ile eylemin aynı olmasının amaçlandığı (kastedildiği) öğretide kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁶⁹

Eylem, uyumsuzluk konusu olan olaydır. Eylemin aynı olması, insan davranışı olan olayın aynı olmasıdır. Eylemin hukuksal nitelendirilmesi değildir. Örneğin "*önceden hırsızlık eyleminden dolayı dava açılması ve kesin hüküm verilmesi durumunda, sonra yağma eyleminden dolayı dava açıyorum*" denilemez. Burada kesin hükümle eylem saptanmıştır. Mahkeme, önüne getirilmiş eylemi her bakımdan incelemiş ve ona bir hukuksal tanı koymuştur. Bu demektir ki bütün öteki hukuki nitelendirmelere uymadığını kabul etmiştir. Bu nedenle aynı eylemin bir başka şekilde nitelendirilmesi ile dava açılmaz. Kesin hükmün ilişkili olduğu eylem dışında kalan başka bir eylem için yargılama yapılabileceği ve dava açılacağı doğaldır.⁷⁰

Eylemin aynılığı, iddianame ile bağlantılıdır. İddianamede sınırı çizilen eylem esas alınır. Eylemin nitelendirilmesi değişse de, iddianamede belirtilen olaylar ile bunların içinde olan suçun maddi unsuru, ikinci bir dava konusu yapılamaz⁷¹.

Sanığın aynı olmasından amaç, aynı kişi için aynı eylemden dolayı dava açılmaz. Bu demektir ki aynı eylemden dolayı bir kişi hakkında kesin hüküm (yargı) varsa (örneğin beraat veya mahkumiyet) yeniden dava açılmaz. Ancak aynı eylemden bir kişi beraat etse ya da mahkum olsa, bu kişi hakkındaki kesin hüküm (yargı) başka birisi için (örneğin suç ortağı için) dava açılmasını engellemez.⁷²

⁶⁸ Bkz. CGK, 02. 06. 2006, 98/324 (Yaşar, c. II, s. 2021, 2022); CGK, 27. 02. 1978, 10/67 (Yaşar, c. II, s. 2025).

⁶⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, n. 5. 28, s. 126; Tosun, *Suç Muhakemesi*, c. I, Genel Kısım, s. 233.

⁷⁰ Tosun, *Suç Muhakemesi*, c. I, Genel Kısım, s. 234

⁷¹ Cihan, Erol/Yenisey, Feridun, "Ne Bis İn İdem İlkesi", *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul 2004, s. 220 (s. 219-224); Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, n. 5. 528, dip not 157, s. 126, 127

⁷² Tosun, *Suç Muhakemesi*, c. I, Genel Kısım, s. 234

Konunun (açılan davanın) aynı olması demek, önceki davanın ceza davası olması demektir. Başka bir söyleyişle konunun aynı olması demek, iki davanın da ceza davası olması demektir. Biri ceza davası diğeri tazminat davası ise, konular aynı demek değildir. Bir ceza davası sonucu kesin hükme (yargıya) varılmış ise, aynı uyuşmazlık için bir başka ceza davası açılmaz. Ama hukuk davası açılabilir. Örneğin, dolandırıcılıktan ceza davası açılmış, sanık beraat etmiş ve bu kesin hüküm (yargı) halini almıştır. Aynı sanık hakkında hukuk mahkemesinde tazminat davası açılabilir. Kesin hüküm (yargı) ceza davasına engeldir. Ceza davasının, kamusal dava ya da şahsi dava olması değişiklik yaratmaz; “Önceden resen kovuşturularak bu suç hakkında dava açılmıştı; bu defa şahsi dava açıyorum” da denilemez; çünkü her iki durumda da ceza davası söz konusudur.⁷³ Ceza davasından biri adli yargıda, diğeri adli yargı dışındaki mahkemede görülse dahi konular aynıdır.⁷⁴ Örneğin askeri mahkemeden verilmiş aynı eylem nedeniyle kesin hüküm (yargı) varken, adli yargıda aynı eylemden dolayı tekrar yargılama yapılamaz ve karar verilemez.

Bir eylemden ceza davası açılmış ise, aynı kişi ve eylem için bir ceza davası daha açılması kabul edilemez. Bu da yargılama birliği ilkesinin bir sonucudur. Uyuşmazlık bir mahkemenin önündedir. Bu mahkeme/yargıç yargılama organı adına yargılama yapmaktadır. Başka bir mahkemenin/yargıcın da bu organ adına görevlendirilmesi gereği yoktur. Bu gereksiz olduğu gibi, aynı zamanda sakıncalıdır.⁷⁵ İki mahkemenin aynı eylemle ilgili davaya bakması ekonomik olmayan bir davranış olur. Daha önemlisi de, birden fazla mahkeme/yargıç aynı kişinin aynı eylemi bakımından farklı kararlara varabilirler. Bu nedenle, bir eylem hakkında ceza davası açılmış ise, başka bir dava açılmamalıdır; açıldığında da reddedilmelidir (CYK m. 223/7).

Yüce Yargıtayımız da bir kimse hakkında bir eylemden dolayı bir ceza davası açıldıktan sonra, aynı eylemden dolayı aynı kişi hakkında ceza davası açılmayacağını kararında açıkça belirtmiştir. Birinci dava ile yargılama sürerken ikinci defa açılan davanın reddine karar verilmesi gerektiği kararda açıklanmıştır.⁷⁶

⁷³ Tosun, *Suç Muhakemesi*, c. I, Genel Kısım, s. 233

⁷⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, n. 5. 28, s. 127

⁷⁵ Tosun, *Suç Muhakemesi*, c. I, Genel Kısım, s. 234

⁷⁶ CGK, 08. 10. 2002, 10-199/347: “Ceza yargılaması yapılabilmesi için bir takım “ol-

Yargıtayımız başka bir kararında da “Sanık hakkında ruhsatsız fırın işletmesi nedeniyle yapılan mühürlenme ve mühür bozma eylemlerinin Pendik 1. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2003/241 esas ve 2003/280 karar no.lu dosyalı ile aynı olduğu ve tek eylem bulunduğu halde birden fazla kamu davası açıldığı anlaşıldığından 27.2.2003 tarihinde sonradan açılan ikinci davanın 5271 sayılı CMK’nın 223/7. maddesi uyarınca reddine karar verilmesi zorunluluğu, bozmayı gerektirmiştir” demektedir...⁷⁷

Yargıtay başka bir kararında ise, aynı eylem içerdiğinin belirlenmesi durumunda her iki davanın birleştirilerek görülmesi, olmadığı takdirde kesin hükmün (yargının) gözetilmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁷⁸

mazsa olmaz” (*sine qua non*) koşullar aranır. Koşulun bulunmaması yargılamaya engel olur.

Bu koşullardan biri yargı bulunmaması koşuludur. Bir ceza yargılamasının bir yargı ile sona ermesinin otorite diye adlandırılan özelliklerinden biri yargının değerliliğidir. Bu da yargının yerine getirilmesi ve göz önünde tutulabilmesidir. Göz önünde tutma, amacı gerçekleştirme olmayıp, sonuçlar çıkarmadır. Bu sonuçların bir çeşidi de aynı suçtan dolayı aynı sanık aleyhine tekrar ceza davası açılmamasıdır. Yargının değerlilik otoritesinin bir çeşidi olarak “*Ne bis in idem*” diye ifade edilen bu kural yargılama hukukunun ana ilkelerindedir. Kanunlarda açıkça yazılı olmadan da yaşayan hukuk normu olarak uygulanan ve doktrinde de kabul olunan bu ilke 1973 yılında yasamıza girmişti. 253. madde bunu “aynı konuda aynı sanık için evvelce verilmiş bir hüküm varsa” diye ifade etmiş ve bu durumda son soruşturmada davanın reddi kararı verileceğini belirtmiştir.

Ceza yargılamasının bir diğer koşulu da aynı davaya bakılmakta olmaması koşuludur. Buna göre, bir eylemden dolayı bir kimse aleyhine bir ceza davası açıldıktan sonra o davanın yargılaması sona ermeden, aynı eylemden dolayı aynı kişi hakkında ikinci bir ceza davası açılmaz. Bu nedenle, “aynı davaya bakılmakta olması” ikinci veya daha fazla defa davanın açılmasına ve yargılamanın tekrarına engeldir. Bu koşul CYUK’nın 253. maddesinde “aynı konuda aynı sanık hakkında açılmış bir dava var ise” denilerek ifade edilmiş, bu halde davanın reddine karar verileceği belirtilmiştir.

İnceleme konusu olayda ise, İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesince açılan, sanıkları ve eylemleri aynı olan kamu davasına ait dosya Yerel Mahkemeye getirilerek incelenmemiş, davalardan hangisinin önce açıldığı ve aşama ile sonucu belirlenmemiş, dolayısıyla yargılamaya koşulunun olayda gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmamıştır. ” (Yaşar, c. II, s. 2012, 2013)

⁷⁷ 4. CD, 21. 02. 2006, 3855/3776 (Yaşar, c. II, s. 2042).

⁷⁸ 4. CD, 11. 12. 2007, 9580/10622 (Yaşar, s. 2037): “... bozma sonrasında sanık ve müdafii tarafından dosyaya ibraz edilen İzmir 19. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2004/1121 E, 2005/735 K. Sayılı dosyasına ait karar örneği ile sanık ve arkadaşları hakkında bu dosyada iddia olunan eylem ve müteakip eylemler nedeniyle yapılan yargılama sonucu sanık hakkında beraat kararı verildiği ve hüküm tarihinde temyiz incelemesinde bulunduğu anlaşılmakta, anılan dosyanın Yargıtay denetimine olanak sağlayacak biçimde incelenip aynı eylemi içerdiğinin kesin olarak belirlenmesi halinde olanaklı bulunduğu takdirde her iki davanın birleştirilerek görül-

Açılmış dava bulunması, yeniden dava açılmasını önler derken, gerek asıl ceza davası, gerekse tali ceza davası bunun içine girmektedir. Böylece, bir sanık hakkında adam öldürme suçundan bir ceza davası açılmış ise, aynı kişi için aynı eylem nedeni ile başka dava açılmaz; burada asıl ceza davasında bu kural uygulanmaktadır. Bunun gibi, bir sanığın tutuklanması istenmiş ise, aynı kişinin bir daha aynı nedenle tutuklanması istenemez; açılmış bir dava vardır. Burada tali ceza davasında bu kural uygulanmaktadır. Örneğin Cumhuriyet savcısı 1. sulh ceza yargıcından sanığın tutuklanmasını istemiş ve yargıç bu isteği reddetmiş ise, hâlâ sanığın tutuklanması düşüncesinde ise, bu defa 2. Sulh ceza yargıcından tutuklama kararı isteyemez; çünkü 1. sulh ceza yargıcı isteğini reddedince onu beğenmeyen, bu ret kararına karşı itiraz yasayoluna başvurur. Böylece yargılama açılmış iken devam etmelidir; açılmış dava vardır. Bu dava 2. sulh ceza yargıcından aynı kişi için aynı eylemden tali de olsa, bir yeni dava açılması kabul edilmez.⁷⁹

"*Ne bis in idem*" ilkesi, yalnızca mahkeme tarafından uyuşmazlığın çözümlendiği durumlarda söz konusu olabilir.⁸⁰ Soruşturmanın kovuşturmaya yer olmadığı kararıyla sonuçlanması halinde, bu karar uyuşmazlığı çözen yargısal bir karar olmadığı için, kesin hüküm etkisi doğurmaz. Yeni deliller ortaya çıktığında, tekrar soruşturma başlatılabilir.⁸¹

Ne bis in idem ilkesi yalnızca genel ceza yasalarında yer alan bir suçtan dolayı birden fazla ceza davası açılmayacağını ifade eder. Örneğin, bir eylemin hem ceza ve hem de disiplin hükümlerine göre suç sayılması, bu ilkenin öngördüğü yasak içinde değerlendirilmez. Hakında ceza davası açılmış ve beraat etmiş olan kişi, disiplin hukuku çerçevesinde soruşturulabilir ve disiplin cezasına mahkum edilebilir. Bu eylem (fiil), haksız eylem (fiil) oluşturması nedeniyle, tazminat da-

mesi, olmadığı taktirde kesin hükmün sonuçlarının gözetilmesi gerekirken, sonradan açılan bu dava nedeniyle 19. Asliye Ceza Mahkemesi'nin bu eylem bakımından beraat ya da mahkumiyet kararı vermeye hak ve yetkisi bulunmadığı biçimindeki yasal olmayan gerekçeye dayanılarak eksik soruşturma ile karar verilmesi".

⁷⁹ Tosun, *Suç Muhakemesi*, c. I, Genel Kısım, s. 235.

⁸⁰ Hakeri/Ünver, s. 295.

⁸¹ 5271 sayılı CYK'nın 172/2. maddesine göre "kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz".

vasına da konu yapılabilir. Bu halde, yargı otoritesinin yalnızca olay belirlemesi dediğimiz maddi olay bakımından düşünülmesi olanaklı olabilir.⁸²

Uyuşmazlık konusunda kişi, olay ya da uyuşmazlığın konusu değiştiğinde, artık birden çok yargılama yasağından, başka bir anlatımla kesin hükümden söz etmek olanaklı değildir.

Yüce Yargıtay da hırsızlık suçundan açılan ve beraatla sonuçlanan davada, sonradan aynı kişi hakkında Orman Yasası'na aykırı davranmak suçundan açılan davada konular ayrı (farklı) olduğu için önceki beraat kararının kesin hüküm oluşturmayacağına karar vermiştir.⁸³

Yargıtay başka bir kararında ise, "Suçun oluşmadığına ilişkin olarak gerçek kişi hakkında verilen beraat kararının, sorumlu tüzel kişi hakkında açılacak davada da kesin hüküm" oluşturacağını açıkça belirtmiştir.⁸⁴

Ne bis in idem ilkesi, yargılamanın yenilenmesini gerektiren hallerde davanın yeniden açılmasını engellemez.

İddianame, olaylar arasında hukuki bir kesinti meydana getirir ve iddianameden sonra devam eden olaylar artık başka bir ceza yargılama konusunu oluşturur. Bu nedenle, devam eden hareketler, kesin hükme dahil sayılmaz; bunlar, yeni bir yargılamanın konusu yapılabilir. Hukuki kesintiden sonraki eylemler (fiiller), kendi aralarında zincirleme suç (TCK m. 43) kapsamında değerlendirilebilir.⁸⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da iddianame ile dava açıldıktan sonra hukuki kesinti olacağından, devam eden eylemler ayrı bir suç oluşturacağı için, önceki ve sonraki davaların ayrı eylem sayılacağını kararında açıkça belirtmiştir.⁸⁶

⁸² Centel/Zafer, s. 533.

⁸³ CGK, 16. 6. 1998, 3-171/229 (Yaşar, c. II, s. 2013, 2014).

⁸⁴ CGK, 03. 02. 1998, 7-359/6 (Yaşar, c. II, s. 2014, 2015.)

⁸⁵ Centel/Zafer, s. 535.

⁸⁶ CGK, 11. 03. 2003, 8-325/28: "sanık hakkında 23. 9. 1999 gün ve 113 sayılı iddianame ile 320 no.lu mera parselinin 2700 m² lik kısmına tecavüz ettiği iddiasıyla kamu davası açıldığı, sanığın hakkında dava açıldıktan sonra tecavüz ettiği 2700 m² lik alanın 1300 m² lik kısmında tecavüzünü sona erdirerek 1400 m² lik alanda tecavüzünü sürdürdüğü ve bu eylem nedeniyle 18. 10. 1999 gün ve 197 sayılı iddianame ile hakkında ikinci kamu davasının açıldığı, her iki davanın birleştirilerek, sanığın iki kez meraya tecavüz suçundan cezalandırılmasına karar verildiği, hakkında 18. 10. 1999 tarihinde açılan davadan sonra da sanığın, suça konu 1400 m² lik

Anayasamızda, “*ne bis in idem*” ilkesine açıkça yer verilmemiştir.⁸⁷

Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası’nda “*ne bis in idem*” ilkesi düzenlenmiştir.⁸⁸

Alman Ana Kanunu’nun 103. maddesinin 3. fıkrasına göre, “*Hiç kimse, genel ceza yasalarına göre, aynı eylemden dolayı, birden fazla cezalandırılmaz.*”⁸⁹

VIII. Eylemin (Fiilin) Değerlendirilmesinde Mahkemenin Yetkisi

Ceza Yargılama Kanunu’nun 225. maddesinin ikinci fıkrası ile ilgili olan “*suçun değerlendirilmesinde mahkemenin yetkisi*” başlığı, söz konusu fıkra içeriği ile örtüşmemektedir. Doğrusu, ikinci fıkradaki düzenlemede olduğu gibi “*eylemin değerlendirilmesinde mahkemenin yetkisi*” biçiminde olmalıydı.

Mahkeme, iddianamede gösterilen fail ya da failer hakkında ve o failin ya da failerin yine iddianamede gösterilen eylem ya da eylemleri hakkında yargılama yapabilir ve hüküm (sonkarar) verebilir.

Mahkemeyi bağlayan, sınır “*davasız yargılama olmaz*” ilkesinin sınırır.

Mahkeme, kimin hakkında dava açılmışsa (sanık ya da hangi eylemden dolayı dava açılmışsa) o konuyla sınırlı olarak karar verir. Bu nedenle, kamu davasının konusu ile hükmün konusu, maddi olay (eylem) bakımından aynıdır.

alanı terk etmeyerek kullanmak suretiyle tecavüzünü sürdürdüğü iddiası ile 7. 3. 2000 gün ve 25 sayılı iddianame ile yargılamaya konu olan bu davanın açıldığı, 18. 10. 1999 tarihinde açılan davadan sonra da suça konu taşınmazı terk etmeyip tasarrufunu sürdürdüğü, iddianame düzenlenmesiyle hukuki kesinti husule geldikten sonraki zapt ve tasarruf eylemlerinin ayrı bir suçu oluşturduğu, önceki davaların konusu ile bu davanın konusunun farklı eylemleri içerdiği dolayısıyla olayda davanın reddi koşullarının bulunmadığı, (...) anlaşılmaktadır. ” (Yaşar, c. II, s. 2010, 2011).

⁸⁷ Centel/Zafer, s. 532.

⁸⁸ Volk, Klaus. , Grundkurs StPO, 5. Auflage, München 2006, § 32, Rn 6, s. 284, 285; Kühne, § 38, Rn 639, s. 335.

⁸⁹ Bkz. Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) madde (Artikel) 103/3 : “Nimand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden. ”.

Ceza Yargılama Kanunu'nun 225. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, yargılama makamı olan mahkeme, iddianamede açıklanan eylem(ler) in/ davranış(lar)ın nitelendirilmesinde, iddia ve savunmalara bağlı değildir. Mahkeme, iddianamede açıklanan eylem(ler)i nitelemede, yani ceza hukuku karşısında bunlara koyacağı hukuksal tanıda özgürdür. İddia ve savunmanın iddianamede açıklanan eylem(ler)le ilgili nitelemesi/hukuksal tanısı mahkemeyi bağlamaz. Bu "*maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin*" bir sonucudur.⁹⁰

İddianamede gösterilen eylemin hukuki değerlendirilmesi/ nitelendirilmesi yapılırken, suçun hukuki niteliğinin değişmesi durumunda, sanığa bu konuda ek savunma hakkı verilir (CYK m. 226/1-3).⁹¹ Örneğin iddianamede eylem hırsızlık olarak nitelendirildiği halde, mahkeme yağma kabul edebilir.

Yüce Yargıtay, "*sanık hakkında geceleyin konut dokunulmazlığını bozmaya eksik kalkışma suçundan cezalandırılması için kamu davası açıldığı halde, sanığa ek savunma hakkı verilmeden tamamlanmış eylemden*" ceza verilmesini yasaya aykırı bularak ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir.⁹²

Nitelik değişikliği sanığın yararına da olsa, sanığa ek savunma hakkının verilmesi gerekir.⁹³

Mahkeme, ek savunma verdikten sonra değişen suçtan hüküm kurmakla yetinmeli, iddianamede nitelendirilen suçtan ayrıca hüküm kurmamalıdır. Yüce Yargıtay, sanığın eylemi görevliyi yaralama olarak kabul edilerek hükümlülük kararı verilmesine karşın, aynı eylemin görevliye direnme niteliğinden beraatına karar verilmesini yasaya aykırı bularak verilen hükmü bozmuştur.⁹⁴

⁹⁰ Özbek, Veli Özer, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı*, Ankara 2005, s. 677; Çolak, Haluk/Taşkın, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 1013.

⁹¹ Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara 2007, s. 735, 736.

⁹² 2. CD, 21. 02. 2007, 2006/7844, 2007/2461 (yayımlanmamış karar).

⁹³ Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 396; Yaşar, c. 2, s. 2117.

⁹⁴ 4. CD, 28. 11. 2007, 2006/6569, 2007/10075 (Yaşar, c. 2. s. 2103).

SONUÇ

Ceza Yargılama Kanunu'nun 225. maddesine göre, hükmün konusu, iddianamede öğeleri gösterilen suça ilişkin eylem(ler)/(fiiller)dir.

Mahkeme "davasız yargılama olmaz" ilkesi uyarınca yargılamayı, iddianamede açıklanan eylem/olay ya da eylemler/olaylar konusunda yapabilir. Mahkeme, sanığın (failin), iddianamede ceza davasının konusu yapılmamış eylemlerini kapsayacak biçimde yargılama yapamaz.

Davasız yargılama yapılamaması ilkesi mahkemenin açılmamış bir davaya bakmasını yasaklar. Cumhuriyet savcısı bir eylemden/olaydan dolayı ceza davası açmadıkça, mahkeme o eylemle/olayla/suçla ilgili olarak yargılama yapamaz. Bu ilke, öğretide, *"davacı ve davanın olmadığı yerde, yargıç da yoktur"* biçiminde belirtilmektedir.

Yine bu ilkeye göre, bir mahkeme, hangi sanık için ve hangi olay(lar)/eylem(ler) iddianamede açıklanmışsa, o sanık ve o eylem(ler)/olay(lar) için yargılama yapılabilir ve hüküm kurulabilir.

Böylece, ceza davasının konusu ile hükmün konusu iddianamede açıklanan eylem(ler) ve kişi(ler)dir. Başka bir söyleyişle, ceza davasının/kamu davasının konusu ile hükmün maddi konusunun aynı şeyler olduğunu söyleyebiliriz.

Kamu davasına konu olmayan eylem ya da eylemler hakkında mahkeme hüküm veremeyeceği için, hükmün maddi konusu, kamu davasının maddi konusu ile zorunlu olarak aynı olacaktır.

Ancak, ceza davasının/kamu davasının *"hukuki konusu"* ile hükmün *"hukuki konusu"* aynı olmayabilir. Çünkü mahkeme eylem(leri) nitelendirmede özgürdür.

Mahkeme, kimin hakkında dava açılmışsa (sanık ya da hangi eylemden dolayı dava açılmışsa) o konuyla sınırlı olarak karar verir. Bu nedenle, kamu davasının konusu ile hükmün konusu, maddi olay (eylem) bakımından aynıdır.

Ceza Yargılama Kanunu'nun 225. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, yargılama makamı olan mahkeme, iddianamede açıklanan eylem(ler)in/davranış(lar)ın nitelendirilmesinde, iddia ve savunmalara bağlı değildir. Mahkeme, iddianamede açıklanan eylem(ler)i nitelemede, yani ceza hukuku karşısında bunlara koyacağı hukuksal tanıda özgürdür.

İddia ve savunmanın iddianamede açıklanan eylem(ler)le ilgili nitelmesi/hukuksal tanısı mahkemeyi bağlamaz. Bu “*maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin*” bir sonucudur.

İddianamede gösterilen eylemin hukuki değerlendirilmesi/ nitelendirilmesi yapılırken, suçun hukuki niteliğinin değişmesi durumunda, sanığa bu konuda ek savunma hakkı verilir (CYK m. 226/1-3).

Bir kimse hakkında aynı eylemden (fiilden) dolayı açılmış bir dava varsa yeni bir dava açılmaz. Yine bir kimse hakkında bir eylemden dolayı yapılan yargılama sonunda verilmiş kesin hüküm (yargı) bulunuyorsa, aynı eylemden dolayı ikinci defa yargılama yapılamaz. Bir kimse, hakkında aynı eylemden dolayı bir kez yargılama yapılabilir.

Bu tekrar yargılamama ilkesi Latince “*ne (non) bis in idem*” olarak adlandırılmaktadır. Yargılama hukukunun temel ilkelerinden olan bu ilkeye, Türk Ceza Yargılama Kanunu’nda 1973 yılında yapılan değişiklikle yer verilmiştir. Bu ilke yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Ceza Yargılama Kanunu’nun 253. maddesinin 3. fıkrasında “*Aynı konuda, aynı sanık için evvelce verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava var ise davanın reddine karar verilir*” biçiminde düzenlenmiştir.

5271 sayılı Ceza Yargılama Kanunu’nun 223. maddesinin 7. fıkrası bunu “*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir*” diye ifade etmiştir.

Ne bis in idem ilkesine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 7 numaralı ek protokolünde de yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ilkenin iç hukuktaki etkisini düzenlemektedir. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme’nin 14/7. maddesinde, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 50. maddesi hükümlerinde “*ne bis in idem*” ilkesine yer verilmiştir.

Bu ilkeyi içeren en önemli sözleşme, Ceza Yargılarının Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi’dir (m. 53).

Ceza yargılaması konusu olan bir uyuşmazlık hakkında kesin hüküm (yargı) bulunduğunu kabul etmek için, “*eylemin aynı*”, “*kişinin (sanığın) aynı*”, “*konunun (davanın) aynı*” olması gerekir.

Ne bis in idem ilkesi yalnızca genel ceza yasalarında yer alan bir suçtan dolayı birden fazla ceza davası açılmayacağını ifade eder. Örneğin, bir eylemin hem ceza ve hem de disiplin hükümlerine göre suç

sayılması, bu ilkenin öngördüğü yasak içinde değerlendirilmez.

Anayasamızda, “*ne bis in idem*” ilkesine açıkça yer verilmemiştir.

Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası’nda “*ne bis in idem*” ilkesi düzenlenmiştir.

Alman Ana Kanunu’nun 103. maddesinin 3. fıkrasına göre, “Hiç kimse, genel ceza yasalarına göre, aynı eylemden dolayı, birden fazla cezalandırılmaz.”

KAYNAKLAR

Bakıcı, Sedat, *İçtihatı Birleştirme ve Ceza Genel Kurulu Kararlarıyla (1990-2008) Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun*, Ankara 2008.

Beulke, Wolfgang, *Strafprozessrecht*, Heidelberg 2002, Rd. 512.

Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 2008.

Cihan, Erol/Yenisey, Feridun, “Ne Bis İn İdem İlkesi”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul 2004, (s.219-224).

Çolak, Haluk/Taşkın, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Ankara 2007.

Erem, Faruk, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh)*, Ankara 1996.

Hakeri, Hakan/Ünver, Yener, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2009.

İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2005.

Kantar, Baha, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, Birinci Kitap, Ankara 1957.

Kern, Eduard/Roxin, Claus, *Strafverfahrenrecht*, München 1982.

Kropil, Karl, *Prozessualer Tatbegriff und Wahlfeststellung In: NJW 1988, Heft 19, s. 1188 ff.*

Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Onaltıncı Bası, İstanbul 2008.

Kühne, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, 6. Auflage, Trier 2003.

- Özbek, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006.
- Özbek, Veli Özer, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı*, Ankara 2005.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara 2007.
- Pfeiffer, Gerd, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5. Auflage, München 2007.
- Ranft, Otfried, *Der Tatbegriff des Strafprozessrechts In: JuS* 2003.
- Schwarz, Otto, *Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi*, (Türkçesi Rifat Taşkın), Ankara 1939.
- Selçuk, Sami, *Karşıoylarım*, Ankara 2001.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2006.
- Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005.
- Şirin, Osman/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/ Yalvaç, Gürsel/Özdemir, Muzaffer/Erel, Kemalettin, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları*, (Eylül 2004 – Temmuz 2008) Ankara 2008.
- Taşdemir, Kubilay/Özkepir, Ramazan, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 3. Baskı, c.I, Ankara 2007.
- Tezcan, Durmuş, *Topluluğun Mali Çıkarlarının Cezai Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında Yeşil Kitap*, İzmir 2003.
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006.
- Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C. I, Genel Kısım, Dördüncü Bası, İstanbul 1984.
- Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C. II, Muhakemenin Yürüyüşü, İstanbul 1976.
- Yaşar, Osman, *Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, 4. Bası, Ankara 2009.
- Volk, Klaus, *Grundkurs StPO*, 5. Auflage, München 2006.
- Yenisey, Feridun, *Milletlerarası Ceza Hukuku, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuat*, İstanbul 1988.
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul 2005.
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm*, İstanbul 1987.

AİLENİN KORUNMASI ALANINDAKİ SON GELİŞMELER

Emel BADUR*

GİRİŞ

Ailenin korunması alanındaki gelişmeler incelenirken, öncelikle normlar hiyerarşisine uygun olarak anayasal düzenlemelerden başlanması yerinde olacaktır. Anayasa'nın "Ailenin Korunması" kenar başlıklı 41. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 4709 sayılı Kanun'un 03.10.2001 tarihinde kabulü ve 15.10.2001 tarihinde 24556 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle değiştirilmiştir. Bu değişiklikte Anayasa'nın 41. maddesinin birinci fıkrasına "ve eşler arasında eşitliğe dayanır" ibaresi eklenmiştir. Değişiklik sonrasında 41. madde aşağıdaki hali almıştır:

"Aile, Türk toplumunun temelidir 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."

Anayasa'nın 41. maddesinin ailenin korunması açısından iki önemli açılımı vardır.¹ Bunlardan ilki, yapılan değişiklikte eşler arası eşitliğin anayasal güvenceye kavuşturulmasıdır. Değişiklik gerekçesinde, kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik bir düzenleme getirme amacı vurgulanmıştır. Diğeri, ailenin huzur ve refahının korunması için devlete gerekli tedbirleri alma görevinin yüklenmesidir. Mad-

* Yrd. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Ailenin korunmasına ilişkin en açık anayasal hüküm 41. madde olmakla birlikte, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." ifadesini içeren 20. madde de ailenin korunmasına hizmet eder niteliktedir.

de gerekçesinde, ailenin sosyal yapısının ve millet hayatında oynadığı rolün, onun korunması yolunda bir hükmün Anayasa'da yer almasını zorunlu kıldığı belirtilmiştir.

Hatta yasa koyucu ailenin içinde, özellikle anne ve çocuğun korunması gerekliliğini işaret etmiştir. Devletin olumlu edim yükümlülüğünün iki dezavantajlı gruba dikkat çekilecek şekilde düzenlenmesi olumlu olmakla birlikte; bu ifade, sadece anne olan kadının korunmasına dikkat çekilmesi bakımından eleştiriye açıktır. Ana yerine kadın kelimesinin kullanılması, dezavantajlı grupları belirlemek açısından daha yerinde bir yaklaşım olacak ve aile içinde çocuk doğurmuş olan kadınla, doğurmamış olan arasında bir ayrım yapılmasının önlenmesini sağlayacaktır. Zira bilinen ve istatistiklerle de desteklenen gerçekler, şiddetin kurbanlarının özellikle -anne olsun ya da olmasın- kadınlar ve çocuklar olduğunu göstermektedir.

Eşler arası eşitlik ilkesi, 2001 yılında anayasal güvenceye kavuşturulduktan sonra, aynı yılın sonunda kabul edilen ve 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Medeni Kanun'ca da benimsenmiştir. Medeni Kanun'da (MK) da ailenin korunması ilkesine hizmet eden hükümler bulunmaktadır. Zira aile hukukuna hakim olan süreklilik ve birlik düşüncesi de ailenin korunmasını gerektirmektedir. Ancak MK'nın temel koruma öznesi, evlilik birliği olarak belirlenmiştir. Yasa koyucu "*Birliğin Korunması*" başlığı altında, 195-201. maddeler arasında evlilik birliğini koruma amaçlı bazı tedbirler düzenlemiştir.

Bununla birlikte MK'da sadece evlilik birliğini esas alınarak, dar anlamdaki aileye ilişkin koruma hükümleri düzenlendiğini söylemek mümkün değildir. Zira MK'nın 325. maddesinde yer alan, özellikle hırsımların olağanüstü durumlarda ve çocuğun menfaatine uygun olduğu ölçüde, çocukla kişisel ilişki kurma haklarına ilişkin hüküm, evlilik birliğinin ötesinde bir aile anlayışının korunmasına hizmet etmektedir. Benzer şekilde MK'nın 364. maddesinde nafaka yükümlülüğünün sınırı, kişi açısından üstsoy, altsoy ve kardeşlerle çizilmiştir. MK'nın 367. ve devamı maddelerinde düzenlenen aile başkanına, başkanın sorumluluğuna, ev düzenine ve aile mallarına ilişkin hükümlerin tümü, geniş anlamdaki ailenin korunması gerekliliğinin birer yansımasıdır.

Ailenin korunmasına ilişkin bir diğer düzenleme ise doğrudan bu başlığı taşıyan 14.01.1998 tarih ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına

Dair Kanun'dur.² Bu Kanun, 09.01.2003 tarih ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'la küçük bir değişikliğe uğramışsa da; esas önemli değişiklik 2007 yılında getirilmiştir.³ 26.04.2007 tarih ve 5636 sayılı Kanun'la, Ailenin Korunmasına Dair Kanun (AKDK) baştan sona değiştirilmiştir. Dört maddelik bir Kanun'un esaslı ilk iki maddesini (zira 3 ve 4. maddeler sırasıyla yürürlük ve yürütmeye ilişkindir) konu alan değişikliğin, yeni bir kanun çıkartılmaksızın yapılması ilginç bir yasama tercihidir. Özetle 2007 değişikliği sonrasında, yenilenmiş bir AKDK, Türk mevzuatına dahil edilmiştir.

2007 değişikliğinin getirdiği yeniliklerden biri de Kanun'un uygulanmasına ilişkin hususların yönetmelikle düzenleneceğinin belirlenmesidir. Bu hükmün kabulünden yaklaşık bir yıl sonra, Başbakanlık (Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü) tarafından hazırlanan Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Uygulanması Hakkında Yönetmelik⁴ 01.03.2008 tarih ve 26803 sayılı *Resmi Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

AKDK'nın en çok eleştirilen yönü adı ve içeriği arasındaki uyumsuzluk olmuştur. Kanun'un adı, ailenin korunmasına vurgu yapmakla birlikte; içeriği, aile içi şiddete uğrayan kişinin –gecikilmeksizin– korunmasına ilişkin tedbirler ve bu tedbirlere uyulmamasının yaptırımlarından oluşmaktadır. Yani Kanun'un aslında aileyi değil, aile içi şiddete maruz kalan kişiyi (aile içi şiddetin mağdurunu) korumayı amaçladığı açıktır.⁵ Hatta bu durum, 2007 değişikliğinin gerekçesinde "*Bilindiği gibi 4320 sayılı Kanun'un temel amacı aile içi şiddet uygulayan bireyi, ortak yaşam alanından uzaklaştırarak ve diğer bir takım tedbirleri uygulamaya koyarak aile içi şiddeti önlemektir.*" ifadesi kullanılmak suretiyle yasa koyucu tarafından da kabul edilmiştir. Ancak bu açık kabule rağmen

² Aileyi dolaylı olarak koruyucu bazı hükümler de Ceza Kanunu'nda "*Aile Düzenine Karşı Suçlar*" bölümünde 230-234. maddeler arasında düzenlenmiştir.

³ Çalışmanın devamında sadece "2007 değişikliği" olarak anılacaktır.

⁴ Çalışmanın devamında sadece "Yönetmelik" olarak anılacaktır.

⁵ Aile içi şiddete maruz kalan kişinin korunmasına ilişkin dolaylı etkiden ailenin de faydalanacağı şüphesizdir. Ancak dolaylı menfaate sahip öznenin (yani ailenin), Kanun'un adına asli korunma öznesi olarak eklenmesi yasa yapma tekniği açısından doğru değildir. Nitekim benzeri bir duruma, diğer koruma yasalarında (Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gibi) rastlanmamaktadır.

men, 4320 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklere Kanun'un ismi dahil edilmemiştir.

Bu nedenle çalışmanın başlığında da Kanun'un adına uygun şekilde, ailenin korunması ifadesine yer verilmiştir. Çalışmanın amacı, 4320 sayılı Kanun'un 2007 değişikliği sonrasındaki hükümlerinin Yönetmelik'le birlikte ele alınarak incelenmesidir. Ancak AKDK'nın hükümlerinin incelenmesine geçilmezden önce, bu Kanun'la Medeni Kanun'un koruma hükümleri arasında karşılaştırmalı bir inceleme yapılması yararlı olacaktır. Akabinde AKDK'nın uygulanması açısından önem taşıyan aile ve şiddet kavramları üzerinde durulacak; daha sonra 4320 sayılı Kanun'un hükümleri ve uygulamaya ilişkin mevcut ve olası sorunlar ayrıntılı olarak tartışılacaktır.

I. AKDK'LA, MK'NIN KORUMA HÜKÜMLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Ailenin Korunmasına Dair Kanun'la, Medeni Kanun arasındaki ilişkinin incelenme gerekliliği, her iki Kanun'un da aile hukukuna ilişkin hükümler içermesi kadar; AKDK'nın 1. maddesinin başlangıç şekline de dayanır. AKDK'nın 1. maddesi "*Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak ...*" ifadesiyle başlamaktadır. Yasa koyucu bu ifade ile AKDK'da düzenlenen tedbirlerle MK'da düzenlenenler arasında ilişki kurmakta ve AKDK'da düzenlenen tedbirlerin, MK'da düzenlenenlerden ayrı olarak uygulanacağına açıklık getirmektedir.

Gerçekten de bu iki Kanun'da düzenlenmiş olan tedbirler, birbirlerinin ikamesi değildir. Bu nedenle aralarında çelişki olmadığı gibi çatışma da yoktur. Yasa koyucu MK'da düzenlenen evlilik birliğini korumaya yönelik önlemlerin alınmasının, mahkemelerin iş yükü ve ispat zorlukları nedeniyle uzun bir süre almasını ve bu tür önlemlerin -aile içi şiddeti önlemeye özgülenmedikleri için- bazı hallerde yetersiz kalmasını dikkate alarak; tedbir alınması sürecini hızlandırmak için, AKDK'da bazı tedbirler düzenlemiştir.

MK'nın "*Birliğin Korunması*" başlıklı 195. ve devamı maddelerinde öngörülen tedbirler, öncelikle evlilik birliğini, yani dar anlamda aileyi korumayı amaçlayan normlardır. Bu tedbirlere sadece eşler arasında yaşanan uyuşmazlıklarda başvurulabilmeleri mümkündür. Yasa koyucu bu tedbirlere hükmedilebilmesi için, iki seçimlik şarttan birinin

gerçekleşmesi gerektiğini MK'nın 195/1. maddesinde açıkça ifade etmiştir. Seçimlik şartlardan ilki, eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi; ikincisi ise eşlerin evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmeleridir. Aslında birliğin korunması için gerekli olan tedbirlere hükmedilebilmesi, maddede metninde saklı üçüncü bir şartın daha gerçekleşmesine bağlıdır. Seçimlik şartlardan hangisi gerçekleşirse gerçekleşsin, tedbire hükmedilebilmesi için eşlerin birlikte ya da ayrı ayrı hakim mütahalesini talep etmeleri zorunludur. Eşlerden en azından birinin talebi yokken, hakim bu yönde karar vermesi mümkün değildir.⁶

Buna karşılık AKDK'da düzenlenen tedbirler eş ve çocukların yanı sıra, aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerini de (yani geniş anlamda aileyi) koruyan hükümlerdir. AKDK'da düzenlenen tedbirlere hükmedilebilmesi için gerçekleşmesi gereken tek şart, aile fertlerinden birinin aile içi şiddete maruz kalmasıdır. Hatta MK'daki düzenlemenin aksine, AKDK çerçevesinde tedbire hükmedilebilmesi için, şiddete maruz kalan kişinin bunu bizzat talep etmesine gerek yoktur; Cumhuriyet Başsavcısının bildirmesi üzerine de aile mahkemesi hakimi korumaya kararı verebilir.

Talep konusundaki farklılık bir yana bırakılacak olursa, iki Kanun'un öngördüğü tedbirler arasındaki en büyük ayrımın, konuya ilişkin olduğu belirtilmelidir. MK'da düzenlenen tedbirler, çok daha genel nitelikli sorunlara ilişkindir. Halbuki AKDK'da düzenlenen tedbirler sadece aile içi şiddetin durdurulmasına ve mağdurun korunmasına hasredilmişlerdir. Bu nedenle AKDK kapsamına giren hallerde, MK'da düzenlenen tedbirlere de başvurulmasının mümkün olduğu söylenebilecekken; aksinin kabulü imkan dahilinde değildir. Özetle AKDK, hakime sadece aile içi şiddet durumunda, evlilik birliğine müdahale etme yetkisini vermektedir. Yani evlilik birliği aile içi şiddet dışında bir nedenle tehlikeye girmiş ise bu durumda alınabilecek tedbirler, MK'nın 195. ve devamı maddelerine dayanacaktır.

MK'nın 195/1. maddesinde açıklanan şartların gerçekleşmesi halinde, Kanun'un 195/2. maddesi gereğince, hakim eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır, uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin her ikisinin de

⁶ Ayırt etme gücüne sahip olmayan veya vesayet altında bulunan eş için bu yöndeki talebi yasal temsilcisi yapar. Öztan, B., *Aile Hukuku*, B. 5, Ankara 2004, s. 211.

kabulüyle uzman kişilerin yardımına başvurulmasını sağlayabilir.⁷ AKDK'da, MK'nın 195/2. maddesinde öngörülen uyarı ve uzlaşma çağrısına, yer verilmemiştir. AKDK'nın amacının mümkün olduğu kadar süratle (hatta genellikle duruşma yapmaksızın, dosya üzerinden) karar almak olduğu dikkate alındığında, yasa koyucunun tercihi yerindedir. Ancak bu konuda Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un (AMK), "*Koruyucu, Eğitici ve Sosyal Önlemler*" kenar başlıklı 6/1. ve "*Usul Hükümleri*" kenar başlıklı 7/1. maddeleriyle aile mahkemesi hakimine yüklenen görevlerin de dikkate alınması gereklidir. Zira MK ve AKDK'da öngörülen tedbirlerle ilişkin karar, AMK'nın 4/1, 3 ve 9/1. maddeleri gereğince aile mahkemesi tarafından verilecektir.

AMK'nın 6/1. maddesiyle aile mahkemesi hakimine, görev alanına giren konularda "*Evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak, gerektiğinde uzlaştırma*" ve 7/1. maddesiyle önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, "*Aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü*" teşvik etme görevleri getirilmiştir. Bu hükümler MK'nın 195/2. maddesiyle paralellik taşımaktadır. Ancak söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, hakimin AKDK kapsamında tedbire hükmetmeden önce, tarafları uyarması ve uzlaşmaya davet etmesinin her durumda gerekli olduğu yönünde bir sonuca varılmamalıdır. Şartların bunu gerektirmesi halinde (çok hafif bir sözel şiddetin, tedbir kararı verilmeksizin uyarı ve uzlaştırmayla çözümlenmesi gibi), hakimin elindeki bu yetkileri kullanacağı şüphesiz olmakla birlikte; acil karar verilmesi gereken durumlarda, söz konusu görevleri yerine getirmek için çaba harcamasına gerek yoktur.

Aslında hakimin AKDK'a dayanarak verdiği tedbir kararlarının içeriği birer uyarı niteliğindedir.⁸ Zira şiddete yönelik davranışlarda bulunmama, aile bireylerinin eşyalarına zarar vermeme, onları iletişim araçlarıyla rahatsız etmeme gibi tedbirlerin tümü uyarıyı çağrış-

⁷ Uyarının fayda sağlamayacağını açık olduğu hallerde, hakimin -uyarıyla kaybedilecek zamanı da dikkate alarak- doğrudan Kanun'da düzenlenmiş olan diğer tedbirlere başvurabileceği kabul edilmektedir. Öztan, B., s. 215; Akıntürk, T., *Aile Hukuku*, B. 10, İstanbul 2006, s. 139.

⁸ Benzer görüş için bkz. Ayan, S., *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara 2004, s. 306.

tırmaktadır. Yani MK'nın 195/2. maddesi gereğince, hakim tedbir kararını vermeden önce uyarıyı yaparken,⁹ AKDK kapsamında verdiği tedbir kararıyla bir uyarıda bulunmaktadır. Ancak MK'da öngörülen uyarının ve tedbir kararlarının aksine, AKDK'a dayanılarak verilen tedbir kararları cezai yaptırımla güçlendirilmiştir.

MK'nın 195/3. maddesi uyarınca evlilik birliğinin korunması amacıyla hakim sadece Kanun'da öngörülen tedbirleri alır.¹⁰ Bu tedbirlerin neler olabileceği MK'nın 195-201. maddeleri arasında sayılmıştır. Buna karşılık AKDK'nın 1/1. maddesinde "*sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başka tedbirlere de hükmedebilir*" şeklinde ifade olunan açık hüküm gereğince, hakim Kanun'da sayılanların yanı sıra takdir yetkisini kullanarak başka tedbirlerin uygulanmasına da karar verebilir. MK'daki hükümlerin uygulanması için, hakkında tedbire hükmedilen eşin kusurlu olması şartı aranmaz.¹¹ AKDK uyarınca tedbire hükmedilebilmesi için, şiddet uygulayan aile bireyinin kusurlu olması şarttır. Kusur isnat edilemeyecek kişilere ilişkin tedbir kararı verilebilmesi, AKDK'nın 1/2. maddesinin açık hükmü karşısında mümkün değildir.

AKDK'la, MK'da düzenlenen koruma hükümleri arasındaki farklardan bir diğeri de süre kısıtlamasına ilişkindir. AKDK'nın 1/3. maddesinde tedbirlerin uygulanması için öngörülen sürenin altı ayı geçemeyeceği düzenlenmiştir. Buna karşılık MK'da düzenlenen önlemler açısından böyle bir süre kısıtlaması öngörülmemiştir. AKDK'a dayanarak verilen tedbir kararları, hakim tarafından daha kısa bir süre öngörülmedikçe, altı ayın dolmasıyla kendiliğinden (ayrı bir karara ihtiyaç duyulmaksızın) hükümsüz kalırken; MK'ya dayanarak verilen kararlar 200. madde gereğince ancak koşulların değişmesi ve eşlerden birinin istemi üzerine verilen kararlarla değiştirilebilir ya da kaldırılabilir.

⁹ Yürürlükten kalkan MK'nın 161/2. maddesi gereğince hakim, öncelikle eşlere uyarı yapmak ve uyarının sonuçsuz kalması halinde Kanun'da öngörülen diğer tedbirlere hükmetmek zorundaydı. Yürürlükteki MK'nın 195. maddesine "*bu ihtar se-meresiz kalırsa*" ifadesinin alınmayışı, hakim tedbire hükmetmeden önce uyarı yapmasının ön şart olmadığını açıklayıcı niteliktedir.

¹⁰ Ancak hakim, MK'nın 1. maddesi gereğince ve ilgili maddelerin yorumundan hareketle diğer tedbirlere de hükmedebileceği de belirtilmiştir. Öztan, B., s. 216.

¹¹ Öztan, B., s. 212; Dural, M. / Ögüz, T. / Gümüş, A., Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 245; Ayan, S., s. 196; Güven, K., "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Getirdiği Hukuki Tedbirler", *GÜHFD* 1998, C. 2, S. 1-2 (İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan), s. 19. Aksi görüş için bkz. Akıntürk, T., s. 136.

AKDK'la, MK'da düzenlenmiş olan tedbir hükümlerinin alınmalarına dair usul hükümlerinde de farklılık vardır. Her iki Kanun'a göre verilecek karar da aile mahkemesinin görev alanındadır. Ancak MK'nın 201/1. maddesi gereğince, evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler konusunda yetkili mahkeme, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. AKDK'da yetkili mahkeme konusunda bir düzenleme getirilmemiştir. Ancak Yönetmelik'in 5/6. maddesinde, HUMK'nın 104. maddesiyle de bağdaştır şekilde, tedbir kararının en az masrafla, en çabuk ve en kolay ulaşılabilecek yer aile mahkemesinden istenebileceği düzenlenmiştir. AKDK kapsamındaki başvurular ve 2007 değişikliği sonrasında kararların icrası için yapılan diğer işlemler harçtan muaftır. Buna karşılık MK'nın evlilik birliğinin korunmasına ilişkin öngördüğü önlemlerin alınabilmesi için böyle bir harç muafiyeti söz konusu değildir.

II. AİLE VE ŞİDDET KAVRAMLARI

4320 sayılı AKDK'nın hükümlerinin incelenmesine geçilmeden önce, Kanun'un uygulanması açısından önemli olan iki temel kavramın üzerinde durulması gereklidir. Bunlardan ilki Kanun'un adında da korunma öznesi olarak belirlenen "*aile*"; ikincisi ise Kanun'un adında yer verilmekten kaçınılmış olmakla birlikte, 1. maddesinde geçen "*şiddet*" kavramlarıdır. Her iki kavram da Kanun'da tanımlanmış değildir. Bununla birlikte Yönetmelik'in "*Tanımlar*" kenar başlıklı 4. maddesinde iki kavrama da açıklama getirilmiştir.

Aile kavramı MK'da da tanımlanmamış olmakla birlikte, doktrinde¹² dar, geniş ve en geniş anlamda aile kavramlarının tanımı üzerine görüş birliği sağlanmıştır. *Dar anlamda aile*, sadece eşlerden (karı ve koca) meydana gelen ve evlilik birliği esas alınarak belirlenen bir kavramdır. *Geniş anlamda aile*, eşlerin yanı sıra onların çocuklarını da kapsar. Anne, baba ve çocuklardan oluşan bu aileye *velayet ailesi*¹³ adı da

¹² Öztan, B., s. 3-4; Dural, M. / Öğüz, T./ - Gümüş, A., s. 2; Akıntürk, T., s. 5-6; Ayan, S., s. 18-19; Akıncı, Ş., "Medeni Kanun'da Kadın ve Aile", *GÜHFD* 2004, C. 8, S. 1-2, s. 22. Aile kavramı ve tipleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Uçar, M. A., *Aile İçerisinde Şiddet ve Aile Koruma Yasası*, Ankara 2003, s. 21 vd.

¹³ Akıntürk, T., s. 6; Ayan, S., s. 18; Zevkliler, A. / Acabey, B. / Gökyayla, E., *Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, B. 6, Ankara 2000, s. 667.

verilmektedir. *En geniş anlamda aile* ise, aralarında bir kan bağı bulunmasa bile, bir ev başkanının otoritesine tabi olarak aynı evde yaşayan kişilerin oluşturduğu birlik olarak tanımlanabilir. MK'nın 367. maddesinin de dikkate alınmasıyla, en geniş anlamda ailenin aynı çatı altında yaşayan kan ve kayın hısımlarıyla, bir sözleşme ilişkisine dayanarak birlikte yaşayan dadı, hizmetçi, aşçı, çırak gibi kişileri de kapsadığı kabul olunmaktadır.¹⁴

Aile kavramına yasa koyucunun nasıl bir anlam yüklediğini, Kanun'dan anlamak pek mümkün olmasa da; gerekçe bu konuda bir fikir vermeye uygundur. Gerekçe'de kullanılan "*Ülkemizin büyükanne, büyükbaba, anne, baba ve torunların birlikte yaşadığı geleneksel geniş aile sisteminden hızlı sanayileşme ve buna paralel olarak şehirleşmeyle birlikte çekirdek aile tipi dediğimiz anne, baba ve çocuğun oluşturduğu dar aile tipine doğru yoğun bir gidiş yaşanmıştır.*" ifadesiyle, yasa koyucunun sadece geniş değil; en geniş anlamda aileyi de kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Yönetmelik'in 4. maddesinde aile, "*Aynı veya ayrı çatı altında yaşayan eş ve çocuk ile aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerini*" ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Ancak bu tanım Kanun'un uygulanması açısından fazla yararlı olmayacaktır. Zira Yönetmelik'te benimsenen tanım, Kanun'un 1/1. maddesinden herhangi bir farklılık içermediği gibi; maddeyi açıklayıcı nitelikte de değildir.

Kanun'un 1/1. maddesinin kaleme alınış şeklinden, aynı çatı altında yaşama kriterine bağlı olmaksızın, eşlerin ve çocukların Kanun'un kapsamında oldukları anlaşılmaktadır. Buna karşılık aynı maddede, eş ve çocuklar dışında kalan diğer aile bireylerinin Kanun'dan yararlanabilmeleri için, aynı çatı altında yaşamaları gerekli görülmüştür. Yönetmelik'te yapılan tanımlama, Kanun'un 1/1. maddesinde getirilen açıklamanın farklı bir kaleme alınış şekliyle tekrarından öteye geçmemektedir.

Yönetmelik'ten beklenen, Kanun'da kullanılan "*aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireyleri*" ifadesinin açıklığa kavuşturulmasıdır. Diğer aile bireylerinin kimler olduğu belirlenirken, Gerekçe'den de yararlanılarak en geniş anlamda aile tanımının içerdiği kişilerle kapsamın çizilmesi mümkündür. Aynı çatı altında yaşamaları şartıyla, eşlerin kan ve kayın hısımlarının, Kanun kapsamında oldukları kabul edilmeli-

¹⁴ Öztan, B., s. 3-4; Akıntürk, T., s. 6.

dir. Bununla birlikte en geniş anlamda aile tanımının sınırlarının, kan ve kayın hısımlarından daha geniş olması, bazı belirsizlikleri beraberinde getirmektedir. Örneğin doktrince en geniş anlamda aile tanımına dahil edilen ve sözleşme ilişkisine dayanarak aynı çatı altında yaşayan dadı, hizmetçi, aşçı, çırak gibi kişiler de Kanun'un korumasından yararlanabilecekler midir?

Bu soruya yanıt aranırken, lafzi değil; amaçsal yorum yapılması daha yerinde olacaktır. Anayasa'nın 41. maddesinin Devlet'e yüklediği ödev ve AKDK'nın amacı birlikte dikkate alındığında, aileye kan ya da kayın hısımlığıyla değil; sözleşme ilişkisiyle bağlı olan bu gibi kişilerin, AKDK kapsamına dahil edilmeleri yerinde görülmemektedir.¹⁵ Aksi halde bu gibi kişilere şiddet uygulayan aile bireyinin evden uzaklaştırılmasına kadar varabilecek tedbirler, aile birliğinin korunması amacıyla açıkça çelişecektir.

AKDK'da yapılan 2007 değişikliğiyle, Kanun'un koruma kapsamında yer alan eşlerin durumuna ilişkin bir açıklama getirilmiştir. Kanun'un değişiklikten önceki halinde de eşler için aynı çatı altında yaşama kriteri aranmazken; değişiklikle getirilen "*mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin*"¹⁶ ifadesiyle bu durum netleştirilmiştir. Ancak yasa koyucunun bu açık belirlemesi karşısında, nikahsız birlikteliklerin (fiili birlikte yaşamlar veya imam nikahlı birliktelikler) AKDK kapsamında olmadıkları açıktır. Zira eşler için aynı çatı altında yaşama kriterini benimsemeyen yasa koyucunun, diğer tüm belirlemelerinde, eşler arasındaki nikah akdi devam etmektedir.

Ancak yasa koyucunun bu açık belirlemesine rağmen, öğretisi ve uygulamada, aralarında nikah akdi olmaksızın birlikte yaşayanların da AKDK kapsamında değerlendirilmelerine ilişkin görüşler bu-

¹⁵ Bu kişiler şiddete uğramaları durumunda, sözleşme ilişkisini düzenleyen hükümlerden ve genel ceza normlarının korumasından yararlanabilirler.

¹⁶ Kanun'da yapılan bu belirlemenin "*aile bireylerinden birinin*" ifadesi yerine, "*eşlerin*" kelimesiyle bitmesi daha yerinde olurdu. Çünkü hakkında mahkemece ayrılık kararı verilen, yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan tüm bu kişiler, ailenin herhangi bireyleri değil; aralarında evlilik birliği süren eşlerdir.

lunmaktadır. Akın,¹⁷ Kanun'un korumasından yararlanılabilmesi için nikahlı-nikahsız birlikte yaşayanlar arasında bir ayırım yapılmaması gerektiğini belirtirken; özellikle ülkenin bir gerçeği olan birden fazla kadınla birlikte yaşam¹⁸ (kuma) sorununa dikkat çekmektedir. Yazara göre nikahsız birlikte yaşam formlarının Kanun'un kapsamına dahil edilmemesi halinde, aynı erkekle birlikte yaşayan kadınlardan nikahlı olan, şiddete karşı Kanun'un korumasından yararlanabilecekken; nikahsız olan/olanlar bu korumadan faydalanamayacaklardır. Yazarın gerekçesi sosyolojik açıdan bir eşitsizliğe işaret etmekteyse de; bu durumda olan kadınların diğer pek çok yasal haktan (miras, ayrılık halinde boşanmanın maddi sonuçları vb.) da yararlanamadıkları unutulmamalıdır

Ayan¹⁹ konuya farklı bir açıdan yaklaşarak, AKDK'da en geniş anlamda aile tanımının benimsendiği gerekçesiyle, imam nikahlı ilişkilerin de aynı çatı altında yaşayan aile kavramına dahil edilebileceğini ileri sürmektedir. Ancak imam nikahlı birlikteliklerin Medeni Hukuk açısından yok hükmünde; Ceza Hukuku açısından ise suç oldukları dikkate alındığında, bu görüşü paylaşmak mümkün değildir. Hatta Türk Ceza Kanunu'nun 230/5. maddesi ışığında -en azından suç teşkil etmeyen- fiili birlikte yaşamlarla; imam nikahlı birliktelikler arasında ayırım yapılması olanaksızdır.²⁰

Ayrıca nikah bağı olmaksızın sürdürülen fiili birlikte yaşamların en geniş anlamda aile tanımına dahil edilmeleri, başka gruplardaki ilişkiler için de yoruma açık nitelik taşıyacaktır. Örneğin ev arkadaşları ya da eşcinsel birliktelikler için de -aynı çatı altında yaşam kriteri sağlanıyorsa- en geniş anlamda aile tanımı uygulanabilecek midir? Bu sorunun muhtemel yanıtının olumsuzluğu dikkate alındığında, yeni bir yasal düzenlemeyle değişiklik yapılmadığı sürece, nikahsız birlikte yaşam şekillerinin Kanun'un kapsamına dahil edilmesi olanaksızdır.

Üzerinde durulması gerekli bir diğer grup ise, boşanmış çiftlerdir.

¹⁷ Akın, A., "Kadına Karşı Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Açısından Konuya Bakış", *Adalet Dergisi*, S. 30, s. 3.

¹⁸ Yazarın kullanmış olduğu "birden çok kadın ile evlenme" kalıbı, MK hükümleri göz önünde bulundurulduğunda yerinde değildir.

¹⁹ Ayan, S., s. 303.

²⁰ Benzer görüş için bkz. Köseoğlu, B., "Ailenin Şiddetten Korunması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, S. 77, s. 329.

AKDK'nun 1/1. maddesinin açık ifadesi dikkate alındığında, boşanmış eşlerin 4320 sayılı Kanun'un sağladığı korumadan yararlanabilmelerinin mümkün olmadığı görülmektedir. Öğretideki²¹ hakim görüş de bu yönde olmakla birlikte; 2007 değişikliğini gerçekleştiren 5636 sayılı Kanun'un gerekçesinde kullanılan ifade ilgi çekicidir. Yasa koyucu 5636 sayılı Kanun'un "Genel Gerekçe"sinde "Ayrıca, aynı çatı altında yaşamayan; boşanma veya ayrılık nedeniyle ayrı konutlarda bulunan bireyler ve evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireyleri ve çocuklar da aile içi şiddete maruz kalabildiklerinden, **aile içi şiddet mağduru kapsamının gerçeklere uygun olarak düzeltilmesi gerekmiştir.**" demiştir.

Değişikliğe ilişkin 1. maddenin gerekçesinde ise "boşanma veya ayrılık nedeniyle ayrı konutlarda bulunan bireyler de aile içi şiddete maruz kalabildiklerinden..." ifadesiyle boşanma kelimesi bir kez daha vurgulanmıştır. Yasa koyucu, bir sonraki cümlesinde "boşanma davası açılması durumlarında dahi" belirlemesiyle, boşanma terimini, boşanma davası süreci olarak kullanmadığını da netleştirmiştir. Ancak Gerekçe'deki bu ayrıntılı ve vurgulu boşanma konusuna; ne yazık ki Kanun metninde hiç değinilmemiş; hatta yasa koyucu Gerekçe'de belirttiğinin aksine, **aile içi şiddet mağduru kapsamını** bu açıdan hiç genişletmemiştir.

Buna rağmen uygulamada boşanmış kişiler hakkında 4320 sayılı Kanun'a dayanarak koruma kararı verildiği görülmektedir. Kararın²² gerekçesinde, "4320 sayılı Kanun'da 5636 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin içeriği ve ruhunun" değerlendirilerek, böyle bir sonuca ulaşıldığı belirtilmiştir. Benzer şekilde aralarında evlilik birliği olmaksızın uzun süredir birlikte yaşayan bir çift hakkında da "Kanun'da koruma kapsamının resmi evlilikle sınırlandırıldığına ilişkin bir anlatım bulunmamaktadır." gerekçesiyle 4320 sayılı Kanun uygulanmıştır.²³ Ancak uygulama-

²¹ Erdem, M., s. 51; Ateş, M., "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2000, S. 3, s. 163; Kanun'un kapsamı boşanma sonrası şiddeti de içerecek şekilde genişletilmelidir diyen Ayan, S., s. 303; Karşı görüş için bkz. Karınca, E., *Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri*, Ankara 2007, s. 42 vd.

²² Ankara 8. Aile Mahkemesi, E. 2007/62, K. 2007/63, 03.10.2007.

²³ Ankara 8. Aile Mahkemesi, E. 2008/108, K. 2008/107, 18.12.2008. Gerekçenin devamından: "Başta Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme (CEDAW) olmak üzere, ülkemizin kadına yönelik şiddetin önlenmesine ilişkin tüm sözleşmeler yanında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yakın yaşam arkadaşlığını aile sayan kararlarının ulusal hukukumuz açısından da bağlayıcılığı gözetilerek, -mahkemeye göre evliliğin biçimsel koşulları değil, eylemsel olarak aile olup olmamak önemlidir- 4320 sayılı Kanun'un

da evlilik birliğinin bulunmadığı birlikteliklere Kanun'un uygulanması açısından bir yeknesaklık bulunmamaktadır.²⁴ 4320 sayılı Kanun'a göre verilen tedbir kararlarının Yargıtay denetiminden geçmemesi, bu uygulama farklılıklarının temel nedenini oluşturmaktadır.

Aynı çatı altında yaşama kriterine bağlı olmaksızın Kanun'un koruma kapsamına dahil olan bir diğer grup ise çocuklardır. Koruma kapsamına eşlerin ortak çocukları olduğu kadar, eşlerden birinin sahip olduğu çocuklar da dahildir. Yani çocukların korunması açısından, evlilik içi ve dışı çocuklar ya da öz ve üvey çocuklar arasında fark gözetilmemelidir.²⁵ Evlat edinilmiş çocukların da (eşlerden birinin veya her ikisinin evlat edinilmiş olmaları ayrımı gözetilmeksizin) bu kapsamda değerlendirilmeleri gerekir. Yasa koyucunun kullanmış olduğu "*çocuklar*" teriminin, herhangi bir yaş sınırlamasını içermediği çok açıktır. Yukarıda belirtilen tüm birinci derece alt soylar, 18 yaşlarını tamamlamış olsalar bile aile kavramına dahildirler.

Şiddet kavramı, bir yasama tercihi olarak AKDK'nın adında kullanılmadığı gibi, metninde de açıklığa kavuşturulmamıştır. Yönetmelik'in 4/e bendine göre şiddet, "*Aile bireyinin fiziksel, cinsel, ekonomik veya psikolojik zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözel ve ekonomik her türlü davranışı*" ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Bu tanımla birlikte fiziksel, psikolojik, cinsel ve ekonomik tüm şiddet türlerinin Kanun'un kapsamında olduğu belirlenmiştir.

Aile içi fiziksel şiddet genellikle itilip kakılmak, tartaklanmak, dövülmek (tekme, yumruk, tokat vb.), kesici veya vurucu aletlerle bedenine zarar verilmek şeklinde ortaya çıkmaktadır. Aile içi psikolo-

uygulanması resmi evlilikle sınırlandırılmamalıdır..."

²⁴ Ankara 10. Aile Mahkemesi, E. 2007/23, K. 2007/23, 07.05.2007. Bu kararda da taraflar arasında resmi bir birliktelik ve aile bulunmadığından 4320 sayılı Kanun uygulanmamıştır.

²⁵ Bu durumda ortaya çıkması muhtemel bir sorun, nikahsız birlikte yaşayan kişilerin ortak olmayan çocuklarına ilişkindir (zira ortak çocukların, nikahsız da olsalar ebeveynlerine karşı koruma tedbirlerinden yararlanabileceklerine şüphe yoktur). Böyle bir durumda en doğru çözüm yolu, bu çocukların sadece kendi anne ve babalarına karşı koruma tedbirlerinden yararlanabilecek olmalarıdır. Benzer görüş için bkz. Erdem, M., "Aile İçi Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S. 73, s. 51.

jik şiddetin başlıca görünüm şekilleri hakarete uğraması, aşağılanması, aldatılması, tehdit edilmesi, istediği insanlarla görüşmesinin engellenmesidir. Aile bireyinin isteği dışında, istemediği şekilde ve ortamda cinsel ilişkiye zorlanması ise cinsel şiddet örnekleridir.²⁶ Ekonomik şiddet, ekonomik kaynakların ve paranın kişi üzerinde bir yaptırım, tehdit ve kontrol aracı olarak kullanılması şeklinde tanımlanabilir.²⁷ Ancak ekonomik şiddet, aslında sonuçları itibariyle psikolojik şiddetin alt başlıklarından birini oluşturabilecek niteliktedir.²⁸

Aslında Kanun'un uygulanması açısından bu kadar asli bir işlevi olan şiddet kavramının, Yönetmelik yerine Kanun'la düzenlenmesi çok daha yerinde olurdu. Zira AKDK'nın 1/2/a bendinde kullanılan "*Aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik söz ve davranışlarda bulunmaması*" ifadesi, yasa koyucunun şiddet anlayışı hakkında şüphe yaratıcı niteliktedir. Şiddet teriminin ardından korku kelimesinin de kullanılmış olması, yasa koyucunun şiddet terimini sadece fiziksel şiddeti içerecek anlamda kullandığı düşüncesini uyandırmaya müsaittir. Halbuki Kanun'un ruhuna daha uygun olan ve Yönetmelik'çe de benimsenen şiddet tanımının, bir tür psikolojik şiddet olan korkutmayı da kapsadığı açıktır. AKDK'da yapılan 2007 değişikliğinde bu ifadenin korunmuş olması talihsizliktir.

AKDK kapsamındaki tedbirlere başvurulabilmesi için, şiddetin en az bir kez gerçekleşmiş olması şarttır. Bu durum Kanun'un lafzında da "*aile içi şiddete maruz kaldığımı*" ifadesi kullanılmak suretiyle açıkça belirtilmiştir. Yani şiddetin gerçekleşmediği, sadece şiddet olasılığının bulunduğu durumlarda, koruma kararının verilmesi mümkün değildir. Bu durum uygulayıcılar tarafından mağdura, "*önce şiddete uğra,*

²⁶ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Badur, E. / Ertem, B., "Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukuki Boyutları (Ceza Kanunu, Medeni Kanun ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kapsamında Bir İnceleme)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, S. 65.

²⁷ Uçar, M. A., s. 82.

²⁸ Uygulamada bir de "*sosyal şiddet*" kavramundan bahsedilmektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, kocanın karısını çağdaş kıyafetlere aykırı giyinmeye (örtünmeye) zorlamasını sosyal şiddet olarak nitelemiştir. *Hürriyet Gazetesi* 22.08.2008; Benzer şekilde Ankara 8. Aile Mahkemesi de, kocanın karısının "*evden çıkmasının kısıtlandığı ve kendisini geliştirip, içinde yaşadığı yabancı ülkeye uyum sağlaması için gerekli ortam sağlanmadığı ve destek olmadığı*" gerekçesiyle sosyal şiddet uyguladığına hükmetmiştir. Ankara 8. Aile Mahkemesi, E. 2007/898, K. 2009/605, 13.05.2009.

sonra gel" dendiği iddiasıyla oldukça eleştirilmiş olsa da;²⁹ söz konusu fikre katılmak zordur.

Çünkü eleştirilerin temelinde yatan düşünce, şiddet kavramının fiziksel şiddete indirgenmesine ilişkin kabuldür. Halbuki psikolojik şiddetin yani korkutma, tehdit, aşağılama gibi hareketlerin de şiddet olduğunun kabulü, Kanun'un uygulanması açısından şiddet olasılığının değil; şiddetin gerçekleşmiş olmasının gerekliliğini mantiki kılacaktır. Aksinin kabulü, ortada henüz bir psikolojik şiddet bile bulunmazken, koruma kararının verilmesini gerektirecektir ki; bu olasılığın tespiti çok güçtür. Özgürlüklerin asıl, kısıtlamaların istisna olduğu kuralıyla bağdaşmayacak bu durum; koruma kararı talep eden kişinin, "bana kötü kötü bakıyor" gibi gerekçelerle hakime baş vurabilmesinin önünü açacaktır.

Koruma kararı verilebilmesi için, şiddet içeren fiilin bir kez gerçekleşmiş olması yeterlidir. Söz konusu fiil, icrai olduğu kadar ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebilir. Şiddetin tekrarlanması ya da süreklilik taşıması aranan koşullar değildir. Kanun'un uygulanabilmesi için sadece şiddetin gerçekleşmiş olması yeterlidir; uygulanan şiddet sonucunda mağdurun zarar görmüş olmasının bir şart olarak aranması gereksizdir.³⁰ Aslında şiddet ve zarar arasındaki ayrılmaz neden-sonuç ilişkisi dikkate alındığında, şiddete maruz kalmış kişinin zarara uğramamış olma olasılığının düşüklüğü fark edilecektir. Buna rağmen zararın da şiddetin varlığına ilişkin bir şart olarak aranmasına ilişkin herhangi bir işarete Kanun'da rastlanmamaktadır. Bir diğer sorun da şiddetin ispatına ilişkindir. Kanun'da bu konuda bir hüküm bulunmamasıyla birlikte; Yönetmelik'in 6/1. maddesinde kullanılan, "Aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığını kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bildirmesi üzerine **şiddetin belgelenmesi aranmaksızın...**" ifadesiyle bu sorun aşılmaya çalışılmıştır. Ancak Yönetmelik'te kullanılan "belgelenme" terimi de konunun içeriğine uygun değildir.

²⁹ Ateş, M., s. 165; Karınca, E., s. 38.

³⁰ Karşı görüş için bkz. "Şiddet tanımına giren her türlü hareket ve ihmal Kanun kapsamında değerlendirilemez. Ayrıca bu şiddetin belirli bir önemde olması, şiddete maruz kalan bireyin **ciddi zararlar** görmesine neden olması gerekir. Ciddi bir zararın ne olduğuna karar verecek olan, tedbiri uygulayacak olan hakimdir." Erdem, M., s. 57. Ancak yazarın, "Çocukların eğitimi ve gelişimi için ebeveynin onlar üzerindeki kontrollerinin de bir gereği olarak, onların tedip edilmelerine yönelik her türlü hareket şiddet olarak değerlendirilmemelidir." görüşüne katılmamak mümkün değildir.

Özellikle psikolojik şiddet açısından bakıldığında, şiddetin belgelenmesi zaten imkansıza yakındır. Ayrıca Yönetmelik'te belgelenme teriminin gerçekten belge anlamında mı, yoksa ispat anlamında mı kullanıldığı açık değildir. Bu sorun, şiddet konusunda açık delil bulunmadığı durumlarda, hakimin sadece uyarıya ilişkin tedbirlerle yetinirken; yeterli delil bulunduğu durumlarda özgürlüğü daha çok kısıtlayıcı tedbirlere (eve veya işyerine yaklaşmama gibi) hükmetmesiyle aşılabilecektir.

Hakimin şiddetin ispatı için duruşma yapması ise, Kanun'un amacı ve tedbirlerin mahiyeti göz önünde bulundurulduğunda, uygun bir çözüm olarak görülmemektedir. Bununla birlikte hakimin şiddete ilişkin vicdani kanaatinin oluşmasından sonra tedbire hükmetmesi yerinde olacaktır. Yani Ankara 8. Aile Mahkemesi'nin bir kararında³¹ belirtilen, "*Yasa uyarınca koruma kararı verilebilmesi için istekte bulunmak yeterli olduğundan...*" ifadesi kötüye kullanmaya da açık kapı bıraktığından yeterli değildir.

III. KANUN'UN UYGULANMASI

Kanun'un uygulanması için gerekli olan ilk adım, eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin, mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin, aile içi şiddete maruz kaldığını kendilerinin³² veya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın aile mahkemesi hakimine bildirmesidir.³³ Yani aile içi şiddete maruz kalan aile bireylerinden biri, doğrudan aile mahkemesine başvurabileceği gibi; aile içi şiddet olayı-

³¹ Ankara 8. Aile Mahkemesi, E. 2009/66, K. 2009/66, 02.06.2009.

³² Bu konuda, "*Tedbir talebinde bulunulmasının bizzat mağdur tarafından yapılacağı hükmünün katı uygulanması, mağdurun vekilinin tedbir talebinde bulunamaması gibi 4320 sayılı Kanun'un amacıyla uyumlu olmayan bir durumun ortaya çıkmasına neden olma riski taşımaktadır.*" yönünde bir görüş ileri sürülmüşse de; Kanun'da kullanılan "*kendilerinin*" teriminin bu şekilde yorumlanmasına imkan yoktur. Görüş için bkz. TC Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, *4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un ve Uygulamalarının Değerlendirilmesi Üzerine Bir Araştırma*, Ankara 2008, s. 82.

³³ Aile mahkemesi hakimi, şiddete uğrayan aile bireyi veya Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kendisine yapılan bir başvuru olmadığı sürece, AKDK uyarınca karar veremez.

nı öğrenen Cumhuriyet Başsavcısı da bu başvuruyu gerçekleştirebilir.

Yönetmelik'in "*Tanımlar*" kenar başlıklı 4/f bendinde şikayet ve ihbar, "*Aile içi şiddete maruz kalmış aile bireyinin genel kolluk kuvvetlerine, Cumhuriyet Başsavcılığı'na veya aile mahkemesine müracaat etmesini veya başka bir şahıs tarafından genel kolluk kuvvetlerine veya Cumhuriyet Başsavcılığı'na olayın yazılı, sözlü veya başka bir suretle bildirilmesini*" ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Aynı maddenin bir sonraki bendinde, şikayet ve ihbar mercilerinin genel kolluk kuvvetlerini (Yönetmelik'in 4/b bendi uyarınca polis ve jandarma birimleri), Cumhuriyet Başsavcılığı'nı ve aile mahkemesi hakimliğini içerdiği belirtilmiştir.

Yönetmelik'in şikayet ve ihbara ilişkin düzenleme getirdiği bir diğer yer, "*Aile İçi Şiddet, Şikayet ve İhbar*" kenar başlıklı 5. maddesidir. Bu maddenin ikinci fıkrasında şikayet ve ihbarın; eşlerden biri, çocuklar veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden biri veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birisi tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin bir sonraki fıkrasında ise ihbarın, başka bir şahıs tarafından olayın yazılı, sözlü veya başka bir şekilde, şikayet ve ihbar mercilerine bildirilmesi suretiyle de yapılabileceği belirtilmiştir.

Yapılan bu düzenlemeler sonucunda, özellikle şikayet ve ihbar mercilerine aile mahkemesi hakimliğinin de dahil edilmesiyle, şiddete uğrayan kişi haricinde birinin AKDK'nın uygulanması istemiyle aile mahkemesi hakimine başvurabileceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Halbuki bu sonuç, Kanun'un 1/1. maddesinde kullanılan "*şiddete maruz kaldığını kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bildirmesi üzerine*" ifadesiyle açıkça bağdaşmaz niteliktedir. Zira yasa koyucu yerinde bir tercihle aile mahkemesi hakimine başvuru hakkını, sadece şiddet gören kişiye ve Cumhuriyet Başsavcılığı'na tanımıştır. Şiddete uğrayanlar dışındaki kişilerin ancak genel kolluk kuvvetlerine veya Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvuru hakları bulunmaktadır.

Yani Yönetmelik'in 4/f ve 5/2. hükümleri açıkça çelişmektedir. Yönetmelik'in özellikle 5. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları birlikte ele alındığında şikayet ve ihbar kurumlarının çok yanlış tanımlandıkları görülmektedir. Halbuki Yönetmelik'in 4/f bendindeki düzenleme, 5. maddedeki düzenlemeler hiç yapılmamış olsa, çok daha açık-

layıcı nitelik taşıyabilirdi. Bu noktada belirtilmesi zorunlu olan bir diğer husus da, şikayet ve ihbar kelimelerinin ceza hukuku anlamında teknik terim olarak kullanılmadıklarıdır. Zira aile içi şiddet mağdurunun ceza hukuku anlamında şikayetçi olmadan, Yönetmelik kapsamında şikayette bulunması mümkündür.

Ceza Kanunu'nun 102/2. maddesi gereğince, cinsel saldırı fiilinin eşler arasında vücuda organ ya da sair cisim sokulması yoluyla işlenmesi, kovuşturulması şikayete bağlı suç oluşturur. Böyle bir cinsel saldırı fiilinin, aynı zamanda aile içi cinsel şiddet olduğuna da şüphe yoktur. Suçun mağduru olan eşin, Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurmasına rağmen, son anda cezai kovuşturma açısından şikayetçi olmamaya karar vermesi halinde; ceza hukuku anlamında bir şikayetten söz edilmesi mümkün olmayacaktır. Buna karşılık şiddete maruz kalan aile bireyi olduğu için, aynı eşin, Yönetmelik kapsamında şikayette bulunduğu kabul edilmelidir.

Benzer bir soruna Yönetmelik'in 5/3. maddesinde de rastlanmaktadır. Bu maddede ihbarın, şiddet olayının şikayet ve ihbar mercilerine yazılı, sözlü veya başka bir şekilde bildirilmek suretiyle yapılabileceği açıklanmıştır. Aslında şiddet olayının, şikayet ve ihbar mercilerine, yazılı veya sözlü yollar dışında bir şekilde bildirilmesi mümkün değildir. Yazılı ya da sözlü yollar haricinde kalan diğer yöntemlerin, radyo-televizyon yayını veya gazete haberi gibi vasıtalar olduğu varsayılabilir; bu yöntemler şikayet ve ihbar mercilerini hedef almamaktadır. Bu tür yayınlar, ceza hukuku kapsamında ihbar olarak değerlendirilebilecek nitelikte olsalar da, Yönetmelik'in 5/3. maddesindeki tanım dikkate alındığında Yönetmelik açısından ihbar değildirler.

Kanun'da aile içi şiddete vakıf olan Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, aile mahkemesine bildirim yapma konusunda, bağlı yetkiye mi yoksa takdir yetkisine mi sahip olduğu belirtilmemiştir. Buna karşılık Kanun'un 2/3. maddesinde, koruma kararına uyulmaması halinde, Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kamu davası açma konusunda bağlı yetkiye sahip olduğu "...Sulh Ceza Mahkemesi'nde kamu davası açar" ifadeyle açıkça düzenlenmiştir.

Yönetmelik'in 5/4. maddesinde kullanılan "*Cumhuriyet Başsavcılığı müracaat üzerine evrakın onaylı bir örneği ile aile nüfus kayıt tablosu-*

nu ihbar³⁴ yazısına ekleyerek ivedilikle aile mahkemesine gönderir.” ifadesi ise bağlı yetkiye işaret etmektedir. Bununla birlikte söz konusu bağlı yetki, sadece Cumhuriyet Başsavcılığı’na yapılan müracaatlarla sınırlandırılmıştır. Yani ortada herhangi bir bildirim olmaksızın, Cumhuriyet Başsavcılığı’nın aile içi şiddet olayını kendisinin öğrenmesi halinde (radyo-televizyon yayını, gazete haberi vb.), yine de bildirim yükümlülüğünün olup olmadığı açıklığa kavuşturulmamıştır. Ancak böyle bir durumda da Cumhuriyet Başsavcılığı’nın aile mahkemesine bildirim yükümlülüğünün olduğunun kabulü, Kanun’un lafzı ve ruhu açısından daha uygun bir çözüm yolu olacaktır. Zira Cumhuriyet Başsavcılığı’nın yaptığı, netice itibariyle sadece bir bildirimdir. Tedbir kararının verilmesi ise, olayı değerlendirecek aile mahkemesinin takdirine bırakılmalıdır. Hatta aile içi şiddet olayı Cumhuriyet Başsavcılığı’nın önüne şikayet yoluyla gelmiş ve sonradan şikayetçi şikayetinden vazgeçmiş olsa bile, yine de aile mahkemesine bildirimde bulunulmalıdır.³⁵

Hakkında tedbir kararı alınabilecek kişiler, Kanun’un eski metninde sadece kusurlu eş ile sınırlandırılmışken; 2007 değişikliği sonrasında *“kusurlu eş veya diğer aile bireyi”* olarak bu eksiklik düzeltilmiştir. Ancak hakkında koruma kararına hükmedilebilecek kişinin kusurlu olması şarttır. Başka bir deyişle, kusur izafe edilemeyecek kişiler hakkında koruma kararının kurulabilmesi mümkün değildir.

Koruma kararı vermekle görevli mahkeme, AKDK’nın 1/1. maddesine göre aile mahkemesidir.³⁶ Ancak Kanun metninde görevin aksine, yetki belirlemesi yapılmamıştır. HUMK’nın 104. maddesinde, tedbir kararlarının en az masrafla ve en çabuk uygulanabileceği yer mahkemesinden verilebileceği belirtilmiştir. Yönetmelik’in 5/6. maddesinde bu durum, *“Koruma kararı en az masrafla, en çabuk ve en kolay ulaşı-*

³⁴ Yönetmelik’in ilgili maddesinde, sadece ihbar yazısından söz edilmiş; şikayet kelimesi unutulmuştur.

³⁵ Aile mahkemesi hakiminin, sadece şiddete uğrayan aile bireyinin talebiyle bağlı olmadığı ve Cumhuriyet Başsavcılığı’nın kendisine yaptığı bildirim üzerine de karar verebildiği dikkate alındığında; şiddete maruz kalan aile bireyi tarafından kendisine yapılan başvurunun geri alınması halinde de -gerekli şartların oluştuğuna kanaat getirildiyse- tedbir kararına hükmedebileceğinin kabulü gerekir.

³⁶ AKDK’nın ilk halinde yer alan sulh hukuk mahkemesi ibaresi, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un 9/1. maddesiyle 18.01.2003 tarihinde aile mahkemesi hakimi olarak değiştirilmiş; 2007 değişikliğinde de aynı ifade korunmuştur.

labilecek yer aile mahkemesinden istenebilir.” ifadesiyle netleştirilmiştir.³⁷

AKDK'nın 1/5. maddesine göre, Kanun kapsamında koruma kararı verilmesi için yapılan başvurular ve verilen kararın infazı için yapılan icrai işlemler harca tabi değildir. 2007 değişikliğiyle yapılan önemli düzenlemelerden biri de verilen koruma kararının infazı için yapılan icrai işlemlerin de harca tabi olmadıklarının fıkraya eklenmesidir. Özellikle AKDK kapsamındaki başvuruların tamamına yakınının, kadınların ve çocukların korunmasına ilişkin olduğu göz önünde bulundurulduğunda, harç muafiyeti Kanun'un uygulanmasının yaygınlaşması açısından önem taşımaktadır.

AKDK'da yapılan 2007 değişikliğinden sonra da hakimin koruma kararını vermeden önce duruşma yapıp yapmayacağı yönünde bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin Gerekeçe'sinde “... kadının tekrar şiddete uğrama ihtimalini göz önüne alarak başvurunun hemen ardından tanık ya da karşı tarafın dinlenmesine gerek olmadan bu kararı verebilecektir.” denilmek suretiyle duruşma yapılmaksızın karar verilebileceği vurgulanmıştır.

Benzer şekilde Yönetmelik'in 14/3. maddesinde, koruma kararlarının duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden ve işin niteliği gereği en kısa sürede verilmesi gerekliliği, düzenlenmiştir. Kanun'un amacının, aile içi şiddete uğrayan aile bireyinin mümkün olan en hızlı şekilde korunması olduğu dikkate alındığında, yapılan düzenleme olumludur. Ancak hakim gerekli gördüğü durumlarda tarafları dinleyebilir.

Kanun'un uygulanması bakımından önem taşıyan bir diğer nokta, şiddet uygulayan aile bireyine, koruma kararında hükmolunan tedbirlere aykırı davranması halinde, tutuklanacağı ve hakkında hapis cezasına hükmedileceğinin³⁸ ihtar olunması gerekliliğidir. Söz konusu ih-

³⁷ Tedbir kararının sadece aile mahkemesi hakimi tarafından verilebilmesi eleştirilmiş ve Cumhuriyet Başsavcılarının da dosyayı aile mahkemesine göndererek zaman kaybetmek yerine kendilerinin tedbir kararı verebilmelerinin daha yerinde olacağı iddia edilmiş olsa da (TC Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, s. 80.); Kanun'un lafzı ve ruhu dikkate alındığında söz konusu görüşe katılmaya imkan yoktur.

³⁸ AKDK'nın 1/3. maddesinde geçen “tutuklanacağı ve hakkında hapis cezasına hükmedileceği” ifadesi, Anayasa'nın Başlangıç'ındaki güçler ayrılığı ilkesi ile 138/2. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nin incelemesine tabi kılınmışsa da; “Koruma kararında yer alan tedbirlere aykırı davranan kusurlu eşin tutuklanmasının istenmesi durumunda hakimin, tutuklamanın genel ve özel koşullarının bulu-

tar, AKDK'nun 2/4. maddesinde düzenlenen yaptırımın uygulanmasına ilişkin bir ön uyarı niteliğindedir. Ancak Kanun'da ihtarın yöntemine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. AKDK'nun 1/3. maddesinden anlaşılması gereken, tedbir kararının aile içi şiddet uygulayan kişiye tebliğ olunması gerektiğidir.³⁹ Yönetmelik'in 15/3. maddesinde kolluk kuvvetlerinin, koruma kararının içeriğine göre ilgililere bildirimde bulunacağı ve bu bildirim tutanak altına alınacağı düzenlenmiştir.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, AKDK kapsamında verilen kararlar, HUMK'ta düzenlenen ihtiyati tedbirlerden farklı; hüküm niteliği ağır basan ve kendine özgü yapısı olan tedbirlerdir.⁴⁰ Tedbir kararına karşı temyiz incelemesine değil,⁴¹ itiraz yoluna başvurulması mümkündür. İtirazı inceleyecek merci, kararı veren mahkemedir. İtirazın konusunu tedbirin içeriği veya süresi oluşturabileceği gibi; tedbir kararının kaldırılması istemi ya da reddedilen tedbir istemi de oluşturabilir. İtirazı aleyhine tedbir kararı verilen veya tedbir talebiyle başvuran aile bireyi yapabilir. İtirazın yapılması, tedbir kararının icrasını durdurmaz.

IV. UYGULANACAK TEDBİRLER

AKDK'nun 1/1. maddesine göre aile mahkemesi hakimi, Kanun'un 1/2. maddesinde sayılan tedbirlerden bir ya da bir kaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başka tedbirlere⁴² resen hükmedebilir. Yani Kanun'un 1/2. maddesinde sayılan tedbirler, sınırlı sayıda değildir;

nup bulunmadığını serbestçe değerlendirerek karar verebilecek durumda olması" nedeniyle Anayasaya aykırı bulunmamıştır. Anayasa Mahkemesi, E. 1999/35, K. 2002/104, 12.11.2002.

³⁹ Nitekim bir Yargıtay kararında "Tedbir kararının sanığa tebliğ edilip edilmediği ya da sanığın tedbirden haberdar olup olmadığı araştırılıp tespit edilmeden eksik soruşturmaya dayalı olarak karar verilmesi" bozma nedeni olarak değerlendirilmiştir. Yargıtay 7. C.D., E. 2001/8757, K. 2001/9614, 25.05.2001.

⁴⁰ Yargıtay, "4320 sayılı Kanun uyarınca oluşturulan kararlar, hakim belirlediği süre ile geçerli ve temyiz incelemesine tabi olmayan geçici tedbir niteliğinde kararlardır." ifadesini kullanmıştır. Yargıtay 2. H.D., E. 1998/9364, K. 1998/10828, 14.10.1998.

⁴¹ AKDK uyarınca verilen kararların temyiz edilememesi, bu Kanun hakkında içtihat hukukunun gelişmemesine ve bunun sonucu olarak da Kanun'un uygulanması hakkında ülke genelinde yeknesaklık sağlanılamamasına neden olmuştur.

⁴² Bu durum, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin gerekçesinde "kusurlu eşin işyerindeki amirine veya işverenine durumu haber verme gibi" ifadesiyle de açıklanmıştır.

yasa koyucu tarafından uygulamaya yol göstermek için örnek olarak düzenlenmişlerdir. Aile mahkemesi hakimi, başvuru sahibinin talep ettiği tedbirlerle bağlı değildir. Talep edilen tedbirlere hükmedebileceği gibi; talep olunmadığı halde, gerekli gördüğü tedbirlere de resen karar verebilir. Bu durumun bir diğer sonucu, başvuruda bulunan aile içi şiddet mağdurunun isteminin de, Kanun'da sayılan tedbirlerle bağlı olmadığıdır.⁴³

Aşağıda teker teker açıklanacak bu tedbirlerin uygulanma süresi, Kanun'un 1/3. maddesi uyarınca 6 ayı geçemez. Tedbirlerin uygulanacağı alt süre konusunda, Kanun'da ya da Yönetmelik'te bir düzenleme getirilmemiştir. Altı aylık süre tedbir kararı verilebilecek yeni bir durumun meydana gelmesi halinde, hakim tarafından yeniden tedbir kararı verilmesine engel değildir. Kanun'daki süreye ilişkin bir diğer belirsizlik, karar verilen tedbire ilişkin sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı konusundadır. Sürenin kararın verildiği tarihten değil; aleyhine tedbir kararı verilen aile bireyine kararın tebliği tarihinden itibaren işlemeye başlayacağına kabulü, Kanun'un amacı açısından daha uygundur.⁴⁴

Kanun'un 1/2. maddesinde düzenlenen ilk tedbir, aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik söz ve davranışlarda bulunulmasına ilişkindir. Yönetmelik'in 7. maddesinde bu tedbirin, aile içi şiddete maruz kalan aile bireylerinin korunması amacıyla, kusurlu eşin veya diğer aile bireyinin, şiddete veya korku yaratmaya yönelik söz ve davranışta bulunmaması için uyarılması anlamına geldiği düzenlenmiştir. Yasa koyucunun kullanmış olduğu "*şiddete veya korku yaratmaya*" ifadesi (ve bu ifadenin Yönetmelik'te de tekrar olunması), yurarda gerekçeleri açıklandığı üzere yerinde değildir. Bununla birlikte kişi hak ve özgürlüklerine en az müdahale içeren tedbir olduğu da göz önünde bulundurularak, her başvuruda bu tedbire hükmedilmesi

⁴³ Ankara 8. Aile Mahkemesi'nin bir kararında, başvuruda bulunan aile bireyi, Kanun'da sayılanlar haricinde bazı tedbirlere hükmedilmesi talebinde bulunmuş ve bu talep Mahkeme'ce kabul edilmiştir. Kanun'da sayılanlar dışında talep edilen ve hükmedilen tedbirler şunlardır: "*Yaz tatilinde ailenin Gerede'de babaanne ve büyükbabayla kalma süresinin 15 günü aşmaması; Kusurlu eşin, ev içerisinde sigara içmemesi, diş, beden, temizlik ve sağlığına özen göstermesi; Kusurlu eşin, çocuklarına ve eşine karşı ilgili ve sevecen davranması, onlara yeterli zaman ayırması*". Ankara 8. Aile Mahkemesi, E. 2009/66, K. 2009/66, 02.06.2009.

⁴⁴ Yönetmelik'in 15/3. maddesinde, kolluğun izleme görevinin koruma kararının verildiği tarihte başlayacağı düzenlenmiştir.

mümkündür. Ancak uyarıya yönelik bu tedbir, diğer tedbirlerin uygulanabilmesinin bir ön şartı olarak da değerlendirilemez.

Kanun'un 1/2/b bendinde yer alan tedbirde, şiddet uygulayan aile bireyinin müşterek evden uzaklaştırılarak bu evin diğer aile bireylerine tahsisi ile diğer aile bireylerinin birlikte ya da ayrı oturmakta olduğu eve veya işyerlerine yaklaşmamasına hükmedilebileceği düzenlenmiştir. Yönetmelik'in 8. maddesiyle, Kanun'da sayılan yerlere, "çocukların okulları" da dahil edilmiştir. Bu tedbirin uygulanması, kusurlu eş veya şiddet uygulayan diğer aile bireyinin, uzaklaştırıldığı konutun kira, elektrik, su, telefon, doğalgaz ve benzeri giderlerini karşılamaya devam etmesine engel değildir. Hakim uzaklaştırılan kişinin bu tür yükümlülüklerinin devamına karar verebilir.

2007 değişikliğiyle, şiddet uygulayan kişinin sadece müşterek eve değil; aile bireylerinin birlikte ya da ayrı oturmakta oldukları eve de yaklaşmamasına hükmedilebileceği düzenlenmiştir. Yaklaşılması tedbiren yasaklanan ev, arkadaş evi ya da yazlık ev (yayla evi, dağ evi, vb.) de olabilir.

Hakime tanınan yetki uyarınca, hükmedilebilecek diğer tedbirler kapsamında, sığınma evine yaklaşılmasının da yasaklanmasına karar verilebilir. Ancak yasa koyucu yerinde bir tercihle, öncelikle müşterek evin diğer aile bireylerine tahsisi yolunu seçmiştir. Bu noktada müşterek evin mülkiyetinin şiddet uygulayan aile bireyine ait olması veya bu kişinin müşterek ev üzerinde kullanıma ilişkin bir sınırlı aynı hakka (intifa, süknâ vb.) sahip olması önem taşımaz. Müşterek eve ilişkin kira akdine, aleyhine tedbir kararı verilen kişinin taraf olması da tedbirin uygulanmasına engel değildir.

Kanun'un 1/2/b bendinde yer alan tedbirin ikinci kısmı, şiddet uygulanan aile bireylerinin işyerlerine yaklaşılmasının yasaklanmasına ilişkindir. Şiddet uygulayan ve uygulanan aile bireylerinin aynı işyerinde çalışmaları durumunda bu tedbirin uygulanmasına özellikle dikkate edilmelidir. Zira bu kişilerin aynı işyerinde çalışmaları ve şiddet uygulayan aile bireyi hakkında işyerine yaklaşmama tedbirine hükmedilmesi halinde, şiddet uygulayan aile bireyinin iş akdinin feshi gibi bir sonuç da ortaya çıkabilir. Bu kişinin özellikle ailenin geçimini sağlamak konusunda asli rolü üstlendiği durumlarda, tedbir amacına hizmet etmekten uzaklaşabilir. Böyle bir somut durumla karşılaşan hakim, şiddet uygulayan kişinin işverenine ya da amirine olayı haber

vermek, vardiya veya bölüm değişikliğine gidilmesini sağlamak gibi yöntemleri tercih edebilir.

Şiddet uygulayan aile bireyinin, diğer aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesi konusunda uyarılmasına ilişkin tedbir, Kanun'un 1/2/c bendinde düzenlenmiştir. Bu eşyaların taşınır olabileceği gibi taşınmaz da olabileceği şüphesizdir. Zarar verilmeyecek eşyaların kapsamının, aile bireylerinin üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduklarıyla belirlenmesi doğru olmaz. Aile bireylerinin üzerlerinde mülkiyet hakkına sahip olmasalar bile, kullarımlarına özgülenmiş olan (aynı ya da şahsi hakla) eşyaların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

Ancak şiddet uygulayan aile bireyinin mülkiyetindeki eşyaların, fiilen ortak kullanıma özgülenmiş olmaları durumunda bu tedbirin uygulanıp uygulanamayacağı şüphelidir. Kanun'un 1/2/c bendinde sadece "*Aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesi*" ifadesi kullanılmış; Yönetmelik'te de konuya ilişkin başka bir açıklama getirilmemiştir. Doktrinde⁴⁵ şiddet uygulayan aile bireyinin mülkiyetindeki -özellikle kişisel eşyalar dışında kalan ve ailenin ortak kullanımına özgülenmiş olan- eşyalar için de tedbire hükmedilebileceği ileri sürülmüştür.

Bununla birlikte mülkiyet hakkının barındırdığı yetkilerden biri olan tasarruf etme yetkisinin, kişinin mülkiyetindeki eşyalara zarar verebilmesini de kapsadığı ve Anayasa'nın 35/2. maddesi uyarınca mülkiyet hakkının sadece kanunla sınırlanabildiği dikkate alındığında (AKDK'nın 1/2/c bendinde bu konuda düzenleme olmadığı da göz önünde bulundurularak) görüşe katılmaya imkan yoktur. Yani bu konuda yasal bir düzenleme olmadığından hakim, diğer tedbirler çerçevesinde de mülkiyet hakkının kısıtlanması sonucuna yol açacak böyle bir koruma kararı veremez. Şiddet uygulayan aile bireyinin kendi mülkiyetindeki eşyalara zarar vermesi, ancak aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik söz ve davranışlarda bulunmamasına ilişkin tedbir kapsamında değerlendirilebilir.

Şiddet uygulayan kişinin aile bireylerini iletişim araçları ile rahatsız etmemesine ilişkin tedbir (AKDK 1/2/ç), Yönetmelik'in 10. maddesinde "*Hakim tarafından, aile içi şiddete maruz kalan aile bireylerinin ko-*

⁴⁵ Güven, K., s. 25; Uçar, M. A., s. 157; Uluğ, İ., "Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Aile İçi Şiddetin Önlenmesi", *Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, 2005, S. 6, s. 446.

runması amacıyla, kusurlu eş veya diğer aile bireylerinin, görsel, işitsel, yazılı, internet ve benzeri iletişim araçları ile hakkında koruma kararı verilen aile bireylerini rahatsız etmemesi için hükmedilen tedbirdir.” ifadesiyle açıklanmıştır. Söz konusu iletişim araçlarına telefon, telgraf, mektup, faks, e-posta ve hatta gazete veya radyo-televizyon yayınları dahildir.

Bu tedbirin aile bireyleri arasındaki her türlü iletişimin engellenmesi olarak değil, sadece rahatsızlık verici veya şiddete yönelik iletişimlerin engellenmesi olarak yorumlanması yerinde olacaktır. Zira bir şiddet olayı yaşanmış olsa dahi, aile bireylerinin çeşitli konularda iletişim kurmaları zorunlu olabilir (örneğin eşler arasında yaşanan şiddet nedeniyle tedbir kararına hükmedilmesi durumunda, bu kişilerin müşterek çocukların velayeti ile ilgili konuları konuşmaları gerekebilir). Ancak bu noktada hemen akla gelen mesele, şiddet uygulayan aile bireyinin tedbir kararına rağmen diğer aile bireyleriyle iletişim kurması halinde, iletişimin içeriğinin rahatsızlık verici olup olmayacağına ilişkin ispat sorununun nasıl çözümleneceğidir.

Şiddet uygulayan aile bireyinin silah veya benzeri araçlarını genel kolluk kuvvetlerine teslim etmesine ilişkin tedbir, Kanun'un 1/2/d bendinde düzenlenmiştir. Genel kolluk kuvvetlerine teslim edilen silahlar, Yönetmelik'in 11. maddesine göre tedbir süresinin sonuna kadar adli emanete alınacaklardır. Kamu görevi nedeniyle silah taşıyanlar açısından daha da dikkatli uygulanması gereken bu tedbir, özellikle şiddetin önlenmesi ve sonuçlarının etkisinin azaltılması konusunda önemli işleve sahiptir. Görevleri nedeniyle silah taşıyanlar açısından bu tedbir, bu kişilerin sicil amirlerine durumun bildirilmesi, silahla eve yaklaşmalarının yasaklanması veya görev alanlarının yeniden düzenlenmesi gibi yollarla da etkinleştirilebilir.

Şiddet uygulayan aile bireyinin, alkollü veya uyuşturucu herhangi bir maddeyi kullanılmış olarak şiddet mağdurunun yaşamakta olduğu konuta veya işyerine gelmemesi veya bu yerlerde bu maddeleri kullanmaması hakkında uyarılmasına ilişkin tedbir, AKDK'nın 1/2/e bendinde düzenlenmiş ve Yönetmelik'in 12. maddesinde açıklanmıştır. Bu tedbire hükmedilmesi halinde, AKDK'nın 2. maddesinde düzenlenen suçun oluşması açısından aile bireyinin, sarhoş olarak tedbir kararını ihlal etmesi şart değildir. Sarhoşluk eşiğine yaklaşılmadığı halde, bu tür bir maddenin kullanılması tedbir kararının ihlali için yeterlidir.

2007 değişikliğiyle 1/2. maddeye son bent (f bendi) olarak eklenen tedbir, şiddet uygulayan aile bireyinin bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması konusunda uyarılmasına ilişkindir.⁴⁶ Yönetmelik'in 13. maddesinde düzenlenen bu tedbire hükmeden hakim, muayene ve tedavinin sağlanması için şiddet uygulayan kişilerin, illerde İl Sağlık Müdürlüğü'ne, ilçelerde Sağlık Grup Başkanlığı'na başvurması gerektiğini, kararında belirtir. Bu kişiler "İl Sağlık Müdürlükleri Ruh Sağlığı Şubeleri"nce veya "Sağlık Grup Başkanlıkları"nce resmi veya -kendi istekleri üzerine- özel sağlık kurumlarına sevk edilir. İlgilinin tedaviyi sürdürüp sürdürmediği ve yapılan işlemin sonucu, İl Sağlık Müdürlüğü veya Sağlık Grup Başkanlığı tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir. AKDK'nın uyarınca uygulanabilecek bir diğer tedbir ise, ikinci fıkrada düzenlenenlerden farklılık arz eden tedbir nafakasıdır. Yasa koyucu Kanun'un 1/4. maddesinde bu konuyu, "Eğer şiddeti uygulayan eş veya diğer aile bireyi aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi ise hakim bu konuda mağdurların yaşam düzeylerini göz önünde bulundurarak daha önce Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedebilir." ifadesiyle düzenlemiştir.

Yönetmelik'in 16/2. maddesi uyarınca tedbir nafakasına ilişkin kararın bir örneği, mahkeme tarafından resen ilgili icra müdürlüğüne gönderilir. Nafaka ödemekle yükümlü kılınan kişinin herhangi bir sosyal güvenlik kurumu ile bağlantısı olması durumunda nafaka, şiddet mağdurunun başvurusu aranmaksızın, ilgilinin maaş ya da ücretinden icra müdürlüğü tarafından tahsil edilir.

V. YAPTIRIM

Koruma kararına konu teşkil edebilecek tedbirlerin (tedbir nafakası hariç) tümü, bir üst başlıktaki açıklamalarla da ortaya konuldu-

⁴⁶ 2007 değişikliğinin Genel Gereğesi'nde bu tedbirle ilgili olarak aşağıdaki ifade kullanılmıştır: "Anayasa'nın 'Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler' başlıklı Üçüncü Bölümü'nün 'Ailenin Korunması' başlıklı 41. maddesinde 'Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arası eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alır.' hükmü bulunmakla; Devlet özellikle ananın ve çocukların korunmasını sağlamakla yükümlü tutulmaktadır. Bu nedenle şiddet uygulayan bireyin herhangi bir rahatsızlığının bulunup bulunmadığı hususunun tespiti ve tedavisi ile uyguladığı veya uygulayacağı şiddetin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır."

ğu üzere, şiddet uygulayan kişiye hakim tarafından yapılan bir takım uyarılardan ibarettir. Söz konusu tedbirlere aykırılığın yaptırımları düzenlenmemiş olsaydı, bu tedbirler şiddete karşı birer temenni olmaktan öteye geçemezdi. Bu gerçeği göz önünde bulunduran yasa koyucu, AKDK'nın 2. maddesini koruma kararına muhalefet suçuna ayırmıştır.

2. maddenin ilk fıkrası gereğince, koruma kararının bir örneği mahkemece Cumhuriyet Başsavcılığı'na tevdi olunur ve Cumhuriyet Başsavcılığı kararın uygulanmasını genel kolluk kuvvetleri marifeti ile izler. Yönetmelik'in 15/1. maddesi bu kararın Cumhuriyet Başsavcılıkları'nda tutulacak olan "*Koruma Kararı Defteri*"ne kaydedileceğini öngörmektedir. Tedbir kararı, tarafların bulunduğu yerin bağlı olduğu kolluk kuvvetine içeriğine göre işlem yapılmak üzere ivedilikle gönderilir. Cumhuriyet Savcılığı'nca gerektiğinde koruma kararının başvuruda bulunanlar tarafından kolluğa götürülmesine olanak tanınır.

Kolluğun izleme görevi, koruma kararının verildiği tarihte başlar. Kolluk kuvvetleri, koruma kararının içeriğine göre ilgililere bildirimde bulunur. Bu bildirim tutanak altına alınır ve karar süresince tedbirlerin yerine getirilip getirilmediği kontrol edilir. Bu kontrol, lehine koruma kararı verilen kişinin bulunduğu konutun haftada bir kez ziyaret edilmesini, birinci derece yakınları ile iletişim kurulmasını, komşularının bilgisine başvurulmasını, oturulan yerin muhtarından bilgi alınmasını, bulunduğu konutun çevresinde araştırma yapılmasını, içerir.

Yukarıda belirtilen veya başka şekilde gerçekleştirilen kontrol işlemleri sonucunda, kişinin aleyhine verilen koruma kararına uymadığının tespit edilmesi halinde; bu durum tutanağa bağlanır. Koruma kararına uyulmaması halinde, genel kolluk kuvvetleri mağdurların şikayet dilekçesi vermesine gerek kalmadan, resen soruşturma yaparak evrakı en kısa zamanda Cumhuriyet Başsavcılığı'na intikal ettirir. Cumhuriyet Başsavcılığı koruma kararına uymayan eş veya diğer aile bireyleri hakkında Sulh Ceza Mahkemesi'nde kamu davası açar. Fiili başka bir suç oluştursa bile, koruma kararına aykırı davranan eş veya diğer aile bireyleri hakkında ayrıca üç aydan altı aya kadar hapis cezasına hükmolunur.

SONUÇ YERİNE

Ailenin korunması alanındaki son gelişmelerin açıklanmasının amaçlandığı bu çalışmanın son bölümü için belki de en uygun seçim, dışarıdan bakıldığında aile içi şiddetin nasıl görüldüğüne ilişkin fikir verebilecek bir kararın değerlendirilmesidir. Çok yakın tarihli bir kararlar⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM), aile içi şiddete karşı yeterli koruma önlemi almayarak, kadın vatandaşlarına yönelik ayrımcılık yaptığı gerekçesiyle tazminata mahkum ettiği ilk ülke Türkiye olmuştur.

AİHM, 2002 yılında başvuru yaparak kendisini döven, bıçakla yaralayan, ölüme tehdit eden ve daha sonra İzmir'e kaçarken annesini tabancayla vurarak öldüren eski kocası H.O.'ya karşı devletin kendisini "*etkili bir şekilde koruyamadığı*" iddiasında bulunan N.O.'nun istemi haklı bularak; Türkiye'nin AİHS'nin yaşam hakkıyla ilgili 2., kötü muamele ve işkencenin yasaklanması ile ilgili 3. ve ayrımcılığın yasaklanmasıyla ilgili 14. maddelerini ihlal ettiğini tespit etmiştir.

Yetkililerin aile içi şiddete ilişkin davaları aile içi bir sorun olarak gördükleri ve şikayetlerin geri çekilmesinin ardındaki nedenleri görmezden geldikleri tespitinde bulunan AİHM, Türkiye'nin her türlü aile içi şiddetin cezalandırıldığı ve mağdurların yeterli düzeyde korunduğu bir sistemi kurmakta başarısız olduğunu vurgulamıştır. Davacının ve annesinin yaşadıklarının cinsiyete dayalı şiddet kapsamında değerlendirilebileceğinin ve bunun da bir ayrımcılık olduğunun altını çizen AİHM, yargının bu tür durumlarda pasif kalmasının aile içi şiddet için elverişli bir ortam yarattığını belirtmiştir.

Hatta yapılan yasal reformlara karşın, yargının bu tür aile içi şiddet olaylarında sonuca etkili olacak önlemleri alamamasının ve hatta bu nedenle şiddet uygulayan kişilerin yeterince cezalandırılmamalarının da aile içi şiddeti önlemek konusunda etkisizliğe neden olduğu kararın gerekçeleri arasında sayılmıştır. Tüm bu açıklanan sebeplerle Türkiye aleyhine 36.500 Avro'luk bir tazminata hükmedilmiştir. AİHM'nin kararı dikkate alındığında, Türkiye'nin önünde aile içi şiddeti önlemek konusunda alınacak yasal önlemler olduğu kadar; yargısal alanda da atılması gerekli adımlar bulunmaktadır.

⁴⁷ Case of Opuz v. Turkey, Application No. 33401/02, 09.06.2009.

KAYNAKLAR

- Akın, A., "Kadına Karşı Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Açısından Konuya Bakış", *Adalet Dergisi*, S. 30.
- Akın, M., "Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da Belirtilmeyen Tedbirlere Hükmedilmesi ve Danışmanlık Tedbirinin Uygulanması", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 2007, S. 14.
- Akıncı, Ş., "Medeni Kanun'da Kadın ve Aile", *GÜHFD*, 2004, C. 8, S. 1-2.
- Akıntürk, T., *Aile Hukuku*, B. 10, İstanbul 2006.
- Ateş, M., "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2000, S. 3.
- Ayan, S., *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara 2004.
- Badur, E. / Ertem, B., "Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukuki Boyutları (Ceza Kanunu, Medeni Kanun ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kapsamında Bir İnceleme)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, S. 65.
- Balo, S., "Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması", *Adalet Dergisi*, S. 12.
- Centel, N., "Mağdurun Korunmasında Yeni Bir Yaklaşım", *Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan*, İstanbul 1999.
- Dural, M. / Ögüz, T. / Gümüş, A., *Türk Özel Hukuku*, C. III, *Aile Hukuku*, İstanbul 2005.
- Erdem, M., "Aile İçi Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S. 73.
- Erdenk, E., "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Kavram ve Uygulama Bakımından İncelenmesi", *Manisa Barosu Dergisi*, 2004, S. 75.
- Güven, K., "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Getirdiği Hukuki Tedbirler", *GÜHFD*, 1998, C. 2, S. 1-2 (İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan).
- Hacıoğlu, B. C., "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'la İhdas Edilen Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a Muhalefet Suçu Üzerine Bir İnceleme", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1999, C. II, S. 1.
- Kahveci, N., "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da 5636 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler", *İzmir Barosu Dergisi*, 2007, S. 72.

- Karınca, E., *Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri*, Ankara 2008.
- Karınca, E., "Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da 5636 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 2007, S. 11.
- Karınca, E., "Aile İçi Şiddet Mağdurunun Korunmasına İlişkin Düzenlemeler", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 2007, S. 9.
- Köseoğlu, B., "Ailenin Şiddetten Korunması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, S. 77.
- Öztan, B., *Aile Hukuku*, B. 5, Ankara 2004.
- Peker, Ö. L., "Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a Göre Verilen İlamların İcrası", *Yargıtay Dergisi*, 2000, C. 26, S. 4.
- TC Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un ve Uygulamalarının Değerlendirilmesi Üzerine Bir Araştırma, Ankara 2008, s. 82.
- Uçar, M. A., *Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası*, Ankara 2003.
- Uğur, H., "Uluslar Arası Sözleşmeler ve AİHM Kararları Işığında Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Gayri Resmi Evlilikler Hakkında Yargıtay Kararı", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 2009, S. 34.
- Uluğ, İ., "Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Aile İçi Şiddetin Önlenmesi", *Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, 2005, S. 6.
- Zevkliler, A. / Acabey, B. / Gökyayla, E., *Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, B. 6, Ankara 2000.

MAAŞ VE ÜCRET HACZİ

Murat YAVAŞ*

I. Bir Kısmı Haczedilebilecek Maaş ve Ücretler

Alacaklısının kendisine karşı başlatmış olduğu takip ya da ikame edilen bir dava sonucunda borçluluğu takip hukuku ya da maddi hukuk bakımından kesinleşmiş bulunan kimsenin üçüncü kişilerle giriştiği hukuki ilişkiler nedeniyle alacaklı durumuna gelebilmesi mümkündür. Örneğin takip borçlusunun bir işyerinde çalışma karşılığı elde edebileceği ücret bu niteliktedir. Bu tür durumlarda, maaş ve ücretlerin nasıl ve ne oranda haczedilebileceği İİK m. 83 ve m. 355 vd. hükümlerinde gösterilmiştir.

Maaş ve ücretlerin kısmen haczi mümkündür. Bu bağlamda, borçlunun ve ailesinin geçinmesi için gerekli olan miktarın borçluya bırakılması neticesinde arta kalan meblağın haczi söz konusu olabilecektir. Kanun koyucunun maaş ve ücret hacizlerinde kısmi haciz esasını benimsemiş olmasının temelinde genel olarak toplumun en temel yapısını oluşturan aile kavramının korunmasına vermiş olduğu önem yatmaktadır.¹ Zira bir borçtan dolayı maaş ve ücretin tamamı haczedilecek olursa borçlunun kendisi ile ailesinin sosyal ve iktisadi açıdan varlığını devam ettirebilmesi genellikle mümkün olmaz. Ancak bu ifadeden hareketle, maaş ve ücretlerin kısmen haczedilmesindeki amacın sadece aile olgusunun korunması olduğu anlaşılmamalıdır. Eğer böyle olsaydı evli olmayan bir kimsenin maaş veya ücretinin kısmen haczini

* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Keser, Hakan, 4857 Sayılı İK ve 2004 Sayılı İİK Çerçevesinde Haciz, İflas, Konkordato ve İşverenin Aczinin İş Sözleşmesinden Doğan Bazı Temel Haklara Etkileri, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2006/12, (s. 1182-1220), s. 1190.

açıklayabilmek söz konusu olmazdı. Maaş ve ücretin kısmen haczinde esas amacın borçlunun korunması olduğuna işaret etmek gerekir. Takip hukukunda sorumluluk kural olarak şahsi emeğe değil mala yöneliktir. Dolayısıyla borçlu, iktisadi ve sosyal açıdan varlığını sürdürebilmek için şahsi emeğini ortaya koyarak bir gelir elde etmiş ise bunun üzerine borcun tamamı kadar haciz koymak Anayasa'nın 17. maddesine aykırılık meydana getirebilecektir. Nitekim anılan hüküm "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*" şeklindedir.

İİK m. 83'te kısmen haczi caiz olan şeyler sayılmıştır Buna göre, her tür ücretler, maaşlar ve ödenekler² intifa hakları ve hasılatı, ilama bağlı olmayan nafakalar³ ve emekli aylıkları kısmen haczedilebilir. Üstündağ'a göre,⁴ ücret, maaş ve İİK m. 83'te yer alan diğer kalemlerin takip hukukunda ayrıca tanzim edilmiş olmasının nedeni, bunların borçluya ait tek paraya çevrilebilir şeyler olmasından ve borçlunun mevcudiyetinin temelini teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, borçlu ve belki de ailesi için çok büyük bir önemi haiz bulunan bu unsurları gereksiz ve aşırı müdahalelerden başışık tutmak önem taşımaktadır. Genel olarak kısmen haczi caiz olarak ifade edilmiş şeylerin kısaca incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Kısmen haczi caiz olan şeylerin başında da ücretler gelmektedir

Ücret kavramı içine, gerek bedensel ve gerekse fiziksel çalışma sonucu elde edilen tüm gelirler dahil olmaktadır.⁵ İstisna veya vekalet akdinden doğan alacakların ücret kapsamı içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmıştır. İsviçre hukukunda ücret kavramından, ifa edilen iş karşılığı verilen ivaz anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki ilişkinin devamlılık arz etmesi gerekmeyip geçici olanların da bu kavrama dahil edileceği kabul edilmektedir.⁶ Hatta alınan meblağa verilen isim de önemli değildir. Önemli olan ücretin niteliği, yani yapılan bir işin karşılığı olmasıdır. Federal Mahkeme içtihatlarına göre

² İstisnası için bkz. İİK m.82/9.

³ İlama bağlı nafakalar hiçbir surette haczedilemez. Zira mahkeme nafaka miktarını tayin ederken nafaka alacaklısının geçinmesi için gerekli olan miktarı dikkate almıştır.

⁴ Üstündağ, Saim, *İcra Hukukununun Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 190.

⁵ Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Haciz*, Manisa 1990, s. 701; Akın, Levent, "Maaş ve Ücret Haczi", *AÜHFD*, 1995/1-4, (s. 335-363) s. 336.

⁶ Üstündağ, s. 190; Uyar, Haciz, s. 701; Akın, s. 336.

bir işçinin istisna akdi hükümlerine göre üretimine karşılık aldığı ücret de haciz kabiliyetinin oranı bakımından iş akdine göre elde edeceği ücret hükümlerine tabidir.⁷ İsviçre hukukunda ücretin gayri ahlaki bir temele dayanıyor olması da önemli değildir. Bu bakımdan örneğin, ahlak dışı bir şekilde gelir elde eden birinin müstakbel ücretinin haczine cevaz verilmektedir.⁸

Yargıtay, öğrencilerin aldıkları kredi ve bursları da ücret kavramı içinde değerlendirmektedir.⁹

Haczedilecek olan maaş ve ücretler borçlunun kendi rızası ile çalışarak elde etmeye hak kazandığı maaş ve ücretlerdir. Dolayısıyla, zorla çalıştırılan bir borçlunun alacağı ücretin İİK m. 83'e göre haczedilmesi söz konusu olamaz. Her ne kadar Anayasa'nın 18. maddesinde angarya yasaklanmış ise de, bu hükme aykırı olarak çalıştırılan kimsenin elde edeceği ücret üzerine haciz tatbiki mümkün olmamalıdır.

Fransız hukukunda, L. n° 91-650¹⁰ m. 48 ve m. 49 ücret haczi ve ücretin temlik edilmesine ilişkindir. Ancak ücret haczinin özel olarak düzenlendiği alan Fransız İş Kanunu'dur (Code du Travail m. 145-1 ile m. 145-44). Kural olarak, çalışan kimsenin alacaklıları, işverenin, işçisiyle yapmış olduğu sözleşmeden doğan ve işçi tarafından çalışma ediminin yerine getirilmesi ile hak edilmiş bulunan alacağın (işçiye ait olan) tamamını haczedebilir. Ancak ücret, işçinin geçim kaynağının en önemli unsurunu oluşturduğundan, anılan hukuk sisteminde bazı özel düzenlemelerin ihdas edilmesi kaçınılmaz olmuştur.¹¹

Fransız hukukunda, işçinin ücret alacağının haczedilebilmesi için işveren ile aralarında akdedilmiş bulunan bir hizmet sözleşmesinin varlığı gerekir. Hizmet süresinin bu sözleşmeden anlaşılabilir olma-

⁷ Akın, s. 336.

⁸ Üstündağ, s. 192.

⁹ İİD. 20.04.1952 T, 1594 E, 1185 K sayılı karar (Uyar, Haciz, s. 701).

¹⁰ İcra prosedürüne ilişkin kuralları düzenleyen 9 Temmuz 1991 tarihli kanuna L. n° 91-650 ve bu kanunun ilgili maddesi belirtilerek atıfta bulunulmuştur. Anılan kanun 14 Temmuz 1991'de *Journal Officiel'de (Resmi Gazete)* yayımlanmıştır (JO 14 juillet 1991).

¹¹ Le Bayon, Alain, "Saisie des rémunérations", *Juris Classeur Procedure, Formulaire*, 1998/6, Fasc. 2300, (s. 1-20), s. 6. Ücretin bir kimse için yaşamsal öneme sahip olması nedeniyle bu tür gelirler ihtiyati haczin konusunu oluşturmazlar. Bunun için bkz. Courtier, Jean-Loup, "La saisie des rémunérations", *La revue des huissiers de justice*, 1995, (s. 897-901), s. 898.

sı ya da olmaması önemli değildir. Bu bağlamda, çalışmanın geçici ya da kesin bir görev çerçevesinde yapılıp yapılmadığı da dikkate alınması gereken unsurlardan değildir.¹² Hizmet akdinin yoklukla malûl olması, işçinin işveren nezdinde sahip olduğu ücret hakkına hanel getirmez (Code du Travail m. 145-1).

Fransız hukukunda, ücret kavramına verilen anlam geniştir. Bir devlet memurunun maaşı veya bir şirketi yöneten kimsenin bu iş karşılığı alacağı ücret de haczin konusunu oluşturabilir. Ayrıca ücret kavramı söz konusu hukuk sisteminde "gelir" üst başlığı altında incelenmektedir. Çünkü maaş veya ücret alan bir kimsenin geliri sadece bundan ibaret olmayabilir.¹³

İsviçre hukukunda, LP (Loi Fédérale du 11 Avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite=İsviçre İcra ve İflas Kanunu) m. 93, kısmen haczi caiz olan mal ve haklardan bahsederken ücret haczini de kapsam içinde değerlendirmiştir. Buna göre, borçlunun ve ailesinin geçimi için gerekli olan asgari miktar borçluda bırakılmak kaydıyla ücretlerin haczedilebilmesi mümkündür. Ücret haczinde borçluya belli oranda bir miktarın ayrılmasına ilişkin yasal düzenlemenin temelinde bir taraftan borçlunun menfaatlerinin diğer taraftan alacaklının haklarının korunması ve bu iki korunmaya değer menfaatin insani düşüncelerle bağdaştırılması çabası bulunmaktadır.¹⁴ LP m. 92, m. 93'ten farklı olarak borçlunun iktisadi ve sosyal varlığını devam ettirebilmesi ya da sosyal ve insani nedenlerden dolayı bazı malların haczini mutlak bir şekilde yasaklar. Oysa LP m. 93'te sayılan kısmen haczedilebilecek mal veya haklarda borçlunun menfaati LP m. 92'deki gibi ön plana çıkmamaktadır.

İntifa hakları ve hasılatı da kısmen haczi caiz olan şeylerdendir. İİK m. 83'te açıkça intifa hakkı ve hasılatının kısmen haczi öngörüldüğünden, intifa hakkının doğrudan doğruya kendisinin ya da intifa konusu olan şeyin iradının kısmen haczedilebilmesi gerekir. Yargıtay, bir kararında sadece intifa hakkının menfaat ve gelirinin haczedilebileceğini ifade etmiştir.¹⁵ Bir intifa geliri haczedilirken, intifa hakkının ko-

¹² Le Bayon, s. 6; Crosio, Alain, Recouvrement de créances, 3^{eme} édition, Lyon 1997, s. 264.

¹³ Brennier, Claude, *Voies d'executions*, Editions Dalloz, 1998, s. 85.

¹⁴ Mathey, Jean-Claude, *La saisie de salaire et de revenu*, Lausanne 1989, s. 44.

¹⁵ Uyar, Haciz, s. 701, dn.8'de anılan karar.

nusunu teşkil eden şey üzerinde bulunan yüklerin, mükellefiyetlerin ödenmesi için gerekli olan miktarın indirilmesinden sonra, borçlu tarafından mahrum kalınabilecek olan değer dikkate alınacaktır.¹⁶

İntifa hakkının haczinde icra memuru, borçluya ait intifa hakkına karşılık yapılan ödemelerin durdurulması için, haczi kuru mülkiyet hakkı sahibine bildirir. Muhafaza tedbiri mahiyetindeki bildirim ile alacaklı, alacağını borçlunun intifa hakkına karşılık teşkil eden hasılat, gelir ve kira gibi menfaatlerinden alır. İntifa hakkı sonuçta yine borçluda kalır.¹⁷ İntifa hakkının bizzat kendisinin haczedildiği durumlarda bunun nasıl paraya çevrileceğini icra mahkemesi tayin edecektir (İİK m. 121).

İlama bağlı olmayan nafakalar da kısmen haczedilebilir. Oysa ilama dayalı olan nafakaların haczi mümkün değildir. Üstündağ'a göre, ilama dayalı nafaka miktarının borçlunun ve ailesinin ihtiyacını aşmadığı hususu kesin karine meydana getirmektedir.¹⁸ Ayrıca ilama dayalı nafakalar imtiyazlıdır (İİK m. 206). Kanaatimizce yazarın oldukça kesin ve istisna kabul etmez yaklaşımını sorgulamamıza neden olabilecek bazı ihtimallerin bulunabileceğinin kabulü gerekir. Örneğin, eşinden anlaşmalı olarak boşanmış bir kimsenin aylık nafaka gelirinin çok yüksek miktarlara isabet ettiği hallerde durum böyledir. Bu halde, anlaşmalı boşanan ve yüksek nafaka gelirinine sahip olan kimsenin bu gelirin haciz tatbik edilemeyeceğinden, bu nafaka miktarının kendisinin ihtiyacını aşmadığı hususunda kesin bir karinenin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Gerek ilama dayalı ve gerekse ilama dayalı olmayan nafakalar birikmiş nafaka niteliğinde ise tamamen haczedilebilmesi mümkündür. Bu nedenle haczedilememe ayrıcalığının sadece işlemekte olan nafakalara ilişkin olduğunun kabulü gerekir. Çünkü nafaka alacaklısı için korunmaya değer miktar, onun halihazırda geçimini sağlayan paradır. Birikmiş nafakalar herhangi bir ilamlı alacak niteliği taşıdığından özel olarak korunmaları için bir neden yoktur. İİK m. 83'te ifadesini bulan "*ilama müstenid olmayan nafakalar*" ile BK m. 507'de olduğu gibi bir söz-

¹⁶ Üstündağ, s. 192.

¹⁷ Uyar, *Haciz*, s. 702.

¹⁸ Üstündağ, s. 192.

leşme gereğince borçlunun almakta olduğu nafakalar kastedilmiştir.¹⁹ Hem ilama dayalı olmayan ve hem de teraküm eden (birikmiş) nafakaların imtiyazlı olması söz konusu değildir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun²⁰ yürürlüğe girmesinden önce emekli aylıklarının da kısmen haczi mümkündü. İİK m. 83'te kastedilen esas olarak TC Emekli Sandığı Kanunu'na²¹ göre bağlanan aylıklardı. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na²² ve 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'na²³ göre bağlanan emekli aylıkları ise TC Emekli Sandığı Kanununa göre bağlanan aylıklardan farklı olarak hiçbir şekilde haczedilememekteydi.²⁴ Anılan Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra farklı sosyal güvenlik kurumlarının tek

¹⁹ "İİK'nın 83. maddesindeki 'ilama müstenid olmayan nafakalar tabiri ile, Borçlar Kanununun 507.maddesinde olduğu gibi, 'mukaveleye müstenid nafakalar kastedilmiş ve kısmen haczi caiz görülmüştür. İlama müstenid nafakalar esasen zaruri addedilen miktara tekabül ettiği için, bunlar haczedilemez" (HİGM, 24.4.1941 T,1663 E 9538 K sayılı kararı, Uyar, *Haciz*, s. 702, dn.18'de anılan karar).

²⁰ Anılan Kanun 31.5.2006 kabul tarihli olup, 16.6.2006 tarih ve 26200 sayılı *Resmi Gazete'*de yayımlanmıştır.

²¹ "Emekli Sandığı tarafından iade edilen aidat 82. maddenin şümulü dışında kaldığından, haczi kabildir" (İİD 22.5.1954 T, 860 E, 953 K sayılı karar, Üstündağ, s. 194); ayrıca bkz. Çanak, Erkan, "Maaş ve Ücret Haczi", *AD* 1984, S. 3, s. 569-591 (s. 570). Ancak belirtmek gerekir ki, eğer bağlanan aylık maluliyet nedeniyle tahsis edilen maaş niteliğinde ise söz konusu maaşın tamamı haczedilemez kapsamda olacaktır (İİK m. 82/9). Bu, kamu düzenine ilişkin bir hüküm olduğundan, şikayet süreye tabi değildir. Aynı yöndeki karar için bkz. 12. HD 11.04.2005 T, 4972 E, 7727 K sayılı yayımlanmamış karar.

²² 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 106. maddesi ile yürürlükten kaldırılan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu m. 121 şu şekilde idi: "Bu Kanun gereğince bağlanacak gelir veya aylıklar ve sağlanacak yardımlar nafaka borçları dışında haciz veya başkasına temlik edilemez". "İşçi emeklisi olan borçlunun 506 sayılı Kanun'un 121.maddesi uyarınca emekli maaşı haczedilemeyeceğinden tümü üzerine konan haczin kaldırılması gerekirken yazılı şekilde 3/4 ü üzerinden kaldırılarak sonuca gidilmesi isabetsizdir" (12. HD 29.11.2004 T, 20527 E, 24617 K sayılı yayımlanmamış karar).

²³ 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu m. 67: "Bu Kanun gereğince bağlanacak aylıklar, nafaka borçları dışında haciz veya başkasına devir veya temlik edilemez". "Bu hüküm kamu düzeni ile ilgili olduğundan, şikayet süreye tabi değildir. Daha önce yapılan kesintilerin şikayet konusu edilmemesi, devam eden takip nedeniyle sonraki hacizlerle ilgili olarak borçlunun haczedilemezlik şikayetinde bulunmasını engellemez" (12. HD 08.04.2005 T, 3980 E, 7620 K sayılı yayımlanmamış karar).

²⁴ Anılan Kanun'dan önceki bu yasal tablonun haklı bir temele dayanmadığı konusunda görüş için bkz. Yavaş, Murat, *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*, İstanbul 2005, s. 185.

bir çatı altında toplanması ile yeknesak bir uygulamaya geçilmiştir. Bu çerçevede, işçi ve memurlara 5510 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde bağlanacak olan emekli aylıkları ile diğer ödeneklerin haczedilebilmesi söz konusu olamayacaktır.

5510 sayılı Kanun'un 93. maddesinin ilk fıkrası 17.4.2008 tarihli 5754 sayılı Kanun'un 56. maddesi ile değiştirilmiştir. Değişiklikten sonra 93. madde, *"Bu Kanun gereğince sigortalular ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez. Gelir, aylık ve ödenekler; 88'inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez"* şeklini almıştır. Görüldüğü üzere kanun koyucu, Emekli Sandığı, Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar kurumlarını tek çatı altında mütalaa ederek Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan elde edilecek gelir, aylık ve ödeneklerin haczini kural olarak yasaklamıştır. Yani bu tür bir hakkın haczi artık mümkün olamayacaktır. Ancak anılan maddeye 18.2.2009 tarihinde ve 5838 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile *"Bu fıkraya göre haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler, borçlunun muvafakati bulunmaması halinde, icra müdürü tarafından reddedilir"* şeklinde bir fıkra eklenmiştir.

Fakat 5510 sayılı Kanun'un 93. maddesinin devamında bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir. Buna göre, 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesine göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçlarının haczi mümkündür. 88. maddeye göre kurumun prim alacaklarına ilişkin olarak bazı düzenlemeler hariç olmak üzere 6183 sayılı AATUHK hükümlerini tatbik edebilmesi mümkün olabilecektir (5510 s. K. m. 88/16). Kurumun 6183 sayılı Kanun kapsamında takip edilen prim ve diğer alacakları amme alacağı niteliğinde olup, imtiyazlı alacaktır (5510 s.K m. 88/18, AATUHK m. 21). Kurumun alacağı dolayısıyla borçlunun malları haczedildiğinde veya başkaca alacaklılar tarafından konulan hacze kurumun iştirak etmesi halinde kurumun bu alacağı imtiyazlı alacak niteliğinde olacaktır.²⁵ Bu sebeple, hacze iştirak-

²⁵ Akkaya, Tolga, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Bu Kanunda 5754 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cebri İcra Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, (s. 15-26), s. 17.

te aranan şartlar (İİK m. 100) kurum alacakları için aranmayacaktır.²⁶ Hatta kurum, primler konusunda o kadar kuvvetli imkanlar ile donatılmıştır ki, kurumun sigorta primleri ve diğer alacakları haklı bir sebep olmaksızın 5510 sayılı Kanun'da belirtilen sürelerde ödenmez ise kamu idarelerinin tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri, tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin şirket yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile kanuni temsilcileri kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır.

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra bağlanmış olan aylık ya da ödeneklerin haczedilemeyeceği kuralı mutlak olmakla beraber, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce tatbik edilmiş olan hacizlere ilişkin yukarıda belirtmiş olduğumuz önceki sistem geçerli olmaya devam edecektir.²⁷ Bu bakımdan, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce Emekli Sandığı tarafından bağlanmış olan emekli aylıkları üzerinde bulunan hacizlerin akıbeti ile ilgili olarak kanun koyucu açık bir düzenleme ortaya koymuştur. Kanaatimizce takip hukukunda yapılan bir değişikliğin, aksine bir kayıt olmadıkça yürürlüğe girdiği andan itibaren devam etmekte olan bütün icra işlemlerine tatbik edilmesi gerekir. Zira şekli bir hukuk olan takip hukukunda yeni bir düzenlemenin yapılması, takip hukukunun aktörleri için en uygun çözüm biçimi olacağı konusunda kanun koyucunun iradesini ortaya koyması anlamına gelir. Dolayısıyla, yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önceki mevzuata uygun olarak yapılmış olan işlemlerin geçerli olduğu kabul edilerek, bu andan sonraki icra işlemlerinin ise yeni düzenlemeye (yeni düzenlemenin yürürlüğe girdiği an-

²⁶ Ayrıca bkz. Akkaya, s. 17; Akcan, Recep, *Hacze İştirak*, Ankara 2005, s. 133.

²⁷ "17.4.2008 tarihli 5754 sayılı Kanun'un 56. maddesi ile değişik 5510 sayılı Kanun'un 93. maddesine göre "Bu Kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez. Gelir, aylık ve ödenekler; 88. maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez". Bu hüküm ... 1.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiş olup 28.8.2008 haciz tarihi itibarıyla yürürlükte olmadığından haczedilemezlik şikayeti ile ilgili olarak İİK'nin 83. maddesinin uygulanması gerekir. Anılan kanuna göre, borçlunun emekli sandığından aldığı emekli maaşının ¼'ten az olmamak üzere haczi mümkündür" (12. HD 30.3.2009 T, 2008/26999 E, 2009/6738 K sayılı yayımlanmamış karar).

dan itibaren) uygun olarak yerine getirilmesinde yarar bulunmaktadır. Buna göre örneğin, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce Emekli Sandığı tarafından bağlanan emekli aylıkları üzerindeki (haciz dolayısıyla yapılmakta olan) kesintileri önceki mevzuata uygun kesintiler olarak kabul etmek ve fakat 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra ise bu kesintiye son vermek gerekir. Ancak henüz haciz aşamasına gelmeyen takipler bakımından ise 5510 sayılı Kanun hükümleri tatbik edilerek aylık üzerinde kesintiye geçilmemesi gerekir.

4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'na²⁸ tabi emekli bir kimsenin elde edeceği emekli aylığının haczedilip haczedilemeyeceğinin de incelenmesi gerekir. Sisteme katılan bir kimse anılan Kanun'un şartlarını yerine getirdikten sonra emeklilik payının kısmen veya tamamen kendisine ödenmesini isterse, kendisine yapılacak olan bu miktarın tamamının haczedilmesi mümkün olacaktır. Buna karşılık katılımcı henüz emekli olmamışsa, başka bir ifade ile halen sistem içinde ise kendi adına emeklilik şirketi tarafından alınan fonların hiçbir şekilde haczi mümkün değildir (4632 s. K. m. 17).²⁹ Kanaatimizce bu hükme tereddütle yaklaşmak gerekir. Örneğin, çok yüksek gelir düzeyindeki bir kimsenin rahat bir yaşam sürmek için neredeyse bütün gelirlerini sistem içine aktarmış olduğu ve daha sonra işçilerinin ücretlerini ve/veya kıdem tazminatlarını dahi ödemeyecek duruma geldiği bir faraziyede anılan hükmün ne kadar adalete uygun olduğu sorgulanabilir. Anılan hükmün kanaatimizce, bireysel emeklilik şirketlerinin ayakta kalabilmesine yardımcı olmak amacı ile ihdas edilmiş olduğunun kabulü gerekir.

²⁸ 8.2.2001 tarihinde kabul edilen Kanun için bkz. *RG*, 7.4.2001 T, S. 24366.

²⁹ Anılan Kanun'un 17. maddesine göre, "Fonun malvarlığı, şirketin bu Kanundan, 28.7.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'ndan, emeklilik sözleşmesinden, fon içtüzüğünden ve ilgili mevzuattan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi ve sorumluluğunu karşılaması dışında hiçbir amaçla kullanılamaz. Fon malvarlığı rehnedilemez, teminat gösterilemez, üçüncü şahıslar tarafından haczettilerilemez ve iflas masasına dahil edilemez". Bu hükümden bireysel emeklilik şirketinin mümkün olduğunca finansal açıdan güçlü tutulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan katılımcı (borçlu) sistemde iken kendisi adına alınmış olan fonlar, emeklilik şirketinin malvarlığı içinde yer aldığından 17. maddenin gereği olarak bu fonların hiçbir şekilde haczi mümkün olmayacaktır.

II. Haczedilecek Miktarın Tayininde Esas Alınacak Ölçü

A. Türk Hukuku Bakımından

İİK m. 83/1'e göre, "...borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra müdürünce lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra haczolunabilir". Görüldüğü gibi, Türk hukukunda icra müdürlerine İİK m. 83 anlamında ciddi bir takdir yetkisi tanınmış ve fakat bu takdir hakkının hangi ölçütlere uygun olarak kullanılacağı ise açık olarak ifade edilmemiştir. Bir görüşe göre, haczedilebilecek miktar tayin edilme-ye çalışılırken sadece borçlu konumundaki kimsenin elde edeceği gelirin dikkate alınmaması gerekir. Zira borçlunun ailesine karşı olan mükellefiyetleri göz önünde tutulması gerektiği gibi, borçlunun aile hukuku kurallarına göre aile bireylerinden aldığı veya almaya yetkili olduğu gelirlerin de hep birlikte hesap edilmesi icap eder.³⁰ Diğer bir fikre göre ise, borçlu ve ailesinin geçimi için gerekli miktarın saptanmasında, borçlunun aile durumu, kendisinin ve ailesinin sağlık durumu ile kira giderlerinin dikkate alınması lazımdır.³¹ Bir başka görüşe göre,³² haczedilecek kısım belirlenirken borçlunun kanunen bakmakla yükümlü olduğu kimseler değil, yardım ve korumaya mecbur bulunduğu şahıslar önem taşımaktadır. Buna göre, babanın tanımadığı evlilik dışı çocuk, nikahsız olarak birlikte yaşanan kimse, borçlunun kazancı bulunmayan annesi, üvey çocuklar ve devamlı olarak borçlunun evinde kalan teyze, kayınvalide gibi hısımlar borçlunun ailesinden sayılmak gerekir.³³ İİK m. 83'te ifade edilen "aile" kavramını geniş değerlendirmek lazımdır.³⁴ Kanaatimizce de, aile kavramının dar anlamda, yani, sadece eş ve belli bir yaşın altındaki çocukları kapsadığını kabul etmek doğru olmaz. İşçinin kanunen yardım etmekle yükümlü olduğu yakınlarını da (birlikte oturmasalar da) bu kavramın kapsamı içinde saymak gerekir.

³⁰ Üstündağ, s. 190.

³¹ Uyar, Haciz, s. 703; Yıldırım, M. Kamil, İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 4, Yıl:1986-1991, S. 1-3, (s. 98-115), s. 107; Postacıoğlu, İlhan E., *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul 1982, s. 330.

³² Akın, s. 337.

³³ Kuru, Baki, *Haczi Caiz Olmayan Şeyler*, Makaleler, İstanbul 2006, (s. 717-762), s. 729.

³⁴ Akın, s. 337; Uyar, Haciz, s. 703. Aynı fikirde olarak bkz. Keser, s. 1191; Centel, Tan- kut, *İş Hukukunda Ücret*, İstanbul 1998, s. 333; Çenberci, Mustafa, *İş Kanunu Şerhi*, 6. Bası, Ankara 1986, s. 540.

Borçlunun ve ailesinin geçinmeleri için gerekli olan miktar icra müdürü tarafından borçlu ve ailesindekilerin sosyal, sağlık ve eğitim durumlarına göre takdir edilebilir. İcra müdürüne tanınan takdir hakkı çerçevesinde haczedilebilecek miktar tayin edilmeye çalışılırken birliktirlikten görüş alınabilir.³⁵

Türk hukuk sistemi, İsviçre hukukundan farklı olarak maaş ve ücretlerin herhalde dörtte birinin haczedilmesinin gerekli olduğunu ifade etmiştir. Buna göre icra müdürü, ücretin dörtte birini herhalde haczetmeli ve fakat haczedeceği ücretin azami sınırını tayin ederken borçlunun ve ailesinin ihtiyacını göz önünde bulundurmalıdır. Uygulamada ise maaş ve ücret hacizlerinde genel olarak gelirin dörtte birinin haczi ile yetinilmekte, yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde daha sağlıklı olarak tespit edilebilecek olan miktarın belirlenmesine yönelik herhangi bir ciddi çaba gösterilmemektedir. Bu durum icra müdürünün, söz konusu alanda kendisine tanınmış olan takdir hakkını olayın özelliklerine göre kullanamaması ve İİK m. 85'te "...borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle yükümlüdür" şeklinde ifade edilen ödevini de sağlıklı olarak yerine getirememesine sebep olmaktadır. Aşağıda tespit edeceğimiz üzere İsviçre'de kanun koyucu kesinlikle oran telaffuz etmemiş olduğundan, haciz oranının tespitinde daha sağlıklı ve ciddi kriterlere göre hareket edilebilmektedir. Bu da, alacaklı ve borçlu arasındaki dengenin mümkün olduğunca gerçek anlamda tesis edilmesini sağlamaktadır.

İİK m. 83'ün öngördüğü aylık ücretlerin en az dörtte birinin mutlaka haczedilmesine ilişkin kural özellikle uygulamada az gelir elde eden kimseler için ciddi anlamda sıkıntılar yaratabilmektedir. Buna karşılık yüksek gelir grubunda bulunan kimseler için ise söz konusu kural çok önemli avantaj sağlamaktadır. Bu bakımdan bir fikre göre³⁶ İİK m. 83'ün uygulamasında 4857 sayılı İş Kanunu m. 35'deki,³⁷ 854 sa-

³⁵ Kuru, s. 729; Akın, 337; Uyar, Haciz, s. 703.

³⁶ Uyar, Haciz, s. 704; Kuru, s. 729.

³⁷ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesine göre "İşçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devir ve temlik olunamaz. Ancak, işçinin bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hakim tarafından takdir edilecek miktar bu paraya dahil değildir. Nafaka borcu alacaklılarının hakları saklıdır". Görüldüğü üzere, iş kanunu anlamında işçi ücretinin en fazla dörtte biri haczedilebilir.

yılı Deniz İş Kanunu m. 32'deki³⁸ ve 6183 sayılı AATUHK'nın 71. maddesindeki³⁹ düzenlemelerin dikkate alınmasında yarar bulunmaktadır. Zira anılan düzenlemelerde, çalışan borçlunun eline mutlaka İİK m. 83 uygulamasına nazaran daha fazla para geçme imkanı kesin olarak sağlanmıştır.

Kanaatimizce tüm bu tartışmaların önüne geçebilmek ve gerçek anlamda alacaklı ile borçlunun menfaatlerini dengeleyebilmek için -aşağıda inceleyeceğimiz üzere- İsviçre hukuk sisteminde olduğu gibi herhangi bir oran ifade edilmemeli ve haczi yapacak olan icra müdürü, borçlu ve ailesi için ayrılması gereken miktarı tespit ederken yukarıda belirttiğimiz esaslar çerçevesinde meseleye geniş bir açıdan yaklaşarak hareket etmelidir. Oysa yukarıda belirttiğimiz gibi, İİK m. 83'te dörtte bir orandan bahsedilmiş olması haczi gerçekleştirecek olan icra müdürü için ciddi bir rahatlık sağlamaktadır. Bu hüküm, ağır iş yükü altında bulunan icra müdürleri için zahmetli bir faaliyetten kendisini beri kılma imkanı yaratmaktadır. Ayrıca İİK m. 83'teki düzenleme ile maaş ve ücretin dörtte üçünün haczedilmemesi bakımından icra müdürüne takdir hakkı tanınmıştır. Buna karşılık dörtte bir oranı bakımından ise böyle bir takdir hakkından söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla, adi alacaklı konumundaki kimse lehine söz konusu dörtte birlik alacak miktarı üzerinde alacaklıya bir çeşit imtiyaz tanınmış olmaktadır.

Borçlu ve ailesinin geçimi için ortaya çıkarılması gereken miktarı tespit eden işleme karşı alacaklı, borçlu ve/veya borçlunun ailesinden bir kimse⁴⁰ şikayet yoluna başvurabilir. Bilindiği gibi, İİK m. 16 şikayet

³⁸ 854 sayılı Deniz İş Kanunu m. 32 "Gemi adamının ücretinin ayda 240 lirası haczedilemez veya başkasına devir ve temlik olunamaz. Ancak gemi adamının bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hâkim tarafından takdir edilecek miktar bu paraya dahil değildir. Bu kayıtlamalar, nafaka borcu alacaklılarının haklarını kaldırmaz" şeklindedir.

³⁹ 6183 sayılı AATUHK'nın "Kısmen haczedilebilen gelirler" kenar başlıklı 71. maddesi, "Aylıklar, ödenekler, her çeşit ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilama bağlı olmayan nafakalar, emeklilik aylıkları, sigorta ve emeklilik sandıkları tarafından bağlanan gelirler kısmen haczolunabilir. Ancak haczolunacak miktar bunların üçte birinden çok, dörtte birinden az olamaz. Aşgari ücreti aşmayan aylık gelirlerin onda birinden fazlası haczolunamaz" şeklindedir.

⁴⁰ Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Şikayet*, Manisa 1991, s. 125. "İİK'nın 83. maddesi uyarınca 'maaşın dörtte birinden az olmamak üzere' haciz yapılması mümkündür. Ancak bu maddeye aykırı olarak haciz yapıldığından bahisle merci nezdinde ya-

sebeplerini dört grupta toplayarak tanzim etmiştir. İİK m. 83 çerçevesinde maaş ve ücret hacizlerinde icra müdürüne bir takdir hakkı tanınmış olduğundan, özellikle işlemin hadiseye uygun olmaması sebebine dayalı olarak şikayet yoluna gidilebilir.

İcra müdürünün maaş ve ücret haczinde en az dörtte bir olmak üzere daha da artabilecek bir oranı haciz oranı olarak saptayabilme yetkisi önemli bir sorunu da beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda icra müdürü, bahsetmiş olduğumuz bu yetkisi ile belirleyeceği haciz oranı neticesinde borçlunun elinde asgari ücretin altında bir miktar bırakabilecek midir? *Asgari Ücret Yönetmeliği'nin*⁴¹ 4. maddesi asgari ücreti tanımlamıştır. Buna göre, *asgari ücret, işçilere normal bir çalışma günü karşılığı ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücrettir. Bir fikre göre*⁴², *anılan maddede her ne kadar işçinin ihtiyaçlarından söz edilmekte ise de, asgari ücret kavramının varlık sebebinden hareketle, buna ailenin asgari ihtiyaçlarının da dahil olduğu kabul edilmelidir. Asgari ücretin bizatihi kendisi zaten borçlunun ve ailesinin asgari geçim sınırını ifade eden miktara karşılık gelmektedir. Dolayısıyla borçlunun ve ailesinin geçimi için gerekli olan ve yasal olarak belirlenmiş olan miktarı daha da azaltacak şekilde maaş ve ücret üzerine haciz tatbik edilmesi ilk anda mümkün görülmebilirse de, İİK m. 83'ün kesin ifadesi karşısında buna cevaz vermek gerekecektir. Bu bakımdan icra müdürü borçluya bırakılacak ücret, asgari ücretin altında kalsa bile dörtte birlik kısmı mutlaka haczetmek zorundadır.*⁴³ Kanaatimizce, böyle bir sorunun ortaya çıkmasındaki en önemli neden, İİK m. 83'te dörtte bir oranının metne konulmuş olmasıdır. Oysa daha önce belirttiğimiz gibi böyle bir oran ifade edilmemiş olsaydı, icra müdürü Asgari Ücret Yönetmeliğine uygun olarak takdir hakkını kullanabilir ve böylece borçlunun sahip olduğu asgari ücret hakkını zedeleyecek şekilde haciz tatbikine girişmesine gerek kalmayabilirdi.

pılacak şikayetler yasal 7 günlük süreye tabidir" (12. HD 1.6.1995 T, 8242 E, 8100 K sayılı karar, Uyar, Talih, Gerekçeli-Notlu İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, C.II, s. 2366). Pekcanitez, Hakan, *İcra İflas Hukukunda Şikayet*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 1986, s. 104.

⁴¹ Bkz. 01.08.2004 tarih ve 25540 sayılı RG, Anılan Yönetmelik, 22/05/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 39. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır (Asgari Ücret Yönetmeliği m.3).

⁴² Çanak, s. 342.

⁴³ Çanak, s. 342.

İİK m. 83'te ifade edilmiş bulunan dörtte bir oranı kamu düzenine ilişkindir. Bu bakımdan borçlu rıza gösterse dahi aldığı maaşın tamamı haczedilemez.⁴⁴ İcra ve İflas Kanunun'da, 1965 yılında 538 sayılı Kanun ile getirilen 83a maddesi ile haczi caiz olmayan mal ve hakların haczolunabileceğine dair önceden yapılan anlaşmaların geçersiz olacağı kabul edilmiştir. İsviçre İcra İflas Kanunu'nda haczi caiz olmayan mal ve hakların haczedilemezliğinden önceden feragati yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, buna rağmen İsviçre hukuku uygulaması ve doktrininde önceden feragatin geçersiz olduğu kabul edilmektedir.⁴⁵

Önceden feragatin geçersizliğinin nedeni, borçlunun hacizden önceki bir dönemde böyle bir anlaşmanın sonuçlarını ve hacze gelindiğinde kendisine yükleyeceği yükün ağırlığını tahmin edemeyeceğinin varsayılmasıdır. Bu halde, borçluyu bizzat kendisine karşı koruma gereği vardır.⁴⁶ Ancak haciz veya daha sonraki bir aşamada borçlunun maaş veya ücretinin tamamının haczine olanak sağlayan bir irade açıklamasında bulunması mümkündür.⁴⁷

⁴⁴ İİD, 20.11.1952 T, 122 E, 5239 K sayılı karar (Uyar, Talih, Gerekçeli-Notlu İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, C.II, s. 2374).

⁴⁵ Kılıçoğlu, Evren, *İcra Sözleşmeleri*, İstanbul 2005, s. 128, dn.553'de anılan Kurt Amonn /Dominik Gasser, *Grundriss des Schuldbetreibungs-und Konkursrecht*, Bern 1997; Ernst Blumenstein, *Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts*, Bern 1911.

⁴⁶ Kılıçoğlu, s. 130. İİK m. 83a Adalet Komisyonu Raporu Gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir; "Borçlunun hacizden evvelki bir safhada bir mal veya maaş ve ücretin haczedilemezliği sıfatından feragat etmesi hükümsüz olmalıdır. Zira borçlu, hacizden evvel böyle bir feragatin neticelerini tahmin edemez, bundan başka, haczedilemez olduğu borçlunun ve ailesinin haciz anındaki durumlarına göre tespit olunur. Şu halde borçlu bir malın haczedilemezlik sıfatından önce feragat etmiş olsa dahi, haciz sırasında 'o malın haczinin caiz olmadığını' dermeyan edebilecektir. Buna mukabil borçlunun haciz sırasında veya ondan sonraki bir dönemde muayyen bir mal, maaş veya ücretin haczedilemezlik sıfatından feragat etmesi mümkündür" (Uyar, *Gerekçeli-Notlu İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu*, C. II, s. 2375-2376). Ayrıca bkz. 12. HD 16.9.1991 T, 2049 E, 9127 K sayılı karar (Uyar, *Gerekçeli-Notlu İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu*, C.II, s. 2377).

⁴⁷ "İİK'nın 83a maddesinde açıklandığı üzere önceden yapılan anlaşmalar muteber değildir. Borçlu, takibin kesinleşmesinden sonra emekli maaşının dörtte üçünün haczine muvafakat etmiştir. Bu muvafakat, anılan madde icabı geçerlidir" (12. HD. 0.9.1980 T, 5131 K, 6866 K sayılı karar (Uyar, *Gerekçeli-Notlu İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu*, C. II, s. 2378).

B. Fransız Hukuku Bakımından

Code du Travail (Fransız İş Kanunu) m. 145-1'e göre, talep edilebilir ve belirli (likit) alacağı hüküm altına alan (saptayan) bir mahkeme kararına sahip olan tüm alacaklılar, borçlusu durumundaki işçiye maaş veya ücret ödeme yükümlülüğü altında bulunan işverene karşı haciz tatbik edebilir.⁴⁸ Türk hukukundan farklı olarak Fransız hukukunda ücretlerin belli kademelere göre haczedilebilmesi esas kabul edilmiştir ki bu durum özellikle haczi yapan makamın takdir hakkını kötüye kullanmasından (ya da bu takdir hakkını gereği gibi kullanmamasından) kaynaklanabilecek olumsuz sonuçları ortadan kaldırmaktadır.⁴⁹ Hatta kanaatimizce söz konusu sistem, İsviçre hukukundaki düzenlemeden de sağlıklıdır. Fransız hukuku, haczedilebilecek maaş ve ücret miktarını belli kademelere ayırarak çok daha objektif bir haczin yapılmasını ve en önemlisi tarafların yapılan bu hacze daha az muhalefet etmesi sonucunu doğurması bakımından yararlıdır. İsviçre hukukunda, borçlu ve ailesinin geçimi için kendisine bırakılacak olan miktarın tespiti işleminde kanun koyucu herhangi bir orandan bahsetmiş değildir. Bu durumun yarattığı faydalar yanında ortaya çıkardığı en önemli sakınca tarafların muhalefette bulunma ihtimalini güçlü şekilde içinde barındırmasıdır. Oysa Fransız hukukunda her bir gelir dilimine yönelik olarak ne oranda haciz yapılacağı ve ne kadarlık bir kısmın haczedilemeyeceği net bir biçimde gösterilmiş olduğundan, anılan hukuk sisteminde, Türk ve İsviçre sistemlerine nazaran ilgililerin hacze muhalefeti ile sık karşılaşmaz.

Fransız hukukunda istikrarlı şekilde, ücretlerin haczedilmeyen bölümü daraltılırken, haczedilebilecek oranın ise artırılması eğilimi bulunmaktadır.⁵⁰ Fransız hukukunda, 2009 yılı için geçerli olan ücretin haczedilebilme/haczedilememe oranları aşağıdaki gibidir;⁵¹

⁴⁸ Brennier, s. 84. Fransız hukukunda ücret kavramı içine primlerin, komisyonların, bahşişlerin veya ücretli izinlere ilişkin yapılan ödemelerin de girdiği hakkında bkz. Brennier, s. 85.

⁴⁹ Crosio, s. 264.

⁵⁰ Le Bayon, s. 7.

⁵¹ Söz konu oranlara <http://www.net-iris.fr> adresinden ulaşılabilir. Söz konusu miktarların tespit edilmesinde yıllık net ücret esas alınmaktadır. Anılan oranları tespit için ayrıca bkz. Dec.n° 2005-1537; Vachet, Gérard, "Salaire et Accessoires", Éditions du Juris-Classeur 2000/11, s. 10.

Yıllık Ücret Miktarı	Haczedilemeyen Kısım	Haczedilebilecek Kısım
0-3.460 €	19/20	1/20
3.460-6.790 €	9/10	1/10
6.790-10.160 €	4/5	1/5
10.160-13.490 €	¾	1/4
13.490-16.830 €	2/3	1/3
16.830-20.220 €	1/3	2/3
20.220 € ve üstü	-	tamamı

Söz konusu miktarlara yönelik olarak ortaya konmuş olan oranların her durumda mutlak olarak uygulanacağını söylemek mümkün değildir. Bu noktada Code du Travail m. 145-2'nin dikkate alınması gerekir. Anılan düzenlemeye göre, borçlunun (kanunda sayılanlardan olmak kaydıyla) bakmakla yükümlü olduğu herhangi bir kimse varsa, ücretinin haczedilebilme oranının bu husus dikkate alınarak tespit edilmesi gerekir. Buna göre, borçlunun eşi veya birlikte yaşadığı kişi, Fransız Sosyal Güvenlik Kanunu'nun (*Code de la Sécurité sociale*) m. 512-3 ve m. 512-4 hükümleri çerçevesinde bakmakla yükümlü olduğu çocukların varlığı veya borçlunun, eşinden ayrılmasından sonra çocuğu için ödemek zorunda olduğu nafaka miktarı, onun ücretinin haczedilebilme oranını etkileyen hususlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Fransız hukukunda, haczedilebilecek miktar belirlenirken toplam net ücretin dikkate alınması lazımdır.⁵² Söz konusu miktara, borçlunun bakmakla yükümlü olduğu kimseler için yapılan sosyal yardımlar ve bu arada işveren tarafından yapılan asıl ücret dışındaki ödemeler dahil edilmez.⁵³ Bunun dışında engelli kimselere Sosyal Güvenlik Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılan ödemelerin hiçbir şekilde haczi

⁵² Crosio, s. 265; Brennier, s. 85.

⁵³ Crosio, s. 265; Brennier, s. 85; Vachet, s. 8; Taormina, Gilles: "Saisie et cession des rémunérations", *Répertoire Procédure Civile Dalloz*, Paris avril 1994, (s. 1-13), s. 4; Verdier, Jean-Maurice, *Droit du Travail, Éditions Dalloz*, Paris 1993, s. 234. Bu çerçevede, örneğin, borçlunun bakmakla yükümlü olduğu kimseler için yapılan ödemeler, borçlunun işten çıkarılması nedeniyle kendisine yapılan ödemeler, ulaşım veya beslenme gibi kendisi tarafından yapılan ancak sonradan kendisine iade edilen ödemeler, borçlunun geliri (ücreti) içinde değerlendirilmemektedir.

mümkün değildir (Code de la Sécurité sociale m. 821-5). Ayrıca iş kazası nedeniyle işçinin hak kazanmış olduğu gelirlerin de haczi söz konusu olmaz.⁵⁴ Borçlunun üçüncü şahıslardaki alacağı bir para alacağı mahiyetinde ise alacaklının bunu üçüncü şahıstan talep etmesi *saisie-attribution* denilen farklı bir haciz türünün devreye girmesi ile mümkün olabilir.⁵⁵ Dolayısıyla borçlunun maaş ve ücretinin haczinde söz konusu haciz türü (*saisie-attribution*) uygulama alanı bulmaz.

C. İsviçre Hukuku Bakımından

Ücret haczinde esas alınması gereken noktalardan bir tanesi borçlunun ailesi ile birlikte sosyal ve iktisadi varlığını devam ettirmesine olanak sağlayacak olan miktarın hacedilememesidir. Bu bağlamda, asgari miktarın nasıl tanımlanması gerektiğini ve bu kavramın içine nelerin girebileceğini belirlemek lazımdır.

İsviçre hukukunda dar yorumlara göre "*asgari miktar*" kavramından anlaşılması gereken, borçlunun yaşaması için mutlaka sahip olması lazım gelen ihtiyaçlarına yetecek miktardır. Asgari miktarın tayininde borçlunun sosyal yaşam düzeyi önem taşımaktadır.⁵⁶ İsviçre hukukunda, asgari miktarın nasıl belirleneceği hakkında çok ciddi ayrımlar sunulmuştur. LP m. 93'e göre, ücret ve gelirler üzerindeki hacizler sadece borçlunun ve ailesinin geçimi için zorunlu olan kısım haricindeki miktar üzerinde tatbik edilebilir. Anılan madde bu miktarın tayininde hangi ölçülerin kullanılacağını belirtmemektedir. Dolayısıyla bu alanda Türk hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da icra makamına geniş bir takdir alanı bırakılmıştır.⁵⁷ Ancak İsviçre hukukunda da böylesine bir takdir hakkından bahsedilebilirse de anılan hukuk sisteminde ücretin hacedilemeyecek miktarının belirlenmesi esnasında hangi ihtiyaç kalemlerinin dikkate alınacağı genel olarak ta-

⁵⁴ Vachet, s. 8.

⁵⁵ Fransız hukukuna özgü söz konusu kurum hakkında ayrıntı için bkz. Yavaş, s. 11.

⁵⁶ Mathey, s. 47.

⁵⁷ Mathey, s. 47. Ancak bu takdir hakkının İsviçre uygulamasında çok daha dikkatli kullanıldığı, borçlunun ve ailesinin geçimi için tespit edilmesi gereken miktarın tayininde ciddi bir çalışma yapılarak yargı kararları ile belirlenmiş olan tüm kriterlere riayet edildiğinin altı çizilmelidir (Mathey, s. 47).

yin edilmiştir. Bunlar borçlunun fiziksel ve kültürel ihtiyaçları şeklinde iki kategoride değerlendirilmektedir.⁵⁸

Ücret haczinde borçluya bırakılması gereken asgari miktar tayin edilirken borçlunun ailesi için yapılması zorunlu harcamaların da dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Bu çerçevede, aile kavramı içine kimlerin gireceğinin tespiti lazımdır. İsviçre hukukunda, aile kavramına, borçlunun yasal olarak ya da manevi⁵⁹ nedenlerle ihtiyaçlarını karşılamak zorunda olduğu kimseler girmektedir.⁶⁰ Bu bağlamda borçlunun eşi, çocukları, kardeşleri, anne ve babası, boşanmış olduğu eşi ya da nikahsız olarak birlikte yaşadığı kimse aile kavramı içinde değerlendirilmektedir.⁶¹

Borçlunun nafaka borcu bulunmaktaysa bu miktarın ücret haczinde göz önüne alınması gerekir.⁶² Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, nafaka borcunun tamamının ücretin haczedilemeyecek bölümde yer alamayacağıdır. Dolayısıyla nafaka borcu sebebiyle borçluya ne kadarlık bir miktarın bırakılacağına takdir edilmesi lazımdır. Borçlunun nafaka borcunun bulunması halinde artık borçlu kendisine asgari miktarın bırakılmasını talep edemez. Zira ücretin haczedilemeyecek kısmı içinden bu borca karşılık gelecek olan miktarın tespit edilmesi gerekir. Çünkü nafaka alacaklısının olduğu kadar takip alacaklısının da menfaatlerinin korunması lazımdır. Borçlunun nafaka borcunun olması bu borcun takip alacaklısının yaralanması gereken ücret

⁵⁸ Mathey, s. 51. Borçlunun, fiziksel ihtiyaçları içine, yiyecek, içecek, giyinme (sosyal yaşam düzeyini aşmamak kaydıyla), aydınlatma, elektrik ve gaz, konutunun lüzumlu tamirat masrafı, hijyen amaçlı bakımına ilişkin masrafları girerken; kültürel ihtiyaçları içine, eğitimi için gerekli masraflar, günlük gazete, ulaşım ve iletişim için yapılması zorunlu masraflar girmektedir. Ayrıca bkz. ATF 85 III 67; ATF 104 III 75.

⁵⁹ Mathey, s. 64. İsviçre hukukunda, borçlunun manevi bakım mükellefiyeti pozitif olarak düzenlenmiş değildir. Ancak icra dairesi ücret haczini uygularken borçlunun bu şekilde manevi olarak bakmak durumunda olduğu bir kimsenin varlığını tespit etmeye çalışırken İsviçre’de o anda baskın olan manevi değerleri dikkate almalıdır. Örneğin, borçlunun amcasının geçimini sağlayacak geliri ve yakını bulunmuyorsa, bu kimsenin bakımı konusunda borçlunun manevi bir yükümlülüğü bulunmaktadır.

⁶⁰ Mathey, s. 63.

⁶¹ Mathey, s. 63.

⁶² ATF 76 III 142; ATF 111 III 13.

miktarından ödenmesini (alacaklının aleyhine olarak) gerektirmez.⁶³

III. Maaş ve Ücret Haczinin Haczin Tatbiki ve Etkileri

A. Türk Hukuku Bakımından

Bilindiği gibi sadece mevcut alacakların haczinin gerçekleştirilmesi gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Müstakbel alacak niteliğinde olan yani, henüz doğmamış ancak ileride doğması muhtemel olan maaş ve ücret alacağı üzerine de haciz uygulanabilir.

Borçlunun maaş veya ücretinin ne kadarının haczedilebileceğinin tespiti için önceden borçlunun aldığı maaş veya ücret miktarının bilinmesi gerekir. Fakat uygulamada borçlunun maaş ve ücretinin dörtte birinin haczi ile yetinilmesinden dolayı, İİK'nın 355. maddesi uyarınca işverene gönderilecek bildiriye borçlunun maaş veya ücretinin dörtte birinin haczedildiği yazılmakta, genellikle daha önceden maaş veya ücret miktarının tespiti için herhangi bir detaylı araştırma yapılmamaktadır.⁶⁴

Türk hukukunda alacaklının, borçlunun maaş veya ücretinin haczini istemesi halinde, icra müdürlüğü işverene bir ihbarname⁶⁵ gönderir. Bu ihbarname ile borçlunun ücretinin haczedildiği, hak kazanılan ücretin en geç bir hafta içinde icra dairesine bildirilmesi gerektiği ve borç bitinceye kadar mahcuz ücret miktarının borçlunun ücretinden kesilip icra dairesine gönderilmesinin lazım geldiğine ilişkin hususlar işverene ihtar olunur.⁶⁶

Maaş ve ücrete haciz konulup bu çerçevede kesintiler başladıktan sonra borçlunun maaş veya ücretinde ya da görevinin niteliğinde bir değişiklik meydana gelecek olursa işveren tarafından bu durumun derhal icra dairesine bildirilmesi gerekir.⁶⁷ Kanaatimizce, borçlunun da işinde veya ücretinde meydana gelebilecek olan değişikliklerle

⁶³ Mathey, s. 80.

⁶⁴ Arslan, Ramazan, Borçlunu Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi, *Recai Seçkin'e Armağan*, Ankara 1974, (s. 81-114), s. 107; Yavaş, s. 186.

⁶⁵ Ayrıntı için bkz. Yavaş, s. 189.

⁶⁶ İİK m. 355 hükmünde ifade edilen "kanuni muhatap" tan maksadın, mal memuru veya daire amiri olduğu hakkında bkz. HİGM, 14.2.1968 T ve 3359 sayılı mütalaa.

⁶⁷ Gilliéron, Pierre Robert, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, éditions Payot, Lausanne 1999, s. 226; Yavaş, 190.

ri zamanında icra dairesine bildirme yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmelidir.

Borçlunun maaş veya ücretine haciz konulduğunu icra dairesi tarafından kendisine gönderilecek olan bildirim sayesinde öğrenen gerçek ya da tüzel kişi işveren derhal maaş ve ya ücret üzerinde bildirimde belirtildiği oranda bir kesinti yapmalı ve bu miktar takip dosyasındaki borcu karşılamaya yönelik olmak üzere icra dairesine ifa etmelidir.

Maaş ve ücretlerin haczi, niteliği ve infazı yönünden genel haciz uygulamalarından farklılık göstermektedir. Bu niteliği dolayısıyla kanun koyucu maaş ve ücret hacizleri için genel haciz işlemlerini düzenleyen hükümlerden ayrı bir hüküm sevk etmiş bulunmaktadır. Bu farklılığın temelinde, genel haciz kararlarının tek bir işlemle infaz edilebilmesine karşın maaş ve ücret hacizlerinde icra işlemlerinin belirli süreler içinde tekrarlanması yatmaktadır. Ayrıca infaz işlemi doğrudan doğruya icra müdürü tarafından değil, onun adına borçlunun çalıştığı yerde bulunan ve icra dairesinin bu yöndeki bildirimini alan kanuni muhatap tarafından yerine getirilmektedir. İşveren (gerçek ya da tüzel kişi) tarafından yapılacak olan kesintiler icra dairesine gönderilmekte ve dairece icra veznesine alınmaktadır.

Türk hukukunda Alman hukuk sisteminden farklı olarak öncelik prensibi geçerli değildir. Bu bakımdan haciz sahibi alacaklının diğer alacaklılara nazaran herhangi bir önceliği bulunmamaktadır. Bu durum İsviçre hukuku bakımından da geçerlidir. İlk haczi koyduran alacaklının haczinden sonra aynı borçluya karşı haciz talebinde bulunacak olan alacaklılar ilk haciz sahibi alacaklılar ile birlikte grup meydana getiriler.⁶⁸ Hacze iştirak kurumunun varlığı gerek Türk ve gerekse İsviçre hukuku bakımından haczin alacaklıya bir aynı hak sağlamadığının önemli delilini meydana getirmektedir. Ancak maaş ve ücret haczinin hacze iştirak kurumuna ve bu arada ilk haciz tatbik eden diğer alacaklılara karşı herhangi bir önceliğe sahip olamayacağı kuralına istisna oluşturacağının altı çizilmelidir. Maaş ve ücret haczine iştirak bakımından Türk hukuku ile İsviçre hukuku arasında farklılık bulunmaktadır. İsviçre hukukunda LP m. 93 uyarınca maaş ve ücret hac-

⁶⁸ Deren-Yıldırım, Nevhis, "İcra Hukuku'nda Paylaştırmaya İlişkin İlkeler Hakkında Düşünceler", *İcra Hukuku Analizleri*, İstanbul 2001, (s. 1-17), s. 9.

zine iştirak söz konusu olabilecek iken, aynı imkan Türk hukuku bakımından bulunmamaktadır. İİK m. 83'e göre, borçlunun birden fazla alacaklısı maaş veya ücret üzerinde haciz talebinde bulunmuş ise, hacizler sıraya konmalı ve önceki haczin kesintisi bitmedikçe diğer alacaklının alacağı için kesintiye gidilmemelidir. Deren-Yıldırım'a göre, Türk kanun koyucusu hacze iştiraki oldukça güçleştirmiştir. Bu sebeple, İsviçre'deki grup sisteminden de uzaklaşma söz konusu olmuştur. Maaş ve ücret haczi bakımından Türk hukuku öncelik sistemini benimsemiş ve orantılı paylaşırma prensibinden ise vazgeçmiştir.⁶⁹ İİK m. 83'teki söz konusu düzenleme Alman hukukundaki öncelik prensibinin Türk hukukundaki yansımasıdır.

B. Fransız Hukuku Bakımından

Fransız hukukunda, alacaklının borçluya karşı alacağını bir mahkeme kararı ile hüküm altına aldırması tek başına yeterli değildir. Ücret alacağının işverene karşı uygulanabilmesi yani tespit edilmiş olan alacağın işverenden tahsil edilebilmesi için ona karşı da ayrı bir prosedürün izlenmesi gerekir. Borçlunun ücretinin haczini gerçekleştirebilmek için öncelikle yetkili mahkemeye başvurmak lazımdır. Yetkili mahkeme, borçlunun yerleşim yeri, böyle bir yeri bulunmuyorsa, üçüncü şahıs durumundaki işverenin yerleşim yeri mahkemesidir (Code du Travail m. 145-5).

Ücret haczine ilişkin olarak 1991 reformundan önce uygulanan *saisie-arrêt* kurumunun uzun ve masraflı bir süreç olması, daha basit ve tarafların anlaşmaları esasına dayanan yeni bir sürecin doğmasına zemin hazırlamıştır. 1991 reformundan sonra ortaya çıkan yeni sistemde iki aşama bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yargılamaya giriş aşamasındaki uzlaşma evresidir. Zira ücret haczine ilişkin yargılama hem borçluyu ve hem de işvereni rahatsız eden bir süreçtir. Bu nedenle daha başlangıçta taraflara bir uzlaşma imkanı sağlanmaktadır ki bu, *saisie-arrêt* kurumunda mevcut olmayan bir olanaktır. Alacaklı (borçludan olan alacağını mahkeme kararı ile daha önceden hüküm altına aldırılmış olan kimse), mahkeme kararını da eklemek suretiyle bir dilekçe ile yetkili mahkemeye başvurarak uzlaştırma talebinde bulunabilir. Bu dilekçede mutlaka borçlunun ve işverenin adı soyadı ve adresleri-

⁶⁹ Deren-Yıldırım, s. 15.

nin yer alması gerekir. Bu başvuru yapıldıktan sonra mahkeme kalemi müdürü uzlaşma için tarafların bir araya geleceği günü, saati ve yeri tayin eder. Duruşmadan⁷⁰ en az 15 gün önce borçlu ve alacaklı iadeli taahhütlü bir mektupla uzlaşmaya davet edilir. Bu davet, uzlaştırma girişiminin yapılacağı yer, gün ve saate ilişkin bilgilerden başka, alacaklının kimlik bilgileri ve adresleri, talebin konusunu ve talep konusu yapılan miktarı açık bir şekilde ihtiva etmelidir. Hakim, belirlenen gün ve saatteki duruşmada tarafları uzlaşmaya davet eder. Bu duruşmada mutlaka özellikle borçlunun hazır bulunması gerekir. Eğer borçlu duruşmada hazır değilse karar verilebilmesi mümkün olamaz.⁷¹ Bu uzlaştırmanın başarıyla sonuçlanması durumunda haciz, uzlaşma şartları dahilinde icra edilecektir. Uzlaştırma başarıyla sonuçlanmayacak olursa, hakim, uzlaşmazlık tutanağını imzaladıktan sonra yargılama süreci içinde borçlu tarafından dermeyan edilen itirazları inceleme konusu yaparak karar verecektir.

Yapılan yargılama neticesinde alacaklı lehine karar çıkacak olursa, mahkeme kalemi müdürü haczin tatbikine girişecektir ki bu, ücret alacağının tahsilinde ikinci aşamayı oluşturmaktadır. Bu aşamada, uzlaşmazlık tutanağı çerçevesinde kalem müdürü 8 gün içinde hacze girişir. Söz konusu süre, borçlu tarafından yargılama esnasında yapılan itirazların mahkemece karar bağlanması ve bu karara karşı müracaat imkanının ortadan kalkması anından itibaren işlemeye başlayacaktır.

Haciz tatbik edilirken tanzim edilecek olan evrakta borçlunun ve alacaklının kimlik bilgileri ve adresleri, hacze konu olan miktar, haczedilen ücret miktarının belirlenmesinde uygulanan yöntem, üçüncü şahıs konumundaki işverenin sorumlulukları ve bunlara uymaması halinde karşılaşacağı yaptırımlar mutlaka yer almalıdır. Bu işlemlerin tamamlanmasından sonra işveren değişecek olursa, sorumluluk yeni işverene geçecektir.

Haciz tutanağının tanzim edilmesinden ve haczin tamamlanmasından sonra bu haczin işverene bildirilmesi gerekir (Code du Travail m. 145-19). Üçüncü şahıs durumundaki işverenin haczin kendisine bildirilmesinden itibaren 15 gün içinde mahkeme kalemine bilgi verme

⁷⁰ Taormina, s. 7. Uzlaştırma talebinin duruşmalı olarak incelenmesi zorunludur. Aksi halde haczin tatbik edilmesi yoklukla malul olacaktır.

⁷¹ Taormina, s. 7.

yükümlülüğü doğmaktadır.⁷² Bu çerçevede işveren, borçluyla kendisi arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine, (varsa) ücret üzerindeki başkaca hacizlere ve temliklere ilişkin bilgileri doğru bir şekilde aktarmalıdır. Zamanında yapılmayan veya gerçeğe aykırı bir şekilde yapılan bilgi aktarımları nedeniyle üçüncü şahıs durumundaki işveren için para cezası söz konusu olacaktır.⁷³ Ayrıca hukuka uygun olmayan bu gibi durumlar dolayısıyla alacaklı zarara uğramışsa bunların da işveren tarafından karşılanması gerekir. Tüm bu risklerin yanında işveren için bu hallerde ortaya çıkabilecek bir başka yaptırım da borçlunun alacaklıya olan borcunun tamamının işveren tarafından karşılanması olacaktır. Bu son yaptırım özellikle, ücretin haczedilen kesiminin borcun tamamını karşılamaması halinde önem taşımaktadır.

Ücret haczine iştirak kurumunun Fransız hukukundaki görünümünün de incelenmesi önem taşımaktadır. Code du Travail m. 145-26 ile m. 145-29 arasındaki düzenlemeler bu konuya ilişkindir. Fransız hukukunda, ücret alacağına bir başka alacaklının iştirak edebilmesi mümkündür.⁷⁴ Gerçekten de, Code du Travail m. 145-26'ya göre, icra hükmüne sahip⁷⁵ (alacağını bir mahkeme kararı ile hüküm altına almış olan) tüm alacaklılar, ücret haczinin devamı esnasında mahcuz miktarın paylaşılmasına iştirak edebilir. Diğer alacaklının ya da alacaklıların hacze iştirak edebilmesi için ilk haciz koyduran alacaklı gibi bir uzlaştırma evresinden geçmiş olması gerekli değildir. Ücret haczine iştirak etmek isteyen alacaklı, bir dilekçeyle bu talebini mahkeme (ücret haczini tatbik eden) kalemine dilekçe ile dermeyan eder (Code du Travail m. 145-26/2). Bu dilekçe, borçlu ve alacaklıya tebliğ edilir (Code du Travail m. 145-27/1). Ayrıca işverene her ay mahkeme kalemince ödeme ile ilgili gönderilmekte olan yazıda bu defa hacze iştirak etmiş olan yeni alacaklı hakkında da bilgi verilmelidir. Ücret haczinin tamamlanması anına kadar iştirak mümkündür (Code du Travail m. 145-28). Fransız hukuk sistemine göre, devlet alacağı imtiyazlı alacak mahiyetinde olduğundan, devletin bu iş ile ilgilenen resmi kurumu tarafından işverene her ay düzenli olarak tebligat yapılır ve bu aşamada

⁷² Taormina, s. 8; Brennier, s. 86.

⁷³ Taormina, s. 8; Brennier, s. 86.

⁷⁴ Taormina, s. 9. Saisie-attribution kurumunun aksine kesin haciz ya da ihtiyati haczin kesin hacze dönüşmesinden sonra ücret haczine iştirak mümkündür.

⁷⁵ Taormina, s. 9; Brennier, s. 89.

borçluya karşı devletin bir alacağı doğarsa artık ödemenin alacaklıya değil, devlete yapılması gerekir.

Borçlunun ücretini haczettiren alacaklı aynı zamanda nafaka alacaklısı da olabilir. Bu halde hakların yarışması söz konusu olur. İşveren, nafaka alacaklısı tarafından nafaka alacağının kendisine ödenmesi doğrultusunda bir tebligat alırsa, ücretin mutlak olarak haczedilemeyen kesiminin bu kimseye ödenmesi lazımdır. Bu ödemededen, haczi tatbik etmiş olan mahkemenin bilgilendirilmesi gerekli değildir. Zira borçlunun ücretin mutlak olarak haczedilemeyen kesimine yönelik olarak tasarruf hakkı devam etmektedir.⁷⁶

Haczin tatbik edilmesinden önce ücretin temlik edilmesi de mümkündür. Zira daha önce ifade ettiğimiz gibi, alacaklının borçluya karşı alacağını mahkeme kararı ile hüküm aldırması yetmemekte, bunun dışında borçlunun ücretine haciz uygulayabilmek için ayrı bir yargılama sürecini başarıyla tamamlaması gerekir. Dolayısıyla, alacaklı ilk aşamayı başarıyla geçtikten yani alacağını bir mahkeme kararıyla hüküm altına aldırdıktan sonra borçlu, haczedebileceğini düşündüğü ücretini herhangi bir kimseye temlik edebilir. Bu durumda, artık ücret alacağı borçlunun malvarlığından çıktığı için haczin tatbik edilebilmesi de mümkün değildir şeklinde bir sonuca ulaşılabilir. Ancak bir görüşe göre bu halde farklı bir çözüm yolunun kullanılması menfaatler dengesine de uygun düşecektir. Buna göre, ücret alacağını (alacağın mahkeme kararıyla hüküm altına alınmasından sonra) temellük alan kimse söz konusu alacak üzerinde haczi sahibi alacakmış gibi haklara sahip olmalı ve bu ücret üzerine sonradan haciz hakkı elde eden kimselerle birlikte bu hakkı yarışmalıdır. Aksi halin kabulü, borçlunun kötü niyetli olarak ücret alacağını farklı kimselere temlik etmesi sonucunu doğurabilir ki bu halde, artık alacaklarını mahkeme kararı ile hüküm altına aldırılmış olan alacaklılar ücret alacağı (en azından) yönünden tatmin edilememe riskiyle karşı karşıya kalmış olacaktır.⁷⁷ Fransız uygulamasında mahkeme kalemi bu halde, alacağı temellük etmiş olan kimseye bir tebligat çıkarmakta ve haczedilen ücret alacağının paylaştırılmasında diğer haciz koyan alacaklılar ile birlikte bu kimsenin de hakkını yarıştırmasına (iştirake) olanak sağlamaktadır.⁷⁸ Eğer,

⁷⁶ Brennier, s. 89.

⁷⁷ Brennier, s. 90.

⁷⁸ Brennier, s. 90.

temlikin yapılmasından evvel ücret haczi sona ermiş ise, artık alacağı temellük alan kimse, borçluya karşı (ücret alacağını devreden) olan haklarını temlik sözleşmesi çerçevesinde maddi hukuk hükümlerine göre dermeyeran etmek zorundadır.

Ücret haczinin devamı sırasında tarafların konumlarında bazı değişiklikler söz konusu olabilir. Örneğin, borçluyu işverene bağlayan hukuki ilişkinin haciz esnasında sona ermesi durumunda, ücret haczinin artık söz konusu işveren üzerinde meydana getirmiş olduğu bütün hukuki neticeler o andan itibaren sona erer.⁷⁹ İşverenin değişmesi halinde ön uzlaşma aşaması kullanılmadan artık ücret haczine yönelik tüm hukuki sorumluluk yeni işverene geçecektir (Code du Travail m. 145-39). Borçlunun veya alacaklının ikametgah adreslerinde de değişiklik olabilir. Alacaklı ve borçlu, adresinin değişmesi halinde yeni adreslerini mahkeme kalemine bildirmelidirler (Code du Travail m. 145-36).

Ücret haczinin uygulanmış olması, alacaklıya, söz konusu ücretin doğrudan doğruya kendisine verilmesini isteme hakkını sağlamaz.⁸⁰ Dolayısıyla böyle bir taleple işverene müracaat etmesi mümkün değildir. İşveren bu ödemeyi her ay düzenli olarak borç sona erinceye kadar haczi uygulamakta olan mahkemeye yapmalıdır. Eğer borçlu çok sayıda işverenden ücret hakkı elde ediyor ise hakim, kesintinin yapılacağı işverenleri tespit edip kararında göstermesi gerekir. Eğer bu işverenlerden sadece birisi tarafından ücretin haczedilebilecek kesimi karşılanabilecek ise, haczin sadece o işveren üzerinden uygulanması mümkündür. Borçlunun karşısında bir alacaklı varsa ödeme kendisine bir çek vasıtasıyla mahkeme tarafından yapılmalıdır.⁸¹ Alacaklı birden fazla ise, mahkeme kalemı yine çek ile ödeme yapabileceği gibi, Code du Travail m. 145-23/3'te ifade edildiği üzere söz konusu mahkemenin yargı çevresinde mevcut olan bankalar vasıtasıyla hesap aktarımı (virman) şeklinde de yapılabilecektir. Kesintinin bitmesinden sonra hakim, 8 gün içinde işverene haczin tamamlandığını bildirmelidir (Code du Travail m. 145-25).

⁷⁹ Brennier, s. 90.

⁸⁰ Brennier, s. 90.

⁸¹ Brennier, s. 91; Taormina, s. 9.

Sonuç

Türk hukukunda maaş ve ücret haczi bakımından icra müdürlüğüne tanınan geniş inisiyatifin bazı açılardan sorun oluşturması mümkündür. Özellikle maaş ve ücretten kaynaklanan gelir düzeyleri arasında ciddi farklılıklar bulunan borçlular arasında bu farklılık dikkate alınmadan kanunen öngörülen dörtte bir oranında haciz tatbiki şeklindeki anlayış düşük gelir grubunda bulunan borçlu için olumsuz, gelir düzeyi daha yüksek olan borçlunun ise lehine sonuçlar ortaya çıkarabilecektir. Ayrıca ağır iş yükü altında bulunan icra müdürlüklerinin kanunun kendilerine tanımış olduğu bu takdir hakkını gereği gibi yerine getirebilmeleri de pek mümkün gözükmemektedir. Bu hal, taraflardan biri ya da bu tarafın bakmakla yükümlü olduğu kişiler ile bazen alacaklı için şikayet yoluna müracaatı zorunlu kılar. Örneğin takip borçlusunun elde etmiş olduğu maaş veya ücret düzeyi yüksek olmasına rağmen dörtte bir oranında haciz ile yetinen icra müdürlüğü, bu işlemi ile alacaklıya zarar vermiş olur. İcra müdürlüğünün bu tür işlemleri hadiseye uygun olmaması, sıklıkla tarafın şikayet hukuki imkanını kullanmasına zemin hazırlar (İİK m. 16). Ayrıca, kanunun maaş veya ücret hacizlerinde dörtte bir oranında haczi zorunlu kılması, asgari ücret düzeyinde gelir elde eden borçlunun hukuki durumunu belirsiz hale getirmektedir.

Türk hukukunda, İİK m. 83/1'teki, "...borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra müdürünce lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra haczolunabilir" ifadeye uygun olarak maaş ve ücret hacizleri bakımından borçlunun geçinmesi için gerekli olan miktarın tayin edilmesinde hangi kriterlerin esas alınması gerektiği konusunda herkes tarafından kabul görmüş bir anlayış bulunmamaktadır. Kaldı ki, doktrinde belirtilen bazı kriterlerin ağır iş yükü altında bulunan icra müdürlükleri tarafından nasıl uygulanacağı ya da sağlıklı olarak tespit edilemeyeceğinin ayrıca sorgulanması gerekir. Tüm bu sebeplerle kanaatimizce, objektif bir kriterin esas alınması ve Fransız hukukunda olduğu gibi önceden tayin edilen ve yıllara göre değişen her bir maaş veya ücret düzeyine göre haciz tatbiki esasının kabulü lazımdır. Bu çözüm şekli, tarafların tatbik edilen haczi daha kolay kabullenmelerini ve bu bağlamda söz konusu icra takip işlemine karşı şikayet yoluna müracaatı büyük ölçüde ortadan kaldırmayı sağlayacaktır. Asgari ücret düzeyinde gelir elde eden borçlunun bu düzeydeki gelirine ise

haciz tatbik edilmemesi gerekir. Bu sonuç, asgari ücretin tanımına ve fonksiyonuna uygun düşecektir.

Daha önceki düzenlemeler ile farklı sosyal güvenlik kurumlarından bağlanan aylıkların haczi bakımından yaratılan farklılığın 5510 sayılı Kanun ile ortadan kaldırılmış bulunması yerinde olmuştur. Böylece, gerçek anlamda sosyal güvenlik kurumunu belirleme şansı bulunmayan borçlular arasında mesnedi olmayan böyle bir ayırım sona erdirilmiştir.

KAYNAKLAR

- Akcan, Recep, *Hacze İştirak*, Ankara 2005.
- Akın, Levent, "Maaş ve Ücret Haczi", *AÜHFD*, 1995/1-4.
- Akkaya, Tolga, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Bu Kanunda 5754 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cebri İcra Hukukundaki Güncel Gelişmeler, *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan*, Ankara 2009.
- Arslan, Ramazan, Borçlunu Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi, *Recai Seçkin'e Armağan*, Ankara 1974.
- Brennier, Claude, *Voies d'executions*, Editions Dalloz, 1998.
- Centel, Tankut, *İş Hukukunda Ücret*, İstanbul 1998.
- Courtier, Jean-Loup, "La saisie des rémunérations", *La revue des huissiers de justice*, 1995.
- Crosio, Alain, *Recouvrement de créances*, 3^{eme} édition, Lyon 1997.
- Çanak, Erkan, "Maaş ve Ücret Haczi" *AD*, 1984, S.3.
- Çenberci, Mustafa, *İş Kanunu Şerhi*, 6. Bası, Ankara 1986.
- Deren-Yıldırım, Nevhis, "İcra Hukuku'nda Paylaştırmaya İlişkin İlkelere Hakkında Düşünceler", *İcra Hukuku Analizleri*, İstanbul 2001.
- Gilliéron, Pierre Robert, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, éditions Payot, Lausanne 1999.
- Keser, Hakan, 4857 Sayılı İK. ve 2004 sayılı İİK Çerçevesinde Haciz, İflas, Konkordato ve İşverenin Aczinin İş Sözleşmesinden Doğan Bazı Temel Haklara Etkileri, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2006/12.

- Kılıçoğlu, Evren, *İcra Sözleşmeleri*, İstanbul 2005.
- Kuru, Baki, *Haczi Caiz Olmayan Şeyler*, Makaleler, İstanbul 2006.
- Le Bayon, Alain, "Saisie des rémunérations", *Juris Classeur Procedure, Formulaire*, 1998/6, Fasc. 2300.
- Mathey, Jean-Claude, *La saisie de salaire et de revenu*, Lausanne 1989.
- Pekcanitez, Hakan, *İcra İflas Hukukunda Şikayet*, 1986.
- Postacioğlu, İlhan E., *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul 1982.
- Taormina, Gilles: "Saisie et cession des rémunérations", *Répertoire Procédure Civile Dalloz*, Paris avril 1994.
- Uyar, Talih, *Gereğçeli-Notlu İcra ve İflas Kanunu*, C.II.
- Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Haciz*, Manisa 1990.
- Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Şikayet*, Manisa 1991.
- Üstündağ, Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, 6. Bası, İstanbul 1995.
- Vachet, Gérard, "Salaire et Accessoires", *Éditions du Juris-Classeur* 2000/11.
- Verdier, Jean-Maurice, *Droit du Travail*, Éditions Dalloz, Paris 1993.
- Yavaş, Murat, *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*, İstanbul 2005.
- Yıldırım, M. Kamil, *İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi*", *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 4, Yıl: 1986-1991, s. 1-3.

FRANSA'DA ASKERİ YARGI

Mustafa TAŞKIN*

I. GİRİŞ

Ülkemizde askerî yargı sistemi, adli ve idari yargı mekanizmalarının dışında, tamamen ayrı bir yapı olarak öngörülmüştür. Ceza alanında ilk derece askerî mahkemeleri ile Askerî Yargıtay görev yapmaktadır.¹ Türk Ceza Kanunu'ndan farklı bir Askerî Ceza Kanunu yürürlüktedir. Bu mahkemelerde uygulanan usul kuralları da genel ceza usul kurallarına göre önemli farklılıklar içermektedir. Askerî mahkemelerde görev yapan hakimlerin mesleğe alınmaları, eğitimleri, özlük hakları, askerî ast ve üstleriyle ilişkileri, bağımsızlık ve tarafsızlıkları gibi konular genel yargı sistemine göre bazı farklılıklar içermektedir.

Ülkemizde askerî yargının görev alanının genişliği, ilk derece ve temyiz derecesi mahkemelerinin oluşumunda sivil hakimlerin yer almaması ve uygulanan yargılama prosedürü bazı tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Ülkemizin Avrupa Birliği müzakere sürecinde yapılması gereken reformlar içerisinde askerî yargı sistemimiz de yer almaktadır.

Kısaca açıklanan bu veriler bize, önümüzdeki dönemlerde ülkemizde diğer alanların yanında askerî yargı sistemiyle ilgili de önemli değişikliklerin yapılmasının gündeme geleceğini göstermektedir. Ülkemizde yasal ve anayasal değişiklikler yapılırken, ülke gerçekleri ile birlikte, tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler, yargılama yetkisi-

* Dr., Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi.

¹ İdari konularda ise ilk ve son derece mahkemesi olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi görev yapmaktadır.

ni kabul ettiğimiz uluslararası mahkeme içtihatları, üyesi olduğumuz ya da olmak istediğimiz uluslararası kurum ve kuruluşlarca belirlenen kriterler ve mukayeseli hukuk düzenlemeleri göz önüne alınmaktadır. Ülkemizde yapılması muhtemel çalışmalarda, mukayeseli hukuk bağlamında değerlendirilmesi amacıyla, Fransız askerî yargı sisteminin incelenmesinde fayda olacağını düşündük.

Çalışmamızda, Fransa'da askerî yargının tarihsel gelişimine kısaca göz attıktan sonra, halen uygulanmakta olan sistemin önce genel fotoğrafını çekecek ve daha sonra detaylı olarak incelemeye geçeceğiz. Askerî yargıya ilişkin savaş zamanına has özel düzenlemeler, bu dönemin hassasiyeti göz önüne alınarak genellikle kabul görmekte ve çok eleştirilmemektedir. Buna karşın askeri yargı sisteminin tartışıldığı ve daha yüksek bir hassasiyetle irdelendiği dönem, barış zamanıdır. Bu nedenle çalışmamızda barış döneminde askerlerin yargılanmasını daha geniş inceleyecek, savaş zamanına ilişkin düzenlemeleri ise daha yüzeysel olarak ele alacağız.

II. TARİHSEL SÜRECİ

Genel olarak, yaptıkları görevin özellikleri nedeniyle, işledikleri suçlardan² dolayı askerlerin, özel mahkemelerce yargılanmaları gerektiği kabul görmüş ve bu düşünceyle askerî mahkemeler kurulmuştur.³ Bu kabulde, ordu gibi topluluklardaki suç niteliğindeki davranışların hızlı şekilde bulaşıcı olabileceği⁴ ve etkin şekilde bastırılması gerektiği düşüncesi etkin olmuştur.

Fransa'da askerî yargılama sisteminde, oluşturulduğu ilk günden bu güne kadar birçok değişiklik yapılmıştır.⁵ Genellikle savaş, se-

² Makalede kullanılacak kavramlarla ilgili olarak şu açıklamayı yapmak gerekmektedir. Makalede hem "suç", hem de "suç (délit)" kavramlarını göreceksiniz. Fransa'da suç olarak tercüme edilen "délit" kelimesi, asliye ceza mahkemesinde yargılanacak suçu ifade etmektedir. Karışıklık olmaması amacıyla makalede kullandığımız "suç" kavramı ile asliye cezalık suç söylemek istediğimiz yerlerde "suç" kavramının yanına parantez içinde "suç (délit)" kelimesi kullanılmıştır. Yasaya aykırı davranış anlamında suç kelimesi ise yalnız olarak kullanılmıştır. Ağır ceza mahkemesinde yargılanacak suç ise "crime" olarak adlandırılmaktadır. Makalede ağır cezalık suç kastettiğimiz yerlerde "ağır suç" kelimesini kullandık.

³ Guinchard-Buisson, s. 203; Perrot, s. 167.

⁴ Perrot, s. 168.

⁵ Saas, s.313.

ferberlik, olağanüstü hal ya da kriz dönemlerinde askerî mahkemelerin kurulduğu ya da yetkilerinin artırıldığı⁶ normal dönemlerde ise genel yargı sistemine yaklaştırıldığı görülmektedir.

Fransa'da askerî mahkemelerin ilk kurulması 11. Louis tarafından 1467 tarihinde yayınlanan bir kararnameyle gerçekleştirilmiş,⁷ 1789 Fransız İhtilali'yle hepsi kaldırılmıştır.⁸ Daha sonra sömürgecilğe karşı bağımsızlık savaşları döneminde yeni istisnai yargılama mercileri oluşturulmuştur.⁹ II. Dünya Savaşı, işgal yönetimi ve daha sonra da 1961 ve 1962 yıllarında meydana gelen Cezayir'in bağımsızlık savaşı, Fransa'da askerî yargının daha da güçlenmesine yol açmıştır.¹⁰

Cezayir bağımsızlık savaşı sırasında, *Les Tribunaux Permanents Des Forces Armées* (Silahlı Kuvvetler Sürekli Mahkemeleri), *Les Tribunaux Militaires Des Armées* (Ordu Askerî Mahkemeleri)¹¹ ve *La Cour de Sûreté de l'Etat* (Devlet Güvenlik Mahkemesi)¹² olmak üzere iki askerî yargı mercii kurulmuştur. Yine bu dönemde 08.07.1965 tarihinde yeni bir *Code de Justice Militaire* (Askerî Yargı Kanunu) (CJM) yürürlüğe girmiştir.¹³ Özellikle *Les Tribunaux Permanents Des Forces Armées'nin* (Silahlı Kuvvetler Sürekli Mahkemeleri) yargılama yetkisi kapsamında sivillerin de yer alması,¹⁴ yargılama heyetinin emir-komuta içinde görev yapan askerlerden oluşması, uygulanan usul kurallarının ağırlığı, hakimlerin aşırı sert yaklaşımları, istinaf kanun yolunun kapalı olması ve kararların gerekçesiz yazılması sıkça eleştiri konusu yapılyordu.¹⁵

1980'den sonra askerî yargı sistemiyle ilgili önemli reformlar yapılmış ve askerî yargı, adli yargıya yaklaştırılmıştır.¹⁶ Bu bağlamda 04.08.1981 tarihli yasa ile *Cour De Sûreté De L'état* (Devlet Güvenlik

⁶ Perrot, s. 165.

⁷ Saas, s.313.

⁸ Perrot, s. 165.

⁹ Saas, s.315.

¹⁰ Perrot, s. 165.

¹¹ Corrine, s. 249; Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 473; Regoli, s. 120.

¹² Perrot, s. 166.

¹³ Saas, s.316.

¹⁴ Corrine, s. 249; Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 473; Regoli, s. 120; Pradel, s. 77.

¹⁵ Perrot, s. 168.

¹⁶ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 631.

Mahkemesi) ilga edilerek¹⁷ barış zamanında devlet güvenliğine karşı işlenen suçları yargılama yetkisi genel mahkemelere verilmiştir.¹⁸ 21.07.1982 tarihli yasa ile barış zamanında, Fransız topraklarında askerî yargının ilga edildiği ilan edilmiştir.¹⁹ Bununla birlikte, askerlerin, genel yetkili mahkemelerde, ancak askerî alanda uzmanlaşmış, özel bir oluşum tarafından yargılanması kabul edilmiştir.²⁰

III. FRANSIZ ASKERÎ YARGI SİSTEMİNİN GENEL GÖRÜNÜMÜ

Fransız Anayasasında askerî yargı ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Kural olarak, kim tarafından işlenirse işlensin, her türlü suçla ilgili soruşturma ve kovuşturma genel yetkili sivil mahkemelerce yapılır.

Ancak bu kuralın bazı istisnaları bulunmaktadır. Genel yetkili mahkemeler dışındaki merciler, genellikle istisnai ceza yargılaması olarak adlandırılır. Özel ceza yargılama mercileri, yasa tarafından öngörülen, sınırlı suç ve suçluları yargılamakla görevli mahkemelerdir. İstisnai ceza yargılaması genel olarak askerî ceza, siyasi ceza ve çocuk ceza alanlarıyla ilgilidir.²¹ Biz bu çalışmada istisnai ceza yargılamasının sadece askerlerle ilgili olan kısmını inceleyeceğiz.

Fransa'da genel mahkemelerle ilgili olarak yasaya aykırı davranışlar, kabahatler (*contravention*), suçlar (*délit*) ve ağır suçlar (*crime*) olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bu suç sınıflandırması aynı zamanda bu suçların yargılamasını yapacak olan mahkemeyi de belirlemektedir.²²

Fransa'da halen uygulanmakta olan askerî yargı sistemine ilişkin düzenlemelerin bir kısmı *Code de Procédure Penale*'de (Ceza Usul Kanu-

¹⁷ Regoli, s. 120.

¹⁸ Perrot, s. 166.

¹⁹ Saas, s.316; Perrot, s. 168; Bouloc, s. 472; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 576.

²⁰ Scarano, s. 120; Bu mahkemelerde, genel ceza usulü kuralları uygulanacak olmasına, yetkiyle ilgili kişilik kriterinin (asker olma) kısmen de olsa ilga edilmiş olmasına (Saas, s. 316) ve sistemin genel hukuka yaklaştırılmasına rağmen bu yeterli görülmemekte ve bazı yazarlarca askeri yargının, savaş zamanında ve barış zamanında varlığını sürdürmeye devam ettiği ileri sürülmektedir.

²¹ Perrot, s. 165.

²² Martinage, s. 26.

nu) (CPP) ve bir kısmı da *Code de Justice Militaire*'de (Askerî Adalet Kanunu) (CJM) yer almaktadır.

Fransa'da askerî yargı sistemi, barış zamanı ve savaş zamanı ile ülke içinde ve ülke dışında olmak üzere farklı şekillerde oluşmaktadır.

Barış zamanında, ülke içinde, askerler tarafından işlenen suçlar, kural olarak genel yetkili mahkemelerde yargılanmaktadır. Ancak sınırlı sayıdaki bazı suçlar, görevlerini yerine getirdikleri sırada askerler tarafından işlenmesi halinde, belirli koşulların varlığı halinde, oluşumları ve uyguladıkları usul bakımından bazı istisnalar içeren askerî alanda uzmanlaşmış Özel Görevli Genel Mahkemeler (*Juridictions De Droit Commun Spécialisées*) tarafından soruşturulmakta ve kovuşturulmaktadır.²³ Barış zamanında Fransa sınırları dışında konuşlanmış bulunan ya da hareket icra eden askerî birliklerde işlenen suçların soruşturulması ve kovuşturulması ise *Le Tribunal Aux Armées de Paris* (Paris Askerî Mahkemesi) (TAP) tarafından yapılmaktadır.

Savaş zamanında, ülke sınırları içinde ve ülke sınırları dışında askerî yargılama mercileri kurulmaktadır.²⁴ Fransız topraklarında *Les Tribunaux Territoriaux Des Forces Armées* (Silahlı Kuvvetler Mahkemeleri) (TTFA) ve generalleri yargılamak üzere *Le Haut Tribunal Aux Forces Armées* (Silahlı Kuvvetler Yüksek Mahkemesi) (HTFA) olmak üzere iki askerî yargılama makamı kurulmaktadır.²⁵ Savaş zamanında ülke sınırları dışında konuşlanmış bulunan ya da hareket icra eden askerî birliklerde işlenen suçların soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla *Les Tribunaux Militaires Aux Armées'nin* (Ordu Askerî Mahkemeleri) (TMA) kurulması öngörülmüştür.

Her halükarda, ülke içinde ve ülke dışında, barış zamanında ve savaş zamanında, özel görevli genel mahkemelerce ya da askerî mahkemelerce Fransız halkı adına karar verilir ve bu kararlara karşı istinaf kanun yolu açıktır. Bu kararlar Yargıtayın temyiz denetimine tabidir.²⁶

Detayları aşağıda anlatılacak olmakla birlikte, Fransız askerî yargı sisteminin bir bütün olarak algılanabilmesi amacıyla aşağıdaki tablo hazırlanmıştır.

²³ Guinchard-Buisson, s. 204.

²⁴ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 637.

²⁵ Saas, s. 317.

²⁶ Boulac, s. 474.

Barış Zamanında		
Fransa İçinde		Fransa Dışında
Özel Görevli Asliye Ceza Mahkemeleri	Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri	Paris Askerî Mahkemesi
Fransa içinde askerler tarafından işlenen suçlar (délit).	Fransa içinde askerler tarafından işlenen ağır suçlar.	Fransa dışında askerler tarafından işlenen suç (délit) ve ağır suçlar.

Savaş Zamanında			
Fransa İçinde		Fransa Dışında	
Les Tribunaux Territoriaux des Forces Armées	Le Haut Tribunal des Forces Armées	Les Tribunaux Militaires aux Armées	Tribunaux Prévôtaux
Ülke içinde temel ulusal çıkarılara karşı işlenen suç (délit) ve ağır suçlar.	General, mareşal ve amiraller tarafından işlenen suç (délit) ve ağır suçlar.	Ülke dışında konuşlu bulunan ya da hareket icra eden askerler tarafından işlenen suç (délit) ve ağır suçlar.	Ülke dışında konuşlu bulunan ya da hareket icra eden askerler tarafından işlenen kabahatler.

IV. BARIŞ ZAMANINDA ASKERLERİN YARGILANMASI

Fransız yargı sisteminde askerî yargıyla ilgili düzenlemeler, önce barış zamanı ve savaş zamanı olmak üzere ayrıma tabi tutulmuştur.

Bundan başka ilk derece, istinaf ve temyiz yargılamaları bakımından da bir ayırım söz konusudur.

Son olarak her iki zaman bakımından da ülke sınırları içinde ve ülke sınırları dışında olmak üzere ikinci bir ayırım söz konusudur.²⁷

²⁷ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 632.

Şimdi incelememizi bu ayrımları göz önüne alarak yapmaya çalışacağız.

A. İlk Derece Yargılaması

Askerler tarafından işlenen bazı suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında görevli ilk derece mahkemesinin belirlenirken, suçun ülke içinde ve ülke dışında işlenmiş olmasına göre farklılık söz konusu olmaktadır.

Ülke sınırları içinde bulunan askerler tarafından işlenen bazı suçlar, özel görevli genel mahkeme statüsündeki asliye mahkemeleri ve ağır ceza mahkemeleri tarafından soruşturulmakta ve kovuşturulmaktadır.

Ülke sınırları dışında konuşlanmış bulunan askerî birliklerde görevli askerler tarafından işlenen suçların ilk derece yargılaması ise *Le Tribunal Aux Armées de Paris* (TAP) tarafından yapılmaktadır.

1. Ülke Sınırları İçinde Özel Görevli Genel Mahkemeler

Tarihsel süreçte, Fransa'da askerlerin yargılanması konusunda, çok katı askerî mahkemelerden, genel yetkili mahkemelere doğru süreklili bir seyir olduğu görülmektedir. Bu bağlamda 10.11.1999 tarihli yasa ile CJM'de önemli reformlar yapılmış ve barış zamanı için genel mahkemelerin yetkileri oldukça genişlemiştir.²⁸ Buna göre, barış zamanında, Fransa içinde, bir asker tarafından, görevini yaptığı sırada işlenen askerî suçlar ya da görevi haricinde işlediği suçlar, kural olarak genel yetkili yargı mercilerinde, sivil hakimler tarafından soruşturulmakta ve kovuşturulmaktadır.²⁹

Bununla birlikte, bu suçların yargılanmasının tam olarak genel mahkemelerce yapıldığını söylemek doğru değildir.³⁰ Askerlerin işledikleri her türlü suçun yargılamasının, hiç bir istisna olmaksızın, genel yetkili mercilere bırakılmasının, bazı ciddi problemlere neden

²⁸ Boulac, s. 473.

²⁹ Verny, s. 76; Boulac, s. 472.

³⁰ Boulac, s. 472.

olacağı,³¹ her şeyden önce, milli savunma sırlarının ifşa edilmesi riskinin meydana geleceği, normal ağır ceza mahkemelerinde jürinin görev yapıyor olması,³² askerî alanda uzmanlaşmaya ihtiyaç olması³³ gibi hususlar göz önüne alınarak, bu nitelikteki işlerin yargılmasını yapacak genel yetkili mahkemenin yapısının özel olarak düzenlenmesi kabul edilmiştir.³⁴

Bu bağlamda CPP'in 697. maddesine göre, her istinaf mahkemesi yargı çevresinde, bir asliye ceza mahkemesi ve bir ağır ceza mahkemesinin, özel bir oluşumla, bu suçları yargılaması öngörülmüştür.³⁵ Özel görevli Asliye Ceza Mahkemesi, askerî alandaki suçları (délit), Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemesi ise, askerî alandaki ağır suçları yargılamakla görevlidir (CPP 697).³⁶

Bu özel görevli mahkemelerde görev yapan hakimler, adli yargı hakimleri olup, alışılmış kurallara göre görevlendirilmektedirler. Askerî alandaki suçları yargılamasına karşın bu hakimlerin bağımsızlıklarında ve tarafsızlıklarında genel mahkemelerdeki hakimlere göre hiç bir ayırım söz konusu değildir. Bu merciler, hiç bir askerî üyenin görev almadığı³⁷ sivil mahkemelerdir. Bu mahkemelerde kararlar, Fransız halkı adına, genel hukuk kurallarına uygun olarak, sivil hakimler tarafından ve hiç bir özel karakter içermeyen bir yargılama usulü uygulamak suretiyle verilmektedir.³⁸ Bu genel girişten sonra, şimdi, bu mahkemelerle ilgili daha ayrıntılı inceleme yapacağız.

a. Özel Görevli Asliye Ceza Mahkemeleri

Fransız meclisi, hakimlerin yeterli uzmanlık elde edebilmeleri amacıyla, askerî alandaki uyuşmazlıkların görüleceği mahkemele-

³¹ Perrot, s. 169.

³² Perrot, s. 169; Siyasi tarafları da olan bir suçta, jürinin oturmayı ret etmesi ya da miksillemede bulunması gibi olasılıklardan endişe edilmiştir.

³³ Saas, s.316.

³⁴ Perrot, s. 169.

³⁵ Boulac, s. 472; Perrot, s. 169; Verny, s. 76.

³⁶ Corrine, s. 249.

³⁷ Saas, s. 327.

³⁸ Saas, s. 334.

ri merkezileştirmiştir.³⁹ Bu nitelikteki suçların yargılanmasının az sayıdaki uzman mahkeme tarafından yapılmasını uygun görmüştür. Bu amaçla her istinaf mahkemesinin yargı çevresinde, o bölgede işlenen bazı suçları (délict) yargılamakla görevli, özel görevli asliye ceza mahkemeleri kurulmuştur (CPP 697).⁴⁰ Başka bir ifadeyle, yeni mahkeme kurulmaksızın, zaten kurulu bulunan bir asliye ceza mahkemesi, bu davaların yargılanmasını yapmakla görevlendirilmektedir.⁴¹

aa. Yapı

Her istinaf mahkemesi yargı çevresinde bir tane özel görevli asliye ceza mahkemesi kurulmuştur. Fransa'da 30 (5 tane de denizaşırı bölgelerde bulunmaktadır) adet istinaf mahkemesi bulunmaktadır.⁴² Şu halde Fransa genelinde 30 bölgede özel görevli asliye ceza mahkemesi görev yapmaktadır.

Özel görevli asliye ceza mahkemeleri, bir başkan ve iki hakim üyeden oluşur (CPP 398). Bu mahkemede görev yapacak başkan ve üyeler, askerî alanda uzman sivil hakimlerdir.⁴³ Başkanın ve hakimlerin atanmasında genel mahkemelerde hakimlerin atanmasına ilişkin usul ve koşullar uygulanır.

ab. Yetki

CPP 697. maddesinde, CPP'in 697-1 maddesinde belirtilen suçların (délict) özel görevli asliye ceza mahkemesi tarafından soruşturulacağı ve kovuşturulacağı belirtilmektedir.⁴⁴ Özel görevli asliye ceza mahkemelerinin yetkisini, zaman, yer, kişi ve konu (madde) bakımından incelemek gerekir.

Özel görevli asliye ceza mahkemelerinin zaman bakımından yetkisi açık olup, bu yetki sadece barış zamanı için söz konusudur. Yer

³⁹ Perrot, s. 169.

⁴⁰ Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 474; Debeurain, 112; Perrot, s. 169; Regoli, s. 121.

⁴¹ Pradel, s. 77.

⁴² [http://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_d%27appel_\(France\)](http://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_d%27appel_(France)), ET: 20.12.2008.

⁴³ Regoli, s. 121; Perrot, s. 169; Debeurain, 112.

⁴⁴ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 632.

bakımından yetkisi ise, bulunduğu istinaf mahkemesinin yargı çevresi ile sınırlıdır. Yer itibarıyla yetki konusu CPP'in 697-1 maddesi ile belirlenmiş olup söz konusu düzenleme genel yetki kurallarına atıf yapmaktadır. Genel yetki kurallarına⁴⁵ göre bir suçun (*délit*), özel görevli asliye ceza mahkemesinde yargılanabilmesi için, bu suçun (*délit*) işlendiği yerin, şüphelinin ikamet ettiği yerin, şüphelinin yakalandığı yerin ya da şüphelinin tutuklandığı yerlerden birisinin, bu mahkemenin yetki çevresi içinde olması gerekir.⁴⁶

Özel görevli asliye ceza mahkemelerinin madde bakımından yetkisi, CPP'in 697-1 maddesinde düzenlenmiştir. Bu mahkemelerin madde bakımından yetkisi kapsamında hem suçlar (*délit*) hem de askerî suçlar (*délit*) yer alabilir.⁴⁷ Bu bağlamda bu mahkemeler, öncelikle CJM'nin 3. kitabından düzenlenen askerî suçları (*délit*) yargılamakla yetkilidir.⁴⁸ Bundan başka askerler tarafından, askerlik hizmeti yerine getirilirken işlenen suçlar (*délit*) da bu mahkemelerde yargılanır.⁴⁹ CPP'in 702. maddesine göre temel ulusal çıkarılara karşı işlenen suçların (*délit*) bir kısmı da özel görevli asliye ceza mahkemelerinde yargılanır.

CJM'nin 3. kitabında öngörülen askerî suçlar (*délit*) ana hatlarıyla askerî yükümlülüklerle aykırılıklarla ilgilidir.⁵⁰ Bu kitap dört bölüm içerir. Birinci bölüm, askerî yükümlülüklerle ilgili suçları (*délit*), ikinci bölüm, göreve ve onura karşı suçları (*délit*), üçüncü bölüm, disipline karşı işlenen suçları (*délit*) ve dördüncü bölüm, yönetmelikte belirlenen suçları (*délit*) düzenlemektedir.⁵¹

Özel görevli asliye ceza mahkemelerinin madde bakımından yetkisinin ikinci konusu ise askerler tarafından, askerî görevin yerine getirilmesiyle ilgili olarak işlenen suçlardır (*délit*).⁵² Kural olarak, askerlerin, görevleriyle ilgili olmayan suçları (*délit*) genel yetkili mahkeme-

⁴⁵ Yer itibarıyla yetki kuralları CPP'in 43, 52, 382 ve 663 maddelerinde düzenlenmiştir.

⁴⁶ Heraud-Maurin, s. 61; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 633.

⁴⁷ Saas, s. 321.

⁴⁸ Corrine, s. 249; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 632.

⁴⁹ Guinchard-Buisson, s. 205.

⁵⁰ Guinchard-Buisson, s. 205.

⁵¹ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 632.

⁵² Corrine, s. 249; Guinchard-Buisson, s. 205; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 632.

lerde yargılanır.⁵³ Ancak bir askerî *“askerî bir görevin yürütülmesiyle ilgili”* olarak işlediği suç (*délit*) özel görevli asliye ceza mahkemesinde yargılanabilir. *“Askerî görevin yürütülmesi”* kriteri, bu mahkemelerin yetki alanını oldukça sınırlamaktadır. Fransız Yargıtay’ına göre, özel görevli asliye ceza mahkemesinin yetkili olması için, bir suçun (*délit*), sadece askerî bir alanın içinde işlenmiş olması ya da bir asker tarafından işlenmiş olması yeterli değildir. Bu suçun (*délit*), askerî bir görevin yerine getirilmesiyle ilgili olarak işlenmiş olması gerekir. Bu bağ kurulumuyorsa genel yetkili mahkemeler yetkili olur.⁵⁴

Bu mahkemelerin üçüncü yetki ise temel ulusal çıkarlara karşı işlenen suçlarla (*délit*) ilgilidir. Bu suçlar (*délit*) kural olarak genel yetkili mahkemelerde yargılanır. Ancak bu suçlardan (*délit*) CP’in 411-1 ile 411-11 ve 413-1 ile 413-12 maddelerinde düzenlenenler, özel görevli asliye ceza mahkemelerinde yargılanır (CPP 702).

Özel görevli asliye ceza mahkemesinin *kişi bakımından yetkisi* CPP’in 697-1 maddesinde CJM’in 121-3 ile 121-5 maddelerine atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Atıf yapılan madde hükümlerine baktığımızda, hepsi açıkça, doğrudan ya da dolaylı olarak silahlı kuvvetler mensubu olmayı ifade etmektedir.⁵⁵ Yargıtay da, *“görevin yürütülmesi sırasında işlenmiş suç”* ibaresinden, bu suçun bir asker tarafından işlenmiş olması gerektiğini vurgulamaktadır.⁵⁶ Şu halde özel görevli asliye ceza mahkemesinin kişi itibarıyla yetkisi kural olarak askerleri kapsamaktadır.

“Asker” ibaresinden kimlerin anlaşılması gerektiği CJM’in 121-3 ile 121-5 maddelerinde belirtilmiştir.⁵⁷ Bu hükme göre, *“asker”* ibaresi, silahlı kuvvetler mensuplarını, askerî kariyer mesleğinde olanları, bir sözleşmeye bağlı olarak askerlik yapanları, askerlik hizmetini henüz tamamlamış olup da izin verilen kişiler, yedek askerleri, bir askerî uçak ya da geminin mürettebatını, orduyla yasal ya da sözleşmesel bir bağ olmaksızın tamamlayıcı askerlik hizmetini yapan kişileri, askerî görev tahsis edilenleri, Milli Hizmet Kanunu’nda öngörülen koşullar al-

⁵³ Guinchard-Buisson, s. 205.

⁵⁴ Saas, s. 323.

⁵⁵ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 632.

⁵⁶ Saas, s. 323.

⁵⁷ Guinchard-Buisson, s. 205; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 636.

tında askerlik görevini yerine getirenleri,⁵⁸ savaş esirlerini,⁵⁹ yasaya ya da sözleşmeye dayalı olarak sivil memur olarak silahlı kuvvetlerde çalışan sivilleri⁶⁰ kapsamaktadır.

CPP'in 697-1 maddesi uyarınca *adli veya idari kolluk* görevini yerine getirirken jandarmalar tarafından işlenen suçlar (*délit*), özel görevli asliye ceza mahkemelerinin değil, genel yetkili asliye ceza mahkemelerinin yetkisindedir.⁶¹ Adli ve idari kolluk görevi dışındaki diğer askerî görevlerini yaparken işledikleri suçlar (*délit*), yukarıdaki koşulları taşımak kaydıyla, özel görevli asliye ceza mahkemelerinde yargılanır.⁶²

Özel görevli asliye ceza mahkemesinin kişi bakımından yetkisi kural olarak askerle ilgili olmakla birlikte, bazen *sivillerin* yargılanmasında da yetkili olabilmektedir. Zira CPP'in 697-1 maddesinde geçen "*her ... fail ve yardımcı*" ifadesi, bu yetkinin sadece askerlerle sınırlı olmadığını, bazı hallerde sivilleri de kapsayabileceği anlamına gelmektedir.⁶³ Madde bakımından yetki kapsamında sayılan suçların (*délit*) normal koşullar altında siviller tarafından işlenmesi pek olası değildir. Ancak bu suçların (*délit*) askerlerle birlikte siviller tarafından işlenmesi ya da sivillerin bu suçları (*délit*) işleyen askerlere yardım etmeleri hallerinde sivillerin de özel görevli asliye ceza mahkemelerinde yargılanmaları söz konusu olabilir.⁶⁴

Özel görevli asliye ceza mahkemesinin kişi bakımından yetkisi, sadece *büyükleri* içermektedir.⁶⁵ CPP'in 697-1 maddesinde belirtilen suçları (*délit*) işleyen çocuklar, ister asker olsun, ister sivil olsun, özel görevli asliye ceza mahkemelerinde yargılanmazlar.⁶⁶ Bu durumda çocuk mahkemeleri yetkilidir. Aynı suçun (*délit*) bir çocuk ile bir büyük tarafından birlikte işlenmesi halinde, büyükler özel görevli mahkemede, çocuklar ise genel çocuk mahkemelerinde yargılanır.⁶⁷ Bu mahke-

⁵⁸ Saas, s. 322.

⁵⁹ Heraud-Maurin, s. 61.

⁶⁰ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 636.

⁶¹ Saas, s. 322; Guinchard-Buisson, s. 205.

⁶² Saas, s. 322.

⁶³ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 632.

⁶⁴ Saas, s. 324.

⁶⁵ Corrine, s. 249; Guinchard-Buisson, s. 205.

⁶⁶ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 632; Guinchard-Buisson, s. 204.

⁶⁷ Angevin, 56.

melerin çocukların yargılanması konusunda yetkisiz oldukları CPP'in 697-1 maddesinde geçen "tüm büyük kişiler" ibaresi ve CJM'in 121-6 maddesinde yer alan « 18 yaşından küçük çocuklar » ifadesi ile açıkça belirtilmektedir.⁶⁸

ac. Usul

Barış zamanında, özel görevli asliye ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar (délit) için ayrı bir yargılama usulü öngörülmemiş olup, CPP hükümlerine göre soruşturulur ve kovuşturulur.⁶⁹ Bu bağlamda bu mahkemelerin verdiği kararlara karşı istinaf kanun yolu açıktır, mağdur kamu davasına katılabilir,⁷⁰ savunma hakkı serbestçe kullanılabilir ve bir avukatın hukuki yardımından yararlanılabilir.⁷¹ Genel yetkili soruşturma organları görev yapar.

Bununla birlikte, bazı istisnaların da olduğu görülmektedir. Bu mahkemeler yargılama sırasında, CPP'in 698-1 ila 698-9 maddeleri ile CJM'de belirtilen bazı istisnai hükümleri de uygulamak durumundadır.⁷² Bu bağlamda, özel görevli asliye ceza mahkemelerinin duruşmaları kural olarak kamuya açıktır. Ancak CPP 698-9 maddesinde belirtilen milli savunma sırlarının ifşa olması riski varsa duruşmanın kamuya kapatılması mümkündür.⁷³

CPP'in 698-1 maddesine göre askerlerin yargılanması için izin alınması gerekmektedir. Askerî birimlerden yapılmış bir ihbar ya da suçüstü hali dışında savcı, soruşturduğu her işte, öncelikle, savunmayla görevli bakanlığın ya da bu bakanlık tarafından yetkilendirilmiş askerî makamın görüşünü istemek zorundadır. İlgili bakanlık görüşünü en geç 1 ay içinde gönderir. Görüşün alınmaması yapılan işlemi hükümsüz hale getirir.⁷⁴ Görüş belirtmeye yetkili askerî makam, savunmayla görevli bakanlık tarafından belirlenir.

⁶⁸ Saas, s. 326.

⁶⁹ Saas, s. 335; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 633.

⁷⁰ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 636.

⁷¹ Saas, s. 335.

⁷² Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 636; Heraud-Maurin, s. 62.

⁷³ Saas, s. 334.

⁷⁴ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 633.

698-3 maddesi ise askerî tesislere giriş ve buralarda araştırma yapmakla ilgili istisna içermektedir. Savcı, soruşturma hakimi ve adli polis görevini yaparken askerî kuruma girmek istediğinde bunu yetkili askerî makamdan talep eder. Talepnamede -zorunlu durumlar hariç olmak üzere- araştırmanın amacı ve özellikleri belirtilir. Yetkili askerî makamlar gerekli işlemlerin yapılmasına engel olamaz. Savcı, soruşturma hakimi ve adli polis, askerî sırlarla ilgili talimatlara özen gösterir. Yetkili askerî makamlar de soruşturmanın ve araştırmanın gizliliğine saygılı olurlar. Özel görevli asliye ceza mahkemesi, yargılama sonunda, genel yaptırımların dışında askerî görevden azil ve askerî rütbenin indirilmesi gibi cezalar da verebilir. Yine CPP'in 698-5 maddesinde yaptığı atıf gereğince, zamanaşımı, malvarlığına elkoyma, müsadere, tekerrür gibi konularda CJM'de yer alan özel hükümler uygulanır.⁷⁵

Yine soruşturma sırasında tutuklanan kişiler ayrı yerlerde tutulurlar (CPP 698-5).

b. Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri

Fransız yargı sisteminde, barış zamanında, ülke sınırları içinde işlenen ağır suçlar bakımından askerî mahkemeler tamamen ilga edilmiştir. Kural olarak askerler de herkes gibi genel yetkili mahkemelerde yargılanırlar.⁷⁶ Ancak değişik gerekçelerle, askerî alandaki bazı ağır suçların genel yetkili mahkemelerde yargılanmasında bir takım sakıncalar görülerek, her istinaf mahkemesi yargı çevresinde, bu ağır suçları yargılamakla görevli özel görevli bir ağır ceza mahkemesi oluşturulmuştur.⁷⁷

ba. Yapı

Fransa'da, genel ağır suçları yargılamakla görevli ağır ceza mahkemeleri bir başkan, iki hakim üye ve dokuz jüri üyesinden oluşmaktadır. Her istinaf yargı çevresinde bir ağır ceza mahkemesi bulunmaktadır.

⁷⁵ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 633.

⁷⁶ Regoli, s. 120.

⁷⁷ Regoli, s. 121; Heraud-Maurin, s. 62; Guinchard-Buisson, s. 205; Angevin, 463; Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 474; Pradel, s. 77.

Buna karşılık askerî alandaki bazı ağır suçları yargılamakla görevli ağır ceza mahkemeleri farklı bir yapıda oluşturulmuştur. Özel görevli ağır ceza mahkemelerinin yapısındaki ilk farklılık, bu mahkemelerde jürinin yer almamasıdır.⁷⁸ 1790 yılında bu mahkemelerin yapısına jürinin eklenmiş olmasına⁷⁹ rağmen, devlet sırlarının ifşa edilmesinin önlenmesi,⁸⁰ siyasi tarafı olan ağır suçlarda jürinin oturmayı ret etmesi ya da misillemede bulunması veya büyük tehditlerin olduğu bu tür işlerde, ilan edilen jüri üyelerini toplamanın zor olacağı⁸¹ gibi gerekçelerle bu mahkemelerin yapısında jüriye yer verilmemiştir.

Özel görevli ağır ceza mahkemesinin oluşumundaki ikinci farklılık ise hakim üyelerin sayısı ile ilgilidir. Genel ağır ceza mahkemelerinde bir başkanın yanında iki hakim üye görev yaparken, özel görevli ağır ceza mahkemesinde 1 başkan ve 6 üye hakim (toplam 7 hakim) görev yapmaktadır.⁸²

Başkan ve altı üye hakim, yargı çevresinde kurulu bulunduğu istinaf mahkemesinin birinci başkanı tarafından alışlagelmiş usullere göre belirlenir.⁸³ Başkan ve üyelerin hepsi profesyonel ve sivil adli yargı hakimlerinden oluşur.⁸⁴

bb. Yetki

Yukarıda olduğu gibi özel görevli ağır ceza mahkemelerinin yetkisini, zaman, yer, konu (madde) ve kişi kriterlerine göre değerlendireceğiz.

Zaman ve yer bakımından yetki konusu açık olup, özel görevli ağır ceza mahkemeleri sadece barış zamanında ve kurulu buldukları istinaf mahkemesinin yargı çevresinde işlenen bazı ağır suçları yargılamakla yetkilidirler. Bir ağır suçun, özel görevli ağır ceza mahkeme-

⁷⁸ Boulac, s. 473; Pradel, s. 77; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 634; Angevin, 463; Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 474; Perrot, s. 169;

⁷⁹ Pradel, s. 78.

⁸⁰ Pradel, s. 78.

⁸¹ Perrot, s. 166.

⁸² Heraud-Maurin, s. 62; Angevin, 463; Perrot, s. 169; Regoli, s. 121; Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 474;

⁸³ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 634; Perrot, s. 169.

⁸⁴ Pradel, s. 77.

sinde yargılanabilmesi için, bu ağır suçun işlendiği, şüphelinin ikamet ettiği, şüphelinin yakalandığı ya da şüphelinin tutuklandığı yerlerden birisinin, bu mahkemenin yetki çevresi içinde olması gerekir.⁸⁵

Özel görevli ağır ceza mahkemelerinin madde bakımından yetkisine gelince; bu husus, özel görevli asliye ceza mahkemesinde olduğu gibi bir liste ve CJM'a yollama ile belirlenmiştir.⁸⁶ Özel görevli ACM'nin yetkisi askerî bir ağır suç ya da genel bir ağır suçla ilgili olabilir.⁸⁷

Özel görevli ACM öncelikle, barış zamanında, CJM in 3. kitabında sayılan askerî nitelikli ağır suçları yargılamakla yetkilidir.⁸⁸ CJM'ın 3. kitabında öngörülen askerî nitelikli ağır suçlar ana hatlarıyla askerî yükümlülüklerle aykırılıklarla ilgilidir.⁸⁹ Yukarıda da açıklandığı gibi bu kitap 4 bölüm içerir. Birinci bölüm askerî yükümlülüklerle ilgili ağır suçları, 2. bölüm göreve ve onura karşı ağır suçları, 3. bölüm disipline karşı işlenen ağır suçları ve 4. bölüm yönetmelikte belirlenen ağır suçları düzenlemektedir.⁹⁰

İkinci olarak, askerlerin görevlerini yerine getirirken işledikleri genel ağır suçlarla ilgili yetkisi bulunmaktadır. Kural olarak askerler tarafından işlenen ağır suçlar genel yetkili ağır ceza mahkemelerinde yargılanır.⁹¹ Ancak katı bazı koşulların varlığı halinde askerler tarafından işlenen bazı genel ağır suçlar özel görevli ACM'nde yargılanabilir.

- Birinci koşul, özel görevli ağır ceza mahkemesinin yetkili olabilmesi için genel ağır suçun bir asker tarafından işlenmiş olmasıdır.⁹²
- İkinci koşul, bu ağır suçun asker tarafından, askerî bir görevin yerine getirilmesi sırasında işlenmiş olması gerekir.⁹³

⁸⁵ Heraud-Maurin, s. 61.

⁸⁶ Guincharde-Buisson, s. 206.

⁸⁷ Saas, s. 321.

⁸⁸ Angevin, 56; Boulac, s. 473; Corrine, s. 249.

⁸⁹ Guincharde-Buisson, s. 205.

⁹⁰ Guincharde-Montagnier-Varinard, s. 632.

⁹¹ Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 474; Conte-Chambon, s. 79; Corrine, s. 249.

⁹² Saas, s. 323.

⁹³ Saas, s. 323; Yargıtay askeri görevin yerine getirilmesi kriterini sıkı bir şekilde denetlemektedir. Kaza ile başka bir jandarmayı, görevini yapması için kendisine verilmiş olan silahla, askeri bölge içinde öldüren bir jandarmanın yargılanmasında, bu suçu görevin yerine getirilmesi sırasında işlenmiş sayılamayacağı gerekçesiyle, ge-

• Üçüncü koşul ise, işlenen genel ağır suçun genel yetkili mahkemelerde yargılanması halinde milli savunma sırlarının ifşası riskinin söz konusu olması gerekir.⁹⁴

Bu üç şartın birlikte gerçekleşmesi halinde, işlenen ağır suçlar, özel görevli ağır ceza mahkemelerinde yargılanır.

Milli savunma sırlarının ifşası riskinin olup olmadığı, soruşturma sırasında soruşturma dairesi tarafından belirlenir. Daire, bu riskin olduğu kanaatine varmışsa, bu davayı özel görevli ACM'ne gönderir.⁹⁵

Vurgulamak gerekir ki, bu konuda, özel görevli ACM'nin yetkisi ile özel görevli asliye ceza mahkemesinin yetkisi arasında fark bulunmaktadır. Askerlerin, görevlerini yerine getirirken bir suç (*délit*) işlemeleri halinde, başka bir koşul aranmaksızın, özel görevli asliye ceza mahkemesi yetkili oluyordu. Buna karşın bir asker tarafından, askerî görevini yerine getirirken, bir ağır suç işlemesi halinde genel yetkili ACM yargılama yapar. Özel görevli ACM'nin yetkili olabilmesi için ek bir koşulun daha gerçekleşmiş olması gerekir. O da milli savunma sırlarının ifşası riskidir. Böyle bir risk varsa özel görevli ACM, yoksa genel yetkili ACM yargılama yapar.⁹⁶

Üçüncü yetki, temel ulusal çıkarlara karşı işlenen ağır suçlarla ilgilidir. Bu ağır suçlar kural olarak genel yetkili mahkemelerde yargılanır. Ancak bu ağır suçlardan CP'in 411-1 ila 411-11 (düşmanla işbirliği ve casusluk) ve 413-1 ila 413-12 (milli savunmayla ilgili korunan yerlere ve ordu güvenliğine saldırı ve milli savunma sırlarına saldırı) maddelerinde düzenlenen ağır suçlar, özel görevli ACM'nde yargılanır (CPP 702).⁹⁷

CPP'in 706-17 maddesine göre CP'in 421-1 ila 421-6 maddelerinde düzenlenmiş bulunan terör suçları da özel görevli ağır ceza mahkemesinde yargılanır. Ancak burada bir istisnai durum söz konusudur. Terör suçları sadece Paris'te kurulu bulunan özel görevli ACM'nde

nel yetkili mahkemelerin görevli olduğunu belirtmiştir. Saas, s. 323.

⁹⁴ Angevin, 56; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 634; Perrot, s. 169; Stefani-Levasseur-Boulloc, s. 474; Conte-Chambon, s. 79; Heraud-Maurin, s. 62.

⁹⁵ Conte-Chambon, s. 79; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 634; Boulac, s. 473; Stefani-Levasseur-Boulloc, s. 474.

⁹⁶ Guinchard-Buisson, s. 206; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 636.

⁹⁷ Boulac, s. 473; Angevin, 56; Guinchard-Buisson, s. 206.

yargılanmaktadır.⁹⁸

CPP'in 706-27 maddesi uyarınca uyuşturucu madde kaçaklığı suçları da özel görevli ağır ceza mahkemelerinde soruşturulur ve kovuşturulur.⁹⁹

Özel görevli ACM'nin kişi bakımından yetkisine gelince, kural olarak askerleri yargılamakla yetkilidir. Asker kavramı CJM'in 121-3 ila 121-5 maddelerinde belirtilmiştir.

CPP'in 697-1 maddesi uyarınca adli veya idari kolluk görevini yerine getirirken jandarmalar tarafından işlenen genel ağır suçlar, özel görevli ACM'nin değil, genel yetkili ACM'nin yetkisindedir.¹⁰⁰ Adli ve idari kolluk görevi dışındaki diğer askerî görevlerini yaparken işledikleri ağır suçlar, yukarıdaki koşulları taşımak kaydıyla, özel görevli ACM'lerinde yargılanır.¹⁰¹

Özel görevli ACM, bazen sivillerin yargılanmasında da yetkili olabilmektedir. Zira CPP'in 697-1 maddesinde geçen "*her ... fail ve yardımcı*" ifadesi, bu yetkinin sadece askerlerle sınırlı olmadığını, bazı hallerde sivilleri de kapsayabileceği anlamına gelmektedir.¹⁰² Madde bakımından yetki kapsamında sayılan ağır suçların askerlerle birlikte siviller tarafından işlenmesi ya da sivillerin bu ağır suçları işleyen askerlere yardım etmeleri hallerinde sivillerin de bu mahkemede yargılanması söz konusu olabilir.¹⁰³

Yine CPP'in 702. maddesi uyarınca, barış zamanında, temel ulusal çıkarlara karşı ağır suçlardan CP'in 411-1 ila 411-11 ve 413-1 ila 413-12 maddelerinde düzenlenen ağır suçların sivil kişiler tarafından işlenmesi halinde özel görevli ACM yargılama yapar.¹⁰⁴

Özel görevli ACM'nin kişi bakımından yetkisi, sadece büyükleri içermektedir.¹⁰⁵ Madde bakımından yetki kapsamındaki ağır suç-

⁹⁸ Guinchard-Buisson, s. 206; Angevin, 56; Boulac, s. 473; Heraud-Maurin, s. 62.

⁹⁹ Angevin, 56; Guinchard-Buisson, s. 206.

¹⁰⁰ Guinchard-Buisson, s. 205; Saas, s. 322.

¹⁰¹ Saas, s. 322.

¹⁰² Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 632.

¹⁰³ Saas, s. 324.

¹⁰⁴ Guinchard-Buisson, s. 205.

¹⁰⁵ Corrine, s. 249; Guinchard-Buisson, s. 205;

ların ister asker, ister sivil olsun bir çocuk tarafından işlenmesi halinde bu mahkemeler değil,¹⁰⁶ genel çocuk ACM yetkilidir. Aynı ağır suçun bir çocuk ile bir büyük tarafından birlikte işlenmesi halinde büyük özel görevli ACM'nde, çocuk ise genel yetkili çocuk ağır ceza mahkemesinde yargılanır.¹⁰⁷ CPP'in 697-1 maddesinde geçen "*tüm büyük kişiler*" ibaresi ve CJM'in 121-6 maddesinde yer alan "*18 yaşından küçük çocuklar*" ifadesi bunu açıkça ortaya koymaktadır.¹⁰⁸ Bir küçüğün terör suçu işlenmesi halinde, Paris'te bulunan genel çocuk ağır ceza mahkemesi yetkilidir.¹⁰⁹

bc. Usul

Barış zamanında, özel görevli ACM'nin görev alanına giren ağır suçlar için ayrı bir yargılama usulü öngörülmemiş olup, CPP hükümlerine göre soruşturulur ve kovuşturulur.¹¹⁰ Bu mahkemelerin verdiği kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvuru mümkündür, mağdur kamu davasına katılabilir,¹¹¹ savunma hakkı serbestçe kullanılabilir ve bir avukatın hukuki yardımından yararlanılabilir.¹¹² Genel yetkili soruşturma organları görev yapar. Bununla birlikte bazı istisnaların yer aldığı da görülmektedir.¹¹³

Özel görevli ACM'lerinde müzakere ve oylamaya sadece başkan ve üye hakimler iştirak ederler. Jüriyle ilgili hükümler uygulanmaz. Oylamada basit çoğunlukla karar alınır.¹¹⁴

Özel görevli ACM'nin duruşmaları kural olarak kamuya açıktır. Ancak milli savunma sırlarının ifşa olması riski varsa duruşmanın kamuya kapatılması mümkündür.¹¹⁵

Yine CPP'in 698-1 maddesinde, askerî birimlerden yapılmış bir ih-

¹⁰⁶ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 632; Guinchard-Buisson, s. 204.

¹⁰⁷ Angevin, 56.

¹⁰⁸ Saas, s. 326.

¹⁰⁹ Angevin, 56.

¹¹⁰ Saas, s. 335; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 633; Heraud-Maurin, s. 62.

¹¹¹ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 636.

¹¹² Saas, s. 335.

¹¹³ Heraud-Maurin, s. 62; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 636.

¹¹⁴ Angevin, 56; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 634.

¹¹⁵ Saas, s. 334.

bar olmaksızın ya da suçüstü hali bulunmaksızın savcı, araştırdığı her işte öncelikle, savunmayla görevli bakanlığın ya da bu bakanlık tarafından yetkilendirilmiş askerî makamın görüşünü istemek zorundadır.

698-3. maddesinde savcı, soruşturma hakimi ve adli polis, görevini yaparken, askerî kuruma girmek istediğinde bunu yetkili askerî makamdaki talep ederler, askerî sınırlarla ilgili talimatlara özen gösterirler, yetkili askerî makamlar da soruşturmanın ve araştırmamanın gizliliğine saygılı olurlar. Yine CPP'in 698-5. maddesinde yaptığı atıf gereğince, zamanaşımı, malvarlığına elkoyma, müsadere, tekerrür gibi konularda CJM'de yer alan özel hükümler uygulanacaktır. Özel görevli ACM, genel yaptırımların dışında askerî görevden azil ve askerî rütbenin indirilmesi gibi cezalar da verebilir.¹¹⁶

Yine soruşturma sırasında tutuklanan kişiler ayrı yerlerde tutulurlar (CPP 698-5).

2. Ülke Sınırları Dışında: Paris Askerî Mahkemesi (*Le Tribunal aux armées de Paris*) (TAP)

Kural olarak, barış zamanında, tüm suçlarla ilgili genel mahkemeler yetkili olmakla birlikte¹¹⁷ istisnai olarak askerî yargı barış zamanında da bazı koşullar altında görev yapmaktadır.¹¹⁸

Barış zamanında askerî yargı mercilerinin tamamen kaldırılması, sadece ülke sınırları içinde işlenen suçlarla ilgilidir. Buna karşılık, bir ordunun barış zamanında, Fransa dışında konuşlanması ya da operasyon yapması halinde, bu ordu mensupları tarafından gerçekleştirilen yasaya aykırı davranışlar, sadece Paris'te bulunan ve tek yetkili mahkeme olan, *Le Tribunal Aux Armées de Paris* (TAP) tarafından soruşturulur ve kovuşturulur.¹¹⁹ TAP, yurt dışında bulunan ya da intikal eden askerî birlikler için genel yetkili ve sürekli bir mahkeme ha-

¹¹⁶ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 633, 634.

¹¹⁷ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 576.

¹¹⁸ Boulac, s. 473. Öncelikle barış zamanında, askeri adaleti sağlamakla görevli TAP, bir askeri yargılama makamı olarak, ülke toprakları dışında bulunan ordu birlikleriyle ilgili olarak varlığını sürdürmektedir. Perrot, s. 168.

¹¹⁹ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 635; Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 474; Regoli, s. 121; Conte-Chambon, s. 79; Verny, s. 76; Saas, s. 318.

lini almıştır.¹²⁰ TAP, devamlı olarak Paris'te kurulmuş olmakla birlikte, ihtiyaç olması halinde ülke toprakları dışında da geçici daireler kurabilir.¹²¹ TAP'nin oluşumu ve yetkileri CJM'de düzenlenmiştir.¹²²

a. Yapı

Fransız ceza sistemindeki kabahat, suç (*délit*) ve ağır suç ayrımı gereğince TAP'nin daireleri işlenen suça göre¹²³ bir, üç ya da yedi hakimden oluşmaktadır.¹²⁴

TAP kural olarak iki daire içerecek şekilde kurulmuştur.¹²⁵ Bu mahkemenin kurulması CJM'nin 111-1 maddesinde öngörülmüş olup, söz konusu düzenleme TAP'nin daire sayısının belirlenmesini kararnameye bırakmıştır. Buna ilişkin Kararname 28.12.1999 tarihinde yayınlanmış ve TAP'nin daire sayısı iki olarak belirlenmiştir. Buna göre dairelerden birisi kabahatler ile suçları (*délit*) yargılayacak, birisi de ağır suçları yargılayacaktır.¹²⁶

Kural olarak TAP Paris'te kurulmuş olmakla birlikte, daireleri, ihtiyaç olması halinde ve savunma ve adalet bakanlarının raporu üzerine bir kararnameyle, geçici olarak, ülke sınırları dışında da kurulabilir.¹²⁷

Kabahatleri yargılayacak TAP'in dairesi, bir başkan veya yetkilendirilmiş bir hakimden oluşur.¹²⁸ Suçları (*délit*) yargılayacak TAP dairesi ise, bir başkan ve iki üyeden oluşur.¹²⁹ Bu oluşumda başkan, istinaf daire başkanları ya da istinaf mahkemesi üyeleri arasından, iki üye hakim ise asliye mahkemesi hakimleri arasından belirlenir.¹³⁰

¹²⁰ Guinchard-Buisson, s. 207.

¹²¹ Verny, s. 76.

¹²² Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 475; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 635; Boulac, s. 473.

¹²³ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 635.

¹²⁴ Scarano, s. 120.

¹²⁵ Heraud-Maurin, s. 62; Guinchard-Buisson, s. 207; Conte-Chambon, s. 79.

¹²⁶ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 635.

¹²⁷ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 635.

¹²⁸ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 635.

¹²⁹ Boulac, s. 473; Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 475; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 635; Heraud-Maurin, s. 63; Conte-Chambon, s. 79; Pradel, s. 78.

¹³⁰ Regoli, s. 121.

Ağır suçların yargılanmasını yapacak olan TAP'nin dairesi, CPP'in 698-6 maddesine göre kurulur (CJM, 111-3). Buna göre, dairede, bir başkan ve birinci derece 6 hakim üye görev yapar.¹³¹ Başkan, istinaf mahkemesinin bir dairesinin üyesi ya da başkanıdır. Üyeler ise adli hiyerarşi içindeki birinci ya da ikinci derece hakimler olup,¹³² CPP'in 249. maddesine göre istinaf mahkemesi üyeleri, istinaf mahkemesi başkanları, başkan yardımcılığı ya da asliye mahkemesi hakimleri arasından hakimlerin atanması için öngörülen usule göre seçilir.¹³³ Önemle vurgulamak gerekir ki, TAP, CJM'de düzenlenmesine ve askerî mahkeme olarak görev yapmasına rağmen, bu mahkeme, adli yargıda görev yapan sivil hakimlerden oluşmaktadır.¹³⁴

TAP'da savcılık görevi, adalet bakanının emri altında çalışan, savcılık yetkilerine ve ayrıcalıklarına sahip, istinaf mahkemesi yargı çevresinden sivil bir cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir.¹³⁵ Mahkemede ayrıca, subay ya da astsubay bir zabıt katibi ve bir odacı-mübaşir görev yapar.¹³⁶

b. Yetki

TAP, barış zamanında, ülke sınırları dışında konuşlanmış bulunan askerî birliklerde görevli bulunan askerler tarafından işlenen kabahat, suç (délit) ve ağır suçları yargılamakla görevli bir mahkemedir.¹³⁷ Bu bağlamda TAP'nin yetkisi yer, zaman, madde ve kişi bakımından yetki olmak üzere sınıflandırılabilir.¹³⁸

TAP'nin yer itibarıyla yetkisine bakıldığında, bu mahkeme, her şeyden önce, Fransa dışında konuşlanmış olan ya da hareket icra eden

¹³¹ Debeurain, 113; Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 474; Boulac, s. 473; Pradel, s. 78; Guinchart-Montagnier-Varinard, s. 635; Heraud-Maurin, s. 63; Conte-Chambon, s. 79

¹³² Guinchart-Montagnier-Varinard, s. 636.

¹³³ Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 474; Guinchart-Montagnier-Varinard, s. 636.

¹³⁴ Perrot, s. 168; Heraud-Maurin, s. 63; Conte-Chambon, s. 79; Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 475; Boulac, s. 473; Scarano, s. 120.

¹³⁵ Boulac, s. 473; Guinchart-Montagnier-Varinard, s. 578 ve 636.

¹³⁶ Guinchart-Montagnier-Varinard, s. 636.

¹³⁷ Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 474; Regoli, s. 121.

¹³⁸ Saas, s. 321.

birliklerde işlenen suçları soruşturmak ve kovuşturmakla yetkilidir.¹³⁹ Tersinden anlatımla, TAP'nin Fransız topraklarında askerler tarafından işlenen suçların yargılanması konusunda hiçbir yetkisi bulunmamaktadır. TAP'nin zaman itibariyle yetkisi ise, öncelikle barış zamanına ilişkindir.¹⁴⁰

TAP'nin kişi itibariyle yetkisi tamamen askerlerle ilgilidir. Silahlı kuvvetlere mensup askerler tarafından işlenen yasaya aykırı davranışları soruşturmak ve kovuşturmakla yetkilidir.¹⁴¹

“Asker” ifadesinin kimleri kapsadığı CJM'in 121-3 ila 121-5 maddelerine göre belirlenir.¹⁴²

Asker kaçakları, asker emeklileri ve kadro dışı pozisyonlarda çalışanlar asker olarak sayılmamakta ve TAP'nin yetkisi dışında kalmaktadır (CJM, 121-3).

TAP'nin, çocukları yargılama yetkisi yoktur.¹⁴³ CJM 121-6 maddesinde TAP'nin 18 yaşından çocukların yargılanması konusunda yetkisiz olduğu açıkça ifade edilmektedir.¹⁴⁴

TAP'nin konu itibariyle yetkisine gelince, bu mahkeme, kabahat, suç (délit) ve ağır suçları yargılamaya yetkilidir.¹⁴⁵ Ancak bu yasaya aykırı davranışların Fransız toprakları dışında ve askerler tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekir.

c. Soruşturma

Fransız genel ceza usul sisteminde, soruşturma işlemleri savcı, soruşturma hakimi ve soruşturma dairesi olmak üzere üç ayrı birinin katılımıyla yürümetedir.

İşlenen bir suçla ilgili kamu davasının açılması amacıyla soruş-

¹³⁹ Boulac, s. 473; Scarano, s. 120.

¹⁴⁰ Scarano, s. 120.

¹⁴¹ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 636; Scarano, s. 120.

¹⁴² Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 636; “Asker” kavramının kapsamı, özel görevli asliye ceza mahkemelerinin yetkisi konusunda anlatılmış olup terardan kaçınmak adına buraya alınmamıştır.

¹⁴³ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 636.

¹⁴⁴ Saas, s. 326.

¹⁴⁵ Scarano, s. 120.

turma işlemleri savcı tarafından yerine getirilir. Gerek soruşturma öncesinde ve gerekse soruşturma sırasında, savcının yetkisinde olmayan konularla ilgili olarak, soruşturma hakiminden bazı kararlar istenir. Soruşturma hakimi de talepleri yasalara uygunluğu ve gerekliliği bakımından inceleyerek karar verir. Soruşturma hakimi her zaman görevdedir.¹⁴⁶

Soruşturma dairesi ise -başka görevleri olmakla birlikte- iki derece yargılama ilkesinin bir uzantısı olarak, soruşturma hakimi tarafından verilen kararlara karşı yapılan itirazların incelendiği ve karara bağlandığı bir mercidir.¹⁴⁷ Soruşturma işlemlerinde görev alan hakimler, yargılama heyetinde görev alamazlar. Katılmaları halinde yapılan işlemler hükümsüz olur (CJM, 111-13).

Askerî alanda görev yapan soruşturma organları, barış zamanında sadece ülke sınırları dışındaki askerler tarafından işlenen ve TAP tarafından yargılanan suçlarla ilgili olarak görev yapar. Genel ceza usul kurallarına uygun olarak burada da iki organ vardır. Birisi soruşturma hakimi, diğeri ise soruşturma dairesidir.¹⁴⁸

Soruşturma işlemleri, Paris istinaf mahkemesi yargı çevresinde görev yapan ve alışılmış kurallara göre belirlenen bir asliye mahkemesi hakimi tarafından yürütülür.¹⁴⁹

TAP'nin soruşturma dairesinin görevleri, Paris İstinaf Mahkemesi'nin soruşturma dairesi tarafından genel ceza usul hukuku hükümlerine göre yerine getirilir.¹⁵⁰ Bu daire bir başkan ve iki üyeden oluşur.¹⁵¹ Soruşturma dairesi başkanlığı görevi, istinaf mahkemesi üyelerinden birisi tarafından yerine getirilir. İki üye hakim ise istinaf mahkemesinin yargı çevresinde görev yapan hakimler arasından belirlenir.¹⁵² Her üç hakim de adli teşkilata mensup hakimlerdir.¹⁵³ Her yıl için hakimlerin atanmasına ilişkin öngörülen şekil ve şartlara uygun

¹⁴⁶ Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 433.

¹⁴⁷ Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 445.

¹⁴⁸ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 577.

¹⁴⁹ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 576.

¹⁵⁰ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 576.

¹⁵¹ Regoli, s. 121; Conte-Chambon, s. 79.

¹⁵² Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 577.

¹⁵³ Regoli, s. 121; Conte-Chambon, s. 79.

olarak atanmış adli yargı hakimlerinden oluşmaktadır.¹⁵⁴ Soruşturma dairesi, soruşturma hakimi tarafından verilen kararlara karşı yapılan itirazları inceler ve karara bağlar.¹⁵⁵

d. Usul

CJM'nin 3. maddesine göre TAP'nde uygulanacak usul hükümleri, CPP'in genel hükümleridir.¹⁵⁶ TAP'nin, yargılamaya yetkili olduğu suçların araştırılması, soruşturulması ve kovuşturulması, istisnalar (CPP 698-1-9) hariç olmak üzere CPP hükümlerine göre yapılacaktır.¹⁵⁷ CPP tarafından soruşturma hakimlerine, cumhuriyet savcılarına, mahkeme başkanına ve ağır ceza mahkemesi başkanına verilen görev ve yetkiler, TAP soruşturma hakimi, TAP cumhuriyet savcısı, TAP başkanı ve TAP üyeleri tarafından yürütülür (CJM, 3).

Kural olarak CPP'in genel usul hükümleri geçerli olmakla birlikte, adı geçen Kanun'un 698-1 ila 698-9 maddeleri ile CJM'de belirtilen bazı istisna hükümlerin de uygulanması söz konusudur.¹⁵⁸ Bu istisnalara aşağıda kısaca değineceğiz.

CPP'in 698-1 maddesinde öngörülen istisna, soruşturmadan önce izin alınmasıyla ilgilidir. Askerî birimlerden yapılmış bir ihbar olmaksızın ya da suçüstü hali bulunmaksızın savcı araştırdığı her işte öncelikle, savunmayla görevli bakanlığın ya da bu bakanlık tarafından yetkilendirilmiş askerî makamın görüşünü istemek zorundadır.

698-3 maddesine göre askerî tesislere giriş ve buralarda araştırma yapmak için savcı, soruşturma hakimi veya adli kolluk, askerî kuruma girmek istediğinde, bunu yetkili askerî makamdan talep etmek zorundadır. Yetkili askerî makamlar gerekli işlemlerin yapılmasına engel olamaz. Savcı, soruşturma hakimi ve adli kolluk, askerî sırlarla ilgili talimatlara, yetkili askerî makamlar da soruşturmanın ve araştırmanın gizliliğine saygılı olurlar.

¹⁵⁴ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 577.

¹⁵⁵ Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 445.

¹⁵⁶ Boulac, s. 473.

¹⁵⁷ Saas, s. 334.

¹⁵⁸ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 636.

Yine soruşturma sırasında tutuklanan kişiler ayrı yerlerde tutulurlar (CPP 698-5).

TAP genel yaptırımların dışında askerî görevden azil ve askerî rütbenin indirilmesi gibi cezalar da verebilir.

TAP'nin duruşmaları kural olarak kamuya açıktır. Ancak milli savunma sırlarının ifşası riski varsa, duruşmalar kamuya kapalı olarak yapılabilir.¹⁵⁹

Genel yetkili mahkemelerde olduğu gibi, TAP'nin verdiği kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir¹⁶⁰. TAP'nin kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurma olanağı 1999 yılında gerçekleştirilmiştir. Kanun yoluna başvuru, artık, genel hukuk kurallarına göre yapılmaktadır.¹⁶¹

TAP kararlarını, mahkeme üye sayısının basit çoğunluğu ile verir.¹⁶²

TAP önünde, savunma bir avukat ya da (CJM'in 111-18 hükmüne göre TAP başkanı tarafından oluşturulan bir liste üzerinden seçilen) bir asker tarafından sağlanabilir.¹⁶³

Barış zamanında, askerî mahkemeler önünde, 2002 yılından itibaren, mağdur, CPP'in 85 ve devamı maddelerinde belirtilen şartlar altında, kamu davasına müdahil olabilmektedir.¹⁶⁴

B. İstinaf Yargılaması

1. Genel Olarak İstinaf Kanun Yolu

Fransa'da istinaf mahkemelerinin kurulması 1804 yılına kadar uzanmaktadır. Birçok reform geçiren istinaf mahkemeleri, 1958 reformları ile bugünkü yapısını almıştır.¹⁶⁵ Bu sisteme göre Fransa'da 30 adet

¹⁵⁹ Saas, s. 334.

¹⁶⁰ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 636.

¹⁶¹ Saas, s. 338.

¹⁶² Pradel, s. 871.

¹⁶³ Saas, s. 335.

¹⁶⁴ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 636.

¹⁶⁵ [http://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_d%27appel_\(France\)](http://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_d%27appel_(France)), ET: 20.12.2008.

(5 tane de denizaşırı bölgelerde) istinaf mahkemesi bulunmaktadır.¹⁶⁶ Bu mahkemelerin yargı çevresi birden çok ili kapsamakta ve mahkeme bünyesinde birden çok daireler bulunmaktadır. Her daireye bir daire başkanı başkanlık etmektedir. İstinaf mahkemesinin temsili ise birinci başkan tarafından gerçekleştirilmektedir. Her istinaf mahkemesi bünyesinde bir istinaf başsavcısı ve yeterli sayıda savcı bulunur. İstinaf başsavcıları Bakanlar Kurulu tarafından atanır. İstinaf mahkemeleri profesyonel hakimlerden oluşur ve kural olarak en az üç kişiden oluşan heyetler halinde çalışır.

TAP kararlarına karşı 1999 yılında,¹⁶⁷ genel ağır ceza mahkemesi kararlarına karşı ise 16 Haziran 2000 tarihinde istinaf kanun yolu açılmıştır.¹⁶⁸

Bu düzenlemelerle, CJM'in 1. maddesinde de belirtildiği gibi, Fransa'da, hem barış ve hem de savaş zamanında, askerî suçları yargılayan mahkemelerin hepsi (özel görevli asliye ceza, özel görevli ağır ceza ve TAP), Fransız halkı adına karar verir ve aldıkları kararlar, istinaf mahkemelerinin ve Yargıtayın denetimine tabidir.

Askerler tarafından işlenen suçları yargılayan ilk derece mahkemelerine göre, istinaf mercileri aşağıdaki şekilde gösterilebilir.

	Ülke sınırları içinde işlenen suçlar		Ülke sınırları dışında işlenen suçlar
İlk derece yargılaması	Özel görevli asliye ceza mahkemeleri	Özel görevli ağır ceza mahkemeleri	Tribunal aux armées de Paris (TAP)
İstinaf yargılaması	Cour d'appel (İstinaf Mahkemesi)	Cour d'appel (İstinaf Mahkemesi)	Cour d'appel de Paris (Paris İstinaf Mahkemesi)

¹⁶⁶ [http://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_d%27appel_\(France\)](http://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_d%27appel_(France)), ET: 20.12.2008.

¹⁶⁷ Saas, s. 338.

¹⁶⁸ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 593; Angevin, s. 464; Perrot, s. 159; Ağır ceza istinaf mahkemelerinde bir başkan, iki hakim ve 12 jüri görev yapmaktadır.

2. Özel Görevli Asliye Ceza Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Kanun Yolu

Barış zamanında, Fransa içinde, askerler tarafından işlenen suçları (délit) soruşturmak ve kovuşturmak amacıyla, her istinaf mahkemesinin yargı çevresinde özel görevli bir asliye ceza mahkemesinin kurulmuş olduğunu yukarıda belirtmiştik. Özel görevli asliye ceza mahkemeleri tarafından verilen kararların istinaf denetimi, yargı çevresinde kuruldukları istinaf mahkemesinin ceza dairesi tarafından yapılmaktadır. Fransa'da 30 ayrı bölgede istinaf mahkemesi bulunduğuna göre, bu denetim otuz ayrı bölgede yapılacaktır.

3. Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Kanun Yolu

Fransa'da 16 Haziran 2000 tarihine kadar ağır ceza mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf kanun yoluna gidilemiyordu. Belirtilen tarihten itibaren ağır ceza mahkemelerinin kararlarına karşı da istinaf kanun yoluna başvurulabilmektedir.

Bununla birlikte ağır ceza mahkemesi kararlarının istinaf yargılamasını yapan ağır ceza istinaf mahkemeleri, hiyerarşik olarak farklı bir yüksek mahkeme değildir.¹⁶⁹ Bir bölgedeki ilk derece ağır ceza mahkemesi tarafından verilen karar, bir başka bölgedeki yine ilk derece ağır ceza mahkemesi tarafından, ancak istinaf ağır ceza mahkemesi sıfatıyla ve farklı bir oluşumla yeniden incelenmektedir.¹⁷⁰ İstinaf ağır ceza mahkemesinin başkan ve üyeleri, genel ilk derece ağır ceza mahkemesinin başkan ve üyeleridir.¹⁷¹ Bir ağır ceza mahkemesi kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulması halinde, istinaf yargılaması için, hangi bölgenin ağır ceza mahkemesine gönderileceğine Yargıtayın Ceza Dairesi karar verir.¹⁷² Ağır ceza istinaf mahkemesinde bir başkan, iki hakim üye ve 12 jüri üyesi bulunmaktadır.¹⁷³

Barış zamanında, ülke sınırları içinde askerler tarafından işlenen

¹⁶⁹ Scarano, s. 111.

¹⁷⁰ Perrot, s. 159.

¹⁷¹ Angevin, s. 464.

¹⁷² Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 593; Angevin, s. 460.

¹⁷³ Perrot, s. 160; Scarano, s. 111.

ağır suçları yargılamakla görevli özel görevli ağır ceza mahkemelerinin verdiği kararlar da istinaf denetimine açıktır.

Özel görevli ACM'nin yapısı nasıl farklı ise, bu mahkemelerce verilen kararların istinaf denetimini yapacak olan istinaf ağır ceza mahkemesinin yapısı da farklıdır. Buna göre öncelikle özel görevli istinaf ACM'nde jüri bulunmaz, mahkeme bir başkan ve sekiz üye hakimden oluşur. Başkan ve üyelerin hepsi profesyonel hakimdir.¹⁷⁴ Başkan ve üye hakimler, alışıl gelmiş usullere göre¹⁷⁵ profesyonel adli yargı sivil hakimleri arasından belirlenir.¹⁷⁶ Bir özel görevli ACM tarafından verilen kararın istinaf yargılamasının, hangi özel görevli istinaf ACM'nde yapılacağına Yargıtay Ceza Dairesi karar verir.¹⁷⁷

4. TAP Kararlarına Karşı İstinaf Kanun Yolu

Yukarıda açıklandığı gibi TAP, barış zamanında ülke sınırları dışında konuşlanmış bulunan ya da hareket icra eden askerler tarafından işlenen suçları yargılamak üzere Paris'te kurulmuş olan bir mahkemedir.

1999 yılından itibaren barış zamanında, ülke sınırları dışında işlenen suçları yargılamakla yetkili mahkemenin yaptığı yargılamalarla ilgili olarak iki dereceli yargılanma hakkı tanınmıştır.¹⁷⁸ Bu bağlamda TAP'nin kararlarının istinaf denetimi Paris İstinaf Mahkemesi tarafından yapılır.¹⁷⁹ İstinaf kanun yoluna başvuru, genel hukuk kurallarına göre yapılmaktadır.¹⁸⁰

¹⁷⁴ Angevin, s. 463; Perrot, s. 169; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 593; Regoli, s. 121; Heraud-Maurin, s. 62; Pradel, s. 78.

¹⁷⁵ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 634; Perrot, s. 169.

¹⁷⁶ Pradel, s. 77.

¹⁷⁷ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 593; Angevin, s. 460.

¹⁷⁸ Saas, s. 318.

¹⁷⁹ Guinchard-Buisson, s. 207; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 635; Saas, s. 318; Heraud-Maurin, s. 62; Conte-Chambon, s. 79; Scarano, s. 120; Heraud-Maurin, s. 62; Conte-Chambon, s. 79

¹⁸⁰ Saas, s. 338.

C. Temyiz Yargılaması

Fransız yargı sisteminde temyiz incelemesi Yargıtay tarafından yapılır.

Askerler tarafından, barış zamanında veya savaş zamanında, gerek Fransa içinde ve gerekse Fransa dışında işlenen suçlarla ilgili verilen kararlar Yargıtay Ceza Dairesinin kontrolü dahilindedir.¹⁸¹ CJM in 1. maddesinde de askerî yargının Yargıtayın kontrolü altında olduğu açıkça belirtilmiştir.

V. SAVAŞ ZAMANINDA ASKERLERİN YARGILANMASI

Fransa'da savaş zamanında, askerlerin işlediği suçlar bakımından genel yargılama mercileri iptal olmakta ve ilk derece yargılaması yapmak üzere dört ayrı askerî mahkeme kurulmaktadır.¹⁸² Bu mahkemeler aşağıdaki şekilde gösterilebilir.

Ülke sınırları içinde;

1. *Les Tribunaux Territoriaux Des Forces Armées* (Silahlı Kuvvetler Ülke Mahkemeleri) (TTFA)

2. *Le Haut Tribunal Aux Forces Armées* (Silahlı Kuvvetler Yüksek Mahkemesi) (HTFA)

Ülke sınırları dışında

3. *Les Tribunaux Militaires Aux Armées*, (Ordu Askerî Mahkemeleri) (TMA)

4. *Les Tribunaux Prévôtaux* (Jandarma Mahkemeleri) (TP).¹⁸³

Şimdi bu mahkemeleri daha detaylı incelemeye çalışacağız. Burada da incelememizi, ilk derece, istinaf ve temyiz yargılaması ile Fransa içi ve dışı şeklinde tasnif ederek yapacağız. Savaş zamanıyla ilgili askerî yargı konusunun güncelliğinin daha düşük olması nedeniyle incelememizi daha yüzeysel yapacağız.

¹⁸¹ Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 476; Heraud-Maurin, s. 65; Guinchard-Buisson, s. 204.

¹⁸² Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 637.

¹⁸³ Saas, s. 317.

A. İlk Derece Yargılaması

1. Ülke Sınırları İçinde

a. Silahlı Kuvvetler Ülke Mahkemeleri

(Les Tribunaux Territoriaux Des Forces Armées (TTFa))

TTFa, savaş zamanında, Fransız sınırları içinde yasa gereği zorunlu olarak derhal kurulur ve bir yargılama dairesi ile bir soruşturma dairesinden meydana gelir.¹⁸⁴ Mahkemede aynı zamanda bir hükümet komiseri, bir zabıt katibi ve bir mübaşir bulunur.¹⁸⁵

TTFa, askerî suçları ve devlet güvenliği aleyhine işlenen suçları yargılamakla görevlidir.¹⁸⁶ Bu mahkeme, aynı zamanda, savaş zamanında, temel ulusal çıkarlara karşı işlenen suç (*délit*) ve ağır suçları da yargılamakla yetkilidir (CJM, 255-1). TTFa'nin yetkisi bir ya da birden fazla askerî bölgeyi ya da deniz aşırı askerî bölgeleri kapsayabilir. Bu mahkemenin kurulacağı yer, yetki çevresi ve daire sayısı ilgili kararnamede belirtilir.¹⁸⁷

TTFa, Fransız vatandaşı ve 25 yaşını tamamlamış 5 üyeden oluşur. Adli yargı mensubu bir başkan ve yine adli yargı hakimi bir üye ile 3 askerî hakimden oluşur. (CJM 112-5).¹⁸⁸ Başkan ve adli yargı hakimi üye, her yıl için hakimlerin atanması şartlarına ve usulüne göre belirlenir (CJM, 112-8). Askerî hakimler, askerî yetkililer tarafından hiyerarşi kurallarına¹⁸⁹ uygun olarak, 6 ay süreyle görev yapmak üzere belirlenirler (CJM 112-5).¹⁹⁰

Soruşturma dairesi, adli yargı hakimi bir başkan ve bir hakim üye ile bir askerî hakim olmak üzere üç kişiden oluşur. Başkanlık, istinaf mahkemesinin bir hakimi tarafından yürütülür. Üyelik görevi istinaf

¹⁸⁴ Conte-Chambon, s. 80; TTFa kural olarak barış zamanında görev yapmaz. Ancak istisnai olarak sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, adalet ve savunma bakanlarının raporu üzerine hükümetce bu mahkemelerin kurulmasına karar verebilir. Rassat, s. 140.

¹⁸⁵ Guinchart-Montagnier-Varinard, s. 638; Heraud-Maurin, s. 64.

¹⁸⁶ Rassat, s. 140.

¹⁸⁷ Boulac, s. 474.

¹⁸⁸ Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 475; Regoli, s. 121; Heraud-Maurin, s. 64; Conte-Chambon, s. 80.

¹⁸⁹ Hiyerarşi gereği, en az 2 askeri hakim üyenin sanıkla aynı rütbede olması gerekir. Guinchart-Montagnier-Varinard, s. 638; Heraud-Maurin, s. 64.

¹⁹⁰ Guinchart-Montagnier-Varinard, s. 638; Heraud-Maurin, s. 64.

ya da asliye veya sulh mahkemesinin bir hakimi tarafından yapılır. Askerî hakim ise, üyelik yapma konusunda yetenekli subaylar arasından seçilir (CJM 112-20).

TTFA'da, jüri hariç olmak üzere ağır ceza mahkemesinde uygulanan usul hükümleri uygulanır.¹⁹¹ Kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir (CJM 222-73-1).¹⁹² TTFA'da savunma yaparken, baroya kayıtlı bir avukatın ya da mahkeme başkanı tarafından oluşturulan bir listeden sanığın seçtiği bir askerî yardımından yararlanılabilir (CJM 112-26).

b. Silahlı Kuvvetler Yüksek Mahkemesi (*Le Haut Tribunal Des Forces Armées*) (HTFA)

HTFA, savaş zamanında, Fransız toprakları içinde, sadece mareşal, amiral, general ve bunlara eş rütbede olanlar ile ordu teftiş üyelerini yargılamakla görevlidir (CJM 26).¹⁹³ Bu mahkeme kural olarak Paris'te kurulur, ancak istediği yerde toplanabilir.¹⁹⁴

HTFA'nın yetkisi, TTFA'nın yetkisiyle aynı olup, savaş zamanında, Fransız toprakları içinde, yüksek rütbeli bazı askerler tarafından işlenen askerî suç (*délit*) ve ağır suçlar, devlet güvenliği aleyhine işlenen suç (*délit*) ve ağır suçlar ve temel ulusal çıkarlara karşı işlenen suç (*délit*) ve ağır suçları yargılamakla görevlidir.¹⁹⁵

HTFA'da beş üye bulunur. Mahkemeye hiyerarşi dışı bir Yargıtay üyesi başkanlık eder.¹⁹⁶ Bir sivil hakim üye istinaf mahkemesinden ve üç askerî hakim üye ise askerî yetkililerden oluşur. Askerî hakimlerin rütbeleri yargılananın rütbesiyle aynı olmak zorundadır.¹⁹⁷

¹⁹¹ Heraud-Maurin, s. 64.

¹⁹² Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 638.

¹⁹³ Scarano, s. 121; Rasset, s. 140; Heraud-Maurin, s. 64.

¹⁹⁴ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 639; Saas, s. 317.

¹⁹⁵ Scarano, s. 121; Heraud-Maurin, s. 64.

¹⁹⁶ Boulac, s. 474.

¹⁹⁷ Scarano, s. 121; Heraud-Maurin, s. 64; Rasset, s. 140; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 639.

2. Ülke Sınırları Dışında

a. Ordu Askerî Mahkemeleri

(Les Tribunaux militaires aux armées) (TMA)

TMA, savaş zamanında, Fransa sınırları dışında konuşlanmış bulunan ya da hareket icra eden askerî birliklerle ilgili görev yapan bir mahkemedir.¹⁹⁸ Aslında TMA, barış zamanında görev yapan *Tribunaux Aux Armées de Paris* (TAP) mahkemesinin savaş zamanındaki karşılığıdır. Hatırlanacağı üzere, TAP, barış zamanında sadece sivil hakimlerden oluşuyordu.¹⁹⁹ Savaş zamanında ise TMA, tamamen askerî hakimlerden oluşmaktadır.

TMA, savaş zamanında ve ülke sınırları dışında, sadece askerî hakimlerden oluşmaktadır. Bir soruşturma dairesi ile bir yargılama dairesi bulunmaktadır.²⁰⁰ Aynı zamanda mahkemede hükümet komiseri, katip ve mübaşir görev yapar.

TMA, Fransız vatandaşı olup 25 yaşını tamamlamış beş üyeden oluşur. Bunlardan birisi başkan dördü ise askerî hakimdir (CJM, 112-30).²⁰¹ Başkan, askerî yargı hizmetlerinin niteliğini özümsemiş adli yargıya mensup gezici bir hakimdir. Başkan, daire başkanları ve yedekleri bir savunma bakanı kararnamesiyle belirlenir (CJM, 112-31). Askerî hakimler, ateşli silah yaralı olan ya da savaşan birliğe ait askerler arasından seçilir.

Soruşturma dairesi bir başkan ve iki askerî hakim olmak üzere üç üyeden oluşur. Soruşturma dairesinin başkanlığı, adli yargıya mensup gezici bir hakim tarafından yerine getirilir (CJM, 112-33).

TMA'nın yetkisi, TTFA'nın ülke sınırları içindeki yetkisinin aynıdır. Yani askerî suç (*délit*) ve ağır suçlar, devlet güvenliği aleyhine işlenen suç (*délit*) ve ağır suçlar ve temel ulusal çıkarlara karşı işlenen suç (*délit*) ve ağır suçlardır (CJM, 255-1). Ancak bu yetki sadece Fransız sınırları dışına ilişkindir.²⁰²

TMA'da yargılanacakların savunması, Savunma Bakanı tarafın-

¹⁹⁸ Boulac, s. 474; Scarano, s. 121; Rasset, s. 141.

¹⁹⁹ Rasset, s. 141.

²⁰⁰ Rasset, s. 141.

²⁰¹ Pradel, s. 78.

²⁰² Scarano, s. 121; Heraud-Maurin, s. 65.

dan atanmış ve askerî hizmetlerin özellikleri konusunda uzman bir su-
bay tarafından sağlanır (CJM, 112-36).²⁰³

TMA'nın 18 yaşından küçük çocukları, bazı istisnalar dışında, yar-
gılama yetkisi yoktur (CJM,122-2).

b. Jandarma Mahkemeleri (*Les Tribunaux Prévôtaux*) (TP)

Bu mahkemeler jandarma tarafından organize edilen çok özel bir
mahkemedir. TMA'nın kurulduğu yerlerde, yani Fransa toprakları dı-
şında konuşlanmış olan ya da hareket icra eden askerî birliklerin ya-
nında kurulabilir.²⁰⁴

CJM'in 421-1 maddesi gereğince bu mahkeme sadece TMA'nın
kurulduğu yerlerde kurulmaktadır. Yani bu mahkeme, barış zamanın-
da görev yapmaz. Zira barış zamanında, TAP'nin bir dairesi, Fransa
dışındaki askerler tarafından işlenen kabahatleri de yargılamakla gö-
revlidir. Buna karşın savaş zamanında TMA'lar sadece suç (*délit*) ve
ağır suçları yargılamakla görevli olup kabahatlerin yargılaması TP'ye
bırakılmaktadır.²⁰⁵

Bu mahkemeler TMA'nın kabahatlere bakan bir dairesi gibi çalış-
maktadır. CJM'in 424-2 maddesi, TP kararlarının hakim ve katip tara-
fından imzalanarak derhal bağlı bulunduğu TMA katibine gönderile-
ceğini düzenlemektedir.

Bu mahkemelerin kurulmasına savunma bakanı karar verir (CJM,
421-1).

Bu mahkemenin madde bakımından yetkisi son derece sınırlı
olup, TMA tarafından yargılanabilecek kişiler tarafından işlenmiş olan
sulh cezalı kabahatler ile beşinci derece kabahatleri yargılamakla yet-
kilidir (CJM 421-2). Bu mahkeme aynı zamanda Fransa dışında askerî
birliklerde görev alan ancak asker olmayan bazı kişilerin işlemiş oldu-
ğu kabahatleri yargılamakla da görevlidir.²⁰⁶

TP'de, askerlik hizmetlerinin özelliğini hazmetmiş adli yargıya

²⁰³ Saas, s. 335; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 639.

²⁰⁴ Perrot, s. 169.

²⁰⁵ Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 640.

²⁰⁶ Heraud-Maurin, s. 65; Perrot, s. 169; Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 640.

mensup bir gezici hakim ile mahkemenin yanında kurulduğu TMA'nın bir katibinden oluşur (CJM 421-1).²⁰⁷

Bu mahkemede uygulanacak olan usul CJM'in 421-1 ila 424-3 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ba mahkemede şahsi dava kabul edilmektedir (CJM 421-3).

B. İstinaf Yargılaması

Savaş zamanında, Fransa içinde ve dışında görev yapan askerî mahkemelerin kararlarına karşı 2007 yılından itibaren istinaf kanun yolu açılmıştır.²⁰⁸ Bu mahkemelerin istinaf yargılaması, aynı mahkemenin farklı bir oluşumu tarafından, bunun imkansız olması halindeyse Yargıtay Ceza Dairesi'nin belirleyeceği bir merci tarafından yerine getirilmektedir (CJM, 251-23).

İstinafa başvurma hakkı sanık, hükümet komiseri ya da sivil sorumlu veya müdahile aittir. İstinaf kanun yoluna başvuru, kararın açıklanmasından itibaren beş gün içinde, bir dilekçenin katibe ya da mahkemeye verilmesi ile yapılır.

C. Temyiz Yargılaması

Her türlü askerî yargı makamının savaş zamanında verdiği kararlar, Yargıtay Ceza Dairesinin kontrolü altındadır (CJM, 1).²⁰⁹ Temyiz kanun yoluna başvuruya ilişkin genel usul kuralları geçerlidir.

SONUÇ

Fransa'da askerler tarafından işlenen suçların yargılanması konusundaki özel düzenlemeler 15. yüzyıla kadar uzanmaktadır. 1789 Fransız devrimi ile istisnai yargılama mercilerinin tümü ilga edilmiş-

²⁰⁷ Önceden TP'nde, yargılama yapan bir jandarma subayı ile katip olarak çalışan bir jandarma görevlisinden oluşuyordu. 2007 yılında yapılan bu yapı değiştirilmiş ve adli yargıya mensup bir gezici hakimin görevlendirilmesi öngörülmüştür. Guinchard-Montagnier-Varinard, s. 640.

²⁰⁸ Saas, s. 338. Söz konusu değişiklik 05.03.2007 tarih ve 2007-289 sayılı kanunla yapılmıştır.

²⁰⁹ Boulac, s. 474.

tir. Ancak zaman içerisinde savaş ya da kriz dönemlerinde yeniden askerî yargının ortaya çıktığı görülmektedir. 1960'lı yıllarda yaşanan Cezayir bağımsızlık savaşı döneminde Fransa'da askerî yargı, yeniden güç ve etkinlik kazanmıştır. Bu güçlü yapı 1980'lere kadar devam etmiştir. Bu tarihten itibaren yeniden güç kaybetmeye ve genel yargılama sistemine yaklaşmaya başlamıştır. 1999 ve 2007 yıllarında yapılan değişiklikler bu günkü halini almıştır.

Fransa'da askerî yargı, barış zamanı ve savaş zamanı olmak üzere iki farklı görünüme sahiptir. Hem barış zamanı ve hem de savaş zamanı tekrar kendi içinde Fransa içi ve Fransa dışı olmak üzere ayrılmaktadır.

Barış zamanında, Fransa içinde, kural olarak askerlerin gerçekleştirdiği her türlü yasaya aykırı davranış genel mahkemelerde yargılanmaktadır. Ancak askerler tarafından işlenen bazı askerî suçlar ile yine askerler tarafından askerî görevin yerine getirilmesi sırasında işlenen bazı suçlar, özel görevli asliye ceza mahkemelerinde yargılanmaktadır. Yine barış zamanında Fransa içinde askerler tarafından işlenen bazı askerî ağır suçlar ile askerler tarafından askerlik hizmetinin yerine getirilmesi sırasında işlenen ve milli savunma sırlarının ifşa edilmesi riski bulunan ağır suçlar, özel görevli ağır ceza mahkemelerinde yargılanmaktadır. Bu mahkemelerde jüri bulunmamakta ve bir başkan ile 6 üyeden oluşmaktadır. Barış zamanında Fransa dışında konuşlanmış bulunan ya da hareket icra eden askerî birliklerde, askerler tarafından işlenen suç (délit) ve ağır suçlar ise Paris'te kurulmuş bulunan TAP tarafından yargılanmaktadır. Gerek özel görevli asliye ve ağır ceza mahkemesinde ve gerekse Paris Askeri Mahkemesinde normal hakimlerle aynı bağımsızlık ve garantilere sahip sivil adli yargı hakimleri görev yapmaktadır. Barış zamanında Fransa içinde ve dışında askerî yargıyla ilgili verilen kararların hepsi genel istinaf mahkemelerinin ve Yargıtayın denetimine tabidir.

Savaş zamanı ile ilgili ayrıma gelince, bu sistemde de Fransa içi ve dışı şeklinde bir ayırım söz konusudur. Savaş zamanında, Fransa içinde TTFA ve HTFA olmak üzere iki mahkeme görev yapmaktadır. TTFA normal askerleri, HTFA ise mareşal, amiral, general gibi üst düzey askerleri yargılamaktadır. Her iki mahkeme de savaş döneminde Fransa içinde askerler tarafından işlenen askerî suç (délit) ve ağır suçlar ile devlet güvenliği aleyhine ve temel ulusal çıkarlara karşı işle-

nen suç (délit) ve ağır suçları yargılamakla yetkilidir. Savaş zamanında Fransa dışında ise TMA görev yapmaktadır. Ülke sınırları dışında bulunan askerler tarafından işlenen suç (délit) ve ağır suçları yargılamaktadır. Savaş zamanında Fransa dışında TMA'nın kurulduğu yerlerde, kabahatleri yargılamak üzere TP kurulabilmektedir. Bu mahkemeler TMA'nın bir dairesi gibi çalışmakta ve kabahatlerin yargılama-sını yapmaktadır. Savaş zamanında askerî yargılama mercileri tarafından verilen kararların hepsi 2007 yılı itibariyle istinaf denetimine tabidir. İstinaf incelemesi aynı mahkemenin başka bir oluşumu tarafından yapılmaktadır. Yine savaş döneminde askerî mahkemeler tarafından verilen kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilir ve bu denetimi Yargıtay yapmaktadır.

Fransa'da savaş döneminde, bu dönemin kendine has özellikleri nedeniyle, askerî yargının en etkin ve güçlü şekliyle yeniden ortaya çıktığını belirtmek mümkündür. Bu mahkemelerde asker üyeler çoğunluğu oluşturmaktadır. Bu üyeler, bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından yeterli garantilere sahip değildirlen. Yargılamada özel usul kuralları uygulanmaktadır.

Buna karşın barış zamanında, tamamen sivil ve genel ceza yargılama sisteminin uygulandığı söylenebilir. Her ne kadar özel görevli asliye ve ağır ceza mahkemeleri kurulmuş ise de, bu mahkemelerde görev yapan hakimlerin sivil adli yargı hakimleri olması, uygulanan usulün genel ceza usul hükümleri olması, madde bakımından yetkilerinin oldukça sınırlı olması, istinaf incelemesinin genel istinaf mahkemeleri tarafından yapılması, askerlerin yargılanması sisteminin, genel yargılama mekanizmasına oldukça yakın ve paralel şekilde düzenlendiğini göstermektedir.

Ülkemizde halen adli ve idari yargı ayrımından farklı olarak bir de askeri yargı söz konusudur. İlk derece mahkemesi olarak disiplin mahkemeleri ve askeri mahkemeler görev yapmaktadır. Bu mahkemelerin kararlarının temyiz incelemesi ise Askeri Yargıtay tarafından yapılmaktadır. Ayrıca ilk ve son derece mahkemesi statüsünde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi görev yapmaktadır. Bu mahkemelerin oluşumunda askeri hakimler ve askerler görev almaktadır. Askeri hakimlerin ve asker mahkeme üyelerinin bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları ko-

nusunda eleştiriler söz konusudur. AİHS, AİHM kararları,²¹⁰ Birleşmiş Milletler'in 13.01.2006 tarih ve E/CN.4/2006/58 sayılı kararı ve benzeri uluslararası ve uluslar üstü belgeler göz nüne alındığında, yakın gelecekte Türk Askeri Yargı sisteminde köklü değişiklikler yapılmasının kaçınılmaz hale geldiği düşüncesindeyiz.

KAYNAKLAR

- Angevın Henri, *La Pratique De La Cour D'assises*, 4^e Edition, Paris, 2005.
- Boulac Bernard, *Procédure Pénale*, 20^e Edition, Paris 2006
- Conte Philippe - Chambon Patrick Maistre, *Procédure Pénale*, 4^e Edition, Paris, 2002.
- Corrine Renault Brahinsky, *Procédure Pénale*, 8^e Edition, Paris 2007.
- Debeurain Jean, *Théorie Et Pratique Des Institutions Juridictionnelles*, 4^e Edition, Marseille, 2002.
- Gözler Kemal, "Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 21-22, 1999-2000, s.77-93.
- Guinchard Serge - Buisson Jacques, *Procédure Pénale*, 2^e Edition, Paris, 2002.
- Guinchard Serge - Montagnier Gabriel - Varinard André, *Institutions Juridictionnelles*, 9^e Edition, Paris 2007.
- Heraud Alain - Maurin Andre, *Institutions Juridictionnelles*, 7^e Edition, Paris, 2008.
- Martinage Renée, *Du Tribunal Criminel A La Cour D'assises, La Cour D'assises*, Paris 2001, p. 25-39.
- Perrot Roger, *Institutions Judiciaires*, 11^e Edition, Paris 2004.
- Pradel Jean, *Procédure Pénale*, 14^e Edition, Paris 2008.
- Rassat Michéle Laure, *Traite De Procédure Pénale*, Paris, 2001.
- Regoli Herve, *Institutions Judiciaires*, 4^e Edition, Paris, 2003.

²¹⁰ Türk askeri yargı organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygunluğu konusunda bkz. Gözler, 77-93.

Saas Claire, Les Tribunaux Militaires En France, Juridiction Militaire Et Tribunaux D'exception En Mutation, Sous La Direction De Elisabeth Lambert Abdelgawad, Paris 2007. s. 313-354.

Scarano Jean Pierre, Institutions Juridictionnelles, 9^e Edition, Paris 2006.

Stefani Gaston - Levasseur Georges - Bouloc Bernard, Procédure Pénale, 19^e Edition, Paris 2004.

Verny Edouard, Procédure Pénale, Paris 2005.

İHMAL SUÇLARINDA TEŞEBBÜS VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Önder TOZMAN*

Giriş

Ceza hukukunda suçlar hareketin niteliğine göre tasnife tabi tutulduğunda, hareketin şekli bakımından icra suçları ve ihmal suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Türk ceza hukuku düzeninde, sayıları pek fazla olmamakla birlikte bir şey yapmayı emreden normlar bulunmaktadır. Bir şeyi yapmanın emri olan bu normların ihlal edilebilmesi için bir ihmal hareketi gerekmede, bu nedenle bunlara ihmal suçları denilmektedir.¹ Kişinin, işlemeyi kastettiği bir suçun icrasına elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlayıp ta elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması durumunda suça teşebbüsten söz edilir (Türk Ceza Kanunu, m. 35/1). Kişi bu halde, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre tamamlanmış suça göre daha az bir cezayla cezalandırılır (TCK m. 35/2). Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer ya da kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlerse gönüllü vazgeçme denilen durum söz konusudur. Fail bu durumda teşebbüsten dolayı ceza almaz; ancak failin o ana kadar gerçekleştirdiği hareketler esasen bir suç teşkil ediyorsa sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır (TCK m. 36). Kısaca tanımlarını vermekle birlikte, bu çalışmada tek başına ihmal suçları ya da tek başına teşebbüs ve gönüllü vazgeçme konusu ele alınmayacaktır. Türk hukukunda pek fazla ele alınmış olmayan ihmal suçlarında teşebbüs ve gönüllü vazgeçme konusu değerlendirilecektir. Ancak, teşebbüs bakımından konunun her yönü değil, ihmali suçlara teşebbüsün mümkün

* Dr., Ceza ve Ceza Usul Hukuku Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

¹ Hafızoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 194.

olup olmadığı, mümkünse bu suçlarda icranın ne zaman başladığı ve gönüllü vazgeçme bakımından ise, ihmal suçlarında icra suçlarında olduğu gibi iki tür vazgeçmenin, yani icra hareketlerinden vazgeçme ve suçun tamamlanmasını ya da sonucun gerçekleşmesini önleme şeklinde kanunda öngörülen iki türünün de mümkün olup olmadığı inceleme konusu olacaktır.

I. İhmal Suçları Hakkında Genel Bilgiler

Modern ceza hukuku yönünden suç, öncelikle bir fiilden ibarettir. Ancak bu fiil kaynağını insandan alan bir fiildir. Suçun maddi unsurunu oluşturan fiil maddi yönden çeşitli unsurların varlığını gerektirir. Bu unsurlar pozitif ve negatif olarak iki grupta toplanabilir. Birinci gruptakiler pozitif, yani bir fiilde bulunması gereken unsurlar olup; davranış, kanunun gerekli gördüğü hallerde sonuç ve bu ikisi arasındaki nedensellik bağıdır. Negatif unsurlar ise bir fiilde bulunmaması gereken unsurlardır. Bunlar meşru savunma, zorunluluk hali gibi bir fiili suç olmaktan çıkaran durumlardır.²

Ceza hukuku anlamında hukuka aykırı fiilin, yani suçun varlığı için yapma veya yapmama biçiminde bir davranışa gerek vardır. Suç, kanunun emrinin bir ihlali olduğuna göre, doğası gereği bir insan davranışdır ve dolayısıyla davranışsız bir suç düşünülemez. Hareket dışı dünyada yapma veya yapmama biçiminde ortaya çıkabilir. Birinci halde icrai hareket ikinci halde ise ihmal söz konusudur.³

İhmalin esası,⁴ kişinin yapmak zorunda olduğu bir hareketi yapmamasıdır. Ancak bütün ihmali hareketler değil, sadece hukuk kuralları ile çatışan ihmali hareketler hukuku ilgilendirmektedir. Bu durumda ihmal hukuk düzeninin yapılmasını istediği hareketlerin yapılmaması olarak tanımlanabilir⁵. Bu yapısıyla ihmali davranış, doğal olarak belirlenebilen icrai hareketin tersine normatif olarak belirlene-

² Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2007, s. 111-112.

³ Toroslu, s. 112-113.

⁴ İhmalin esası hakkındaki değişik görüşler için bkz. Hafızoğulları, s. 194-195.

⁵ Toroslu, s. 117. Benzer açıklamalar için bkz. Hafızoğulları, s. 195; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2007; s. 398-399; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa R., *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2006, s. 132.

bilmektedir. İhmal, davranış normlarıyla kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklendiği durumlarda, kişinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesidir.⁶

Suçlar hareketin şekline göre icrai ve ihmali suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Failin ancak aktif, yani yapma şeklinde bir hareket içinde bulunmasıyla işlenebilen suçlara icrai suç denir.⁷ Buna karşılık ihmali davranışla, yani hukuken istenen şeyin yapılmaması suretiyle işlenen suçlara ise ihmali suçlar denir. Bazı suçlar sadece icrai bir hareketle işlenebilirken (Örneğin TCK m. 102, 141, 151), bazı suçlar sadece ihmali bir davranışla işlenebilir (Örneğin, TCK m. 98, 166, 257/2, 279). Nihayet üçüncü bir grup suç ise hem icrai hem de ihmali davranışla işlenebilir. Örneğin kasten öldürme hem icrai bir davranışla (TCK m. 81) hem de ihmali bir davranışla (TCK m. 83) işlenebilir. Yine kasten yaralama da icrai olarak işlenebileceği gibi (TCK m. 86), ihmali davranışla (TCK m. 88) da işlenebilir.

İhmal suçları da kendi içinde salt/sırf ihmal suçları (gerçek ihmal suçları) ve ihmal suretiyle icra (görünüşte ihmal suçları/garantörsel/nitelikli ihmal suçları) olarak ikiye ayrılmaktadır⁸. Salt ihmali suçlarda belirli bir hareketin yapılması zorunluluğu suç tipinde öngörülmektedir. Cezalandırma da hukuksal açıdan yapılması gerekenin ihmal edilmesinden, yani suç tipinde öngörülen emre karşı gelinmesinden kaynaklanmaktadır⁹. Salt ihmali suç; failin kanunun emrettiği hareketi hiç yapmaması, bu hareketi zamanında yapmaması, yani geç yapması, sözü geçen hareketi kanunun gösterdiği yer dışında yapması gibi değişik şekillerde işlenebilir.¹⁰ Salt ihmal suçları yapılması gereken hareketin yapılmamasıyla oluşur.¹¹ Bir diğer deyişle ihmali suçun oluşması için, bu yapmamanın, geç yapmanın veya kanunun aradığı yerde yapmamanın gerçekleşmesi yeterlidir ve başka bir hususun oluşması-

⁶ İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsun /Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoglu, Fatih S./Ünver, Yener, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul 2000, s. 61.

⁷ Öztürk/Erdem, s. 132; Toroslu, s. 117.

⁸ Değişik isimlendirmeler için bkz. Toroslu, s. 118; Öztürk/Erdem, s. 133; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 401; Hakeri, Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Ankara 2003, s. 99 vd.

⁹ Öztürk/Erdem, s. 133.

¹⁰ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, C. I, 11. Bası, İstanbul 1994, C. I, No. 512.

¹¹ Toroslu, s. 118.

na gerek yoktur.¹² Örneğin görevi ihmal, suçu ihbar suçlarında olduğu gibi. İhmal suretiyle icra suçlarında ise ihmalin maddi bir sonuca neden olması gerekir.¹³ Burada aslında aktif bir hareketle işlenebilen icrai bir suçun hareketsiz kalarak işlenmesi söz konusudur.¹⁴ Bu suçlarda, belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında bulunan fail, bu neticenin gerçekleşmesine kendisi neden olmasa bile, oluşumunu engellemediği için ihmali hareketle suç işlemiş kabul edilir.¹⁵ Örneğin annenin çocuğunu emzirmemesi sonucu çocuğun ölmesi,¹⁶ boğulmakta olan bir kimseyi cankurtaranın kurtarmaması, ağır yaralı hastaya gerekli tedaviyi yaptırmayan doktorun hastanın ölümüne sebep olmasında¹⁷ olduğu gibi.

5237 sayılı TCK bakımından icra ve ihmalin birbirinden ayrılmasının önemli olduğu vurgulanmaktadır.¹⁸ Gerçekten 5237 sayılı TCK,

¹² Dönmezer/Erman, C.I, No. 512.

¹³ Toroslu, s. 119.

¹⁴ Öztürk/Erdem, s. 133.

¹⁵ İçel/SokulluAkıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, s. 62; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 401.

¹⁶ Toroslu, s. 119.

¹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 401.

¹⁸ Öztürk/Erdem, s. 132; Hakeri, s. 86; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 401. Hakeri 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde ihmali suçlar ile ilgili yaptığı kapsamlı çalışmasında, insan davranışları içinde ihmali davranış ve icrai davranışın birbirinden ayırt edilmesi konusunda Alman doktrininde hiçbir tereddüdün yaşanmadığına işaret etmekte ve kendisi de ihmali davranışın icrai davranıştan farklı bir muameleye tutulması görüşünü dile getirmektedir. Yazara göre, bu ayırımın yapılmasının nedensellik, garantörlük ve beklenebilirlik bakımlarından önemi vardır. Yazar Alman hukukundaki bu konudaki uygulamadan bazı örnekleri aktarmakta ve garantörlük konusundaki öneminden şu şekilde bahsetmektedir: "...zira icrai suçlarda sorumluluk için garantörlük aranmazken, nitelikli (garantörsel) ihmali suçlarda garantörlük koşulunun gerçekleşmesi gerekir. Bu itibarla bir hareket icrai bir hareket olarak kabul edilirse, kişi garantör olmasa dahi sorumlu kabul edileceken, aynı hareketin ihmali hareket olarak kabul edilmesi ve suçun da nitelikli (garantörsel) ihmali suçu olması halinde sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Gerçekten de icrai bir hareketle suç işlendiği taktirde, sadece bu hareketin yapılması yeterli iken, garantörsel ihmalden dolayı cezalandırma için ayrıca kişinin özel mükellef sınıfına dahil olması, yani garantör olması gerekmektedir. Bu ayırım önemi kendisini Alman Ceza Kanunu'nun 13. maddesi bakımından da göstermektedir; zira bu maddeye göre ihmali suçlarda ceza, icrai suçlar için öngörölmüş bulunan cezaya nazaran indirilebilecektir". Hakeri, s. 86-87. Ayrıca ihmali davranışın icrai davranıştan ayrılması konusunda Alman hukukundaki teoriler için bkz. *a. g. e.*, s. 70 vd.

bazı suçlar bakımından suçun ihmali bir hareketle işlenmesi halini ayrıca düzenlemiştir. TCK'nın 83. maddesinde, kasten öldürmenin ihmali hareketle işlenmesi hali ve TCK'nın 88. maddesinde ise kasten yaralamanın ihmali hareketle işlenmesi hali düzenlenmiş ve bu suçların ihmali hareketle işlenmesi durumunda icrai bir davranışla işlenmesinden daha az ceza verilebileceği konusunda hakime takdir yetkisi verilmiştir. İşkence suçunu düzenleyen TCK'nın 94. maddesinin 5. fıkrasında ise bu suçun ihmali bir davranışla işlenmesi halinde cezadan indirim yapılamayacağını belirtilmiştir. TCK'nın 83 ve 88. maddelerinden anlaşıldığına göre, kişinin ihmalden dolayı bu suçlardan sorumlu tutulabilmesi için ihmalin icrai davranışa eş değer olması gerekir. İhmali davranışın icrai davranışa eş değer olabilmesi için ise, kişinin belli bir icrai davranışta bulunmak konusunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlüğünün bulunması ya da önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması gerekir.

II. İhmal Suçlarında Teşebbüs

Bilindiği gibi 5237 sayılı TCK'nın getirdiği en önemli değişikliklerden birisi de teşebbüs konusunda olmuştur. Ancak biz burada ihmali suçlarda teşebbüs konusunu bütün yönleriyle değil, sadece bu suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı ve eğer öyleyse bu suçlarda icra-nın ne zaman başlayacağı konusundaki görüşler bakımından ele alacağız.

5237 sayılı TCK'nın 35. maddesine göre, bir teşebbüsün söz konusu olabilmesi için failin işlemeyi kastettiği suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlaması gerekir. Suçun icrasına başlama anının tespiti sorununa cevap bulabilmek için doktrin ve uygulama, hazırlık hareketleri- icra hareketleri ayrımını geliştirmiştir.¹⁹ İcra hareketlerinin hazırlık hareketlerinden nasıl ayrılacağı konusunda ise çok sayıda teori geliştirilmiştir.²⁰ Ancak bu teorilerin daha çok icrai hareket dikkate alınarak ileri sürüldükleri söylenebilir. Alman hukukunda

¹⁹ Toroslu, Genel Kısım, s. 257.

²⁰ Bu teoriler için bkz. Soyaslan, Doğan, *Teşebbüs Suçu*, Ankara 1994, s. 65 vd.; Sözüer, Adem, *Suçta Teşebbüs*, Ankara 1994, s. 194 vd.; Dönmezer/Erman, C.I, No. 562 vd.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 729 vd.

özellikle ihmal suretiyle icra suçlarında icranın ne zaman başlayacağı ve dolayısıyla bir teşebbüsün ne zaman söz konusu olacağı konusunda teoriler geliştirilmiştir. Biz de öncelikle bu suçlar bakımından teşebbüs konusunu, arkasından salt (gerçek) ihmal suçlarında teşebbüs konusunu ele alacağız.

1. İhmal Suretiyle İcra Suçlarında Teşebbüs

Kanundaki çoğu suç tipi icrai suç tipi olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, bu suç tiplerinde yer alan netice icrai bir hareketle değil de ihmali bir hareketle gerçekleştirilmesi durumunda da fail cezalandırılacaktır. Buna göre, nasıl ki, icrai suç tiplerindeki neticenin meydana gelmesi için harekete geçildiği halde, neticenin gerçekleşmemesi durumunda bu suç tiplerine teşebbüsten söz ediliyorsa; aynı şekilde söz konusu suç tiplerinin ihmali bir davranışla gerçekleştirilmesi amacıyla hareketsiz kalınması, ancak bu neticenin bu hareketsizliğe rağmen gerçekleşmemesi durumunda da teşebbüsten söz etmek gerekir.²¹

İhmal suretiyle icra suçlarına (gerçek olmayan ihmali suçlara / nitelikli/ garantörsel) teşebbüs hem Türk²² hem Alman doktrininde²³ ka-

²¹ Hakeri, s. 266.

²² Bkz. Hakeri, s. 266 vd.; Hafızoğulları, s. 325; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 329; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s.411; İçel/Sokullu-Akinci/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver s. 351. Doktrindeki diğer yazarların çoğu teşebbüsün mümkün olmadığı suçları sayarken bunlardan birini ihmali suçlar olarak sayımlar da aslında bundan sırf ihmali suçları kastettikleri anlaşılmaktadır. Bkz. Dönmezer/Erman, C.I, No:378; Artuk/Gökçen/ Yenidün-ya, s. 401; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 432-433; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Üçüncü Bası, İstanbul 2005, s. 475; Selçuk, Sami, Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu, *AD.*, Yıl 74 (1983), Özel Sayı S. 5, s. 813. Buna karşılık Özgenç ihmali suçla işlenen suçlara teşebbüsü kabul etmemektedir. Özgenç'e göre ihmali suç teşebbüs cezalandırılmaz; ancak ihmal davranışı başlı başına bir suç teşkil ediyorsa bu davranış cezalandırılabilir. Örneğin ölümcül bir hastaya kasten müdahale etmeyen doktor, hastanın ölmesi durumunda kasten adam öldürmeden sorumludur. Söz konusu doktorun kasıtlı ihmali davranışına rağmen hasta başka bir doktor tarafından kurtarılırsa burada adam öldürmeye teşebbüs yoktur. Bu ihmali davranış başlı başına bir suçu oluşturuyorsa doktor ancak bu suçtan sorumludur. Örneğin hastanın, doktorun müdahale etmemesinin sonucu olarak sakat kalması durumunda doktor ihmali davranışla kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır. Bkz. Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2008, s. 438.

²³ Bkz. Maurach, Reinhart/Gossel, Heinz/Zıpf, Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil*

bul edilmektedir. Gerçekten, ihmal suretiyle icra suçlarında da bir netice bulunduğuna göre, teşebbüs bakımından bir sorun bulunmamaktadır. İcra suçlarında neticeyi icrai bir davranış meydana getirirken, ihmal suretiyle ihmal suçlarında ise icrai davranışın yerini ihmali bir davranış almaktadır.

İhmal suretiyle icra suçlarında da icra suçlarında olduğu gibi en önemli problem icranın ne zaman başlayacağı ve dolayısıyla bir teşebbüsün ne zaman söz konusu olacağıdır. Hatta denebilir ki ihmali suçlarda teşebbüsün başlangıç anının tespiti icrai suçlara göre daha zordur. Zira ihmali suçlarda ihmali suçlarda olduğu gibi aktif bir icra ile karşılaştırılabilecek bir an bulunmamaktadır.²⁴ Türk doktrininde bu konu pek fazla ele alınmamışken,²⁵ Alman doktrininde başlıca üç görüş bulunmaktadır. Bunlar, mümkün olan ilk müdahale teorisi, mümkün olan son müdahale teorisi ve doğrudan doğruya tehlikeye sokma teorisidir.

Bu teorileri ele almadan önce Hakeri'nin aktardığı²⁶ bir örneği ver-

(AT), Teilband 2, Heidelberg 1989, § 40 III A 2 Kn. 98; Zaczyk, Rainer, *Versuch, Rücktritt, in Nomos Kommentar (NK) zum Strafgesetzbuch*, Baden Baden 2005, § 22 Kn. 60. Alman hukukunda İm. CK'nın yürürlükte olduğu dönemde bu konuda şüphelerin olduğu ifade edilmektedir. Bunun nedeninin bu Kanun'un 43. maddesinin teşebbüsü tanımlarken kullandığı "hareket" (Handlung) kavramından kaynaklandığı, çünkü "ihmal"ın (Unterlassung) hareket sayılamayacağı, bunun hareket sayılmasının kıyas yasağına aykırı olduğu söylenmiştir. O zaman da bu düşünceye karşı çıkmış ve hareketin ihmali de kapsadığı çoğunluk tarafından ifade edilmiştir. Bu tartışma şimdiki kanunun teşebbüs maddesindeki tanımında "hareket" kavramı geçmediği için yaşanmamaktadır (Alman Ceza Kanunu'nun 22. maddesindeki bu tanımında "fiil hakkındaki tasavvuruna göre kanuni tipi gerçekleştirmeye başlayan kimse" den söz edilmektedir). Çünkü bir suç ihmal yoluyla tamamlanabiliyorsa, öncelikle buna başlanması gerekir. Roxin, Claus, *Strafrecht-Allgemeiner Teil (AT)*, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003, § 29 Kn. 266. Hakeri'ye göre Al CK'nun 22. maddesine bakıldığında burada açıkça icrai hareketlerden, icraya başlamaktan bahsedilmemekte, aksine teşebbüsün tarif edildiği ve "suç tipini gerçekleştirmek için doğrudan başlamak"tan söz edilmektedir. Hakeri, her ne kadar burada da başlamanın icrai bir hareketi ifade ettiği düşünülebilir olsa da Alman öğretisi ve uygulamasında bu hüküm karşısında ihmali bir hareketle de ihmale teşebbüsün, yani suç tipini ihmali bir hareketle gerçekleştirmeye başlamanın genel kabul gördüğüne işaret etmektedir. Bkz. Hakeri, s. 267.

²⁴ Hakeri, s. 268.

²⁵ Bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla Hakeri'nin ihmal kavramı ve ihmal suçlarının çeşitlerini incelediği çalışmasında bu konu ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Hakeri, s. 263 vd.

²⁶ Bkz. Hakeri, s. 268.

mek konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır: B'nin oğlu O havuz kenarında oynamaktayken suya düşer. B, oğlunun yüzme derslerini başarıyla tamamladığını düşünür ve en fazla 10-15 dakika içinde havuzdan tek başına çıkabileceğini hesaplar. Bu süre içinde havuzdan çıkamazsa kendisini kurtarmaya gidecektir. Bu düşünceyle gazetesini okumaya devam eder. Bu arada 8 dakikada olayı fark eden cankurtaran C, havuza atlayarak O'yu kurtarır.

Mümkün olan ilk müdahale teorisine göre;²⁷ garantör,²⁸ neticenin meydana gelmesi kastıyla, neticenin önlenmesi için mümkün ve elverişli ilk tedbiri ihmal ettiğinde/terk ettiğinde teşebbüs meydana gelir. Örneğin ilk öğünün verilmemesinde, trenin gelmesine saatler olmasına rağmen demir yolu makasçısının ilk ihmali hareketinde teşebbüs vardır. Bu teoriye göre, kriminalpolitik bakımdan da mümkün olan en erken zamanın icra başlangıcı olması gerekir; çünkü *“mümkün olan ilk kurtarma fırsatının, aynı zamanda son olup olmadığı”*ni kimse bilemez.²⁹ Alman Federal Yüksek Mahkemesi de bir kararında³⁰ bu teori doğrultusunda görüş bildirmiştir. Mahkeme bir kimseye aralıklı olarak zehir vererek öldürmek isteyen icrai failin ilk zehri vermesi anını teşebbüsün varlığı bakımından esas kabul ederek, bunu ihmali davranan fail bakımından da uygulamıştır. Buna göre; *“Kendisine emredilen bir hareketi uzun süre terk ederek yardıma muhtaç birinin ölümüne neden olmak isteyen kimse daha hareketsizliğinin başlamasıyla bu suça doğrudan doğruya kalkışmıştır”*.

Bu yorum icranın başlangıcını çok erken bir zamana koymakla eleştirilmiştir.³¹ Örneğin hasta için henüz yaşamsal bir tehlike doğma-

²⁷ Herzberg, Rolf Dietrich, *Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, MDR 1973, s. 89 vd.; Maurach/Gossel/Zipf, AT. 2, § 40 III A 2b. Ayrıca bu grupta Maihofer, Schröder, Lönnies, Guhra gibi yazarlar da bulunmaktadır. (Roxin, A.T. II, § 29 Kn. 280 dn. 289).

²⁸ Garantör, ceza kanunundaki bir tipe dahil bulunan bir neticeyi önleme konusunda sorumlu olan kimseyi ifade etmektedir. Bu sorumluluğun kaynağı, kanun, sözleşme veya önceden gerçekleştirdiği tehlikeli bir davranış olabilir. Kavram için bkz. Hakeri, s. 56 dn. 238, s. 108 vd.

²⁹ Herzberg, Rolf Dietrich, *Versuch*, in: *Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK)*, Band 1, § 22 Kn. 123.

³⁰ Bkz. BGHSt 40, 257, 271.

³¹ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 281; Krey, Volker/Heinrich, Manfred, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 2, 2. Auflage, Stuttgart 2004, § 43 Kn. 442; Kuhl, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München 2002, § 18 Kn. 146; Gropp, Walter,

ması koşuluyla, hemşirenin öldürmek istediği hastaya yaşamı için gerekli olan iğneyi vurmaması; doktorun iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmış bulunan ve artık konuşamayan, fakat henüz ölüm aşamasında bulunmayan hastanın acısız ölümünü sağlamak için sadece çay verilmesini emretmesinde olduğu gibi. Bu olaylarda hastanın hayatı bakımından somut bir tehlike yoktur. Ayrıca ikinci olay bakımından emrin verilmesiyle ölüm arasında bir süre geçeceği için, doktorun her an için kurtarma amacıyla müdahale etmesi mümkündür. Diğer yandan fail kurtarma hareketini daha geç bir zamanda aynı kesinlikle yapabilecek durumdaysa, bu hareketi daha önce yapmasını istemenin anlamı yoktur. Bu nedenlere Federal Yüksek Mahkeme'nin de savunduğu bu görüş cezalandırılabilirliğin başlangıcını hazırlık hareketleri safhasına taşımaktadır.³² Yine denmiştir ki, bu görüş gerçi hukuki konunun korunmasının optimal olarak gerçekleştirilmesine hizmet edebilir. Ancak ihmali harekette bulunan kişi henüz daha bir riziko yaratmamışken ve sonucu daha sonra önleyebilecekken, ortada kanuni tipe yakın bir tehlikeden ya da hukuku sarsıcı bir etkiden³³ bahsetmek mümkün değildir. Diğer yandan bu teori, beslemenin terk edilmesiyle adam öldürmeye başlanacağı şeklindeki anlayışıyla günlük konuşma dilinde de yadırganacaktır.³⁴ Teşebbüsün cezai temelini³⁵ de genel olarak "kanuni tipe yakın" olma ve "fülin ağırlığı"nın kabul edildiği gerçeği açısından da ihmal davranışının ilk başladığı anın

Strafrecht-Algemeiner Teil (AT), 3. Auflage, Berlin-Heidelberg, 2005, § 9 Kn. 39.

³² Bkz. Hakeri, s. 269.

³³ Almanya'da teşebbüsün cezai temelini açıklamada kullanılan teorilerden birisi olan "etki teorisi", yine bu amaçla geliştirilen sübjektif ve objektif teoriyi birleştirmek iddiasıyla ortaya çıkan bir teoridir. Etki teorisi sübjektif teoriyle aynı temelden yola çıkmakta ancak buna objektif bir unsur eklemektedir. Buna göre, teşebbüsün cezai temeli failin sübjektif kararının harekete geçirilmesidir. Ancak teşebbüsü cezalandırmak için bu yetmez; bu iradenin cezalandırılabilmesi için ceza hukukunun genel önleme amacı dikkate alınarak, teşebbüs failinin toplumun diğer bireyleri üzerinde, onların hukukun güvenilirliğine olan inançlarını sarsıcı bir etki doğurması gerekir. Mezger Edmund, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. Auflage, Berlin / München 1949, s. 397. Bu teori hakkında ayrıca bkz. Gropp, AT, § 9, Kn 48; Maurach / Gossel/ Zipf, AT, 2, § 41 I B 4, Wessels, Johannes / Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, Die Straftat und ihr Aufbau, 33. Auflage, Heidelberg 2003, Kn. 594; Roxin, Claus, *Tatentschluss und Anfang der Ausführung beim Versuch (Tatentschluss)*, JuS 1979, s. 1 vd; Sözüer, s. 107 vd.

³⁴ Krey/Heinrich, AT, 2, § 43 Kn. 442.

³⁵ Almanya'da teşebbüsün cezai temelini açıklamak için ortaya atılan teoriler için bkz. Sözüer, s. 48 vd.

öldürmeye teşebbüs olarak değerlendirilmesi doğru değildir.³⁶ Ayrıca bu kabul edilirse, bu tür olaylarda kastın ispatı, henüz dış dünyada anlaşılır bir şekilde ortaya çıkmadığı için neredeyse imkânsızdır.³⁷

Yukarıdaki görüşün tam tersi görüş “mümkün olan son müdahale teorisi” olarak adlandırılmaktadır. Bu teoriye göre, ihmal suretiyle icra suçuna teşebbüs ancak müdahale için mümkün olan son zaman noktasında başlayabilir ve bu nedenle de sadece tam teşebbüs³⁸ mümkün olabilir.³⁹

Mümkün olan son müdahale teorisi, ne dogmatik ne de kriminal-politik olarak ikna edici olmamakla eleştirilmiştir.⁴⁰ Buna göre, dogmatik yönden eksikliği şuradadır: Bu görüş kabul edilirse gönüllü vazgeçme mümkün olmaz; çünkü icra ancak son müdahale imkânına kadar sürenin geçirilmesinden sonra başlayacaksa, bu durumda failin mağduru kurtarmak için bir harekette bulunması ve böylece gönüllü vazgeçmesi artık mümkün olmayacaktır. Bu ise gönüllü vazgeçme konusunda bir kısıtlama getirmeyen kanuna aykırı olacaktır. Kriminalpolitik olarak da bu görüş uygun değildir; çünkü müdahale etmek konusunda ihmali davranışın sahibinin bu kadar gecikmesine izin verilirse, bu, kanun koyucunun korunması gereken suç konusu üzerinde çok tehlikeli bir oyun oynaması anlamına gelir; çünkü müdahale-

³⁶ Krey/Heinrich, AT. 2, § 43 Kn. 442; Kuhl, AT., § 18 Kn. 146; Wessels,/ Beulke, Kn. 741-742; Zaczyk, NK, § 22 Kn. 62.

³⁷ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 281, 282.

³⁸ Belirtelim ki, Alman Ceza Kanunu'nun teşebbüs düzenlemesinde (Al. CK m. 22) eksik-tam teşebbüs ayrımı olmamasına rağmen doktrinde eksik teşebbüs (unbeendeter Versuch) ve tam teşebbüs (beendeter Versuch) tabirleri kullanılmaktadır. Teşebbüs konusunda daha sınırlı olmakla birlikte, gönüllü vazgeçme konusunda doktrinin neredeyse tamamı bu terimleri kullanmaktadır. Örnek olarak bkz. Roxin, AT. II, § 30 Kn. 152; Jacobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, 2. Auflage, Berlin-Newyork, 1991, 26 / 9 vd.; Kohler, Michael, *Strafrecht-Algemeiner Teil*, Berlin/Heidelberg 1997, s. 473; Rudolph, Hans Joachim, in: *Systematischer Kommentar (SK) zum Strafgesetzbuch*, Band I, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 1977, § 22 Kn. 19, § 24 Kn. 15; Wessels / Beulke, AT., Kn. 631; Heinrich, Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Stuttgart 2005, Kn. 734 vd.; Lilie, Hans / Albrecht, Dietlinde, Rücktritt, in: *Leipziger Kommentar (LK), Strafgesetzbuch-Grosskommentar*, 1. Band, 11. Auflage, Berlin 2003, § 24 Kn. 90.

³⁹ Bu görüşte olan bazı yazarlar: Arminn Kaufmann, Seelmann, Welzel, Grünwald. (Bkz. Roxin, AT. II, § 29 s. 426, dn. 292).

⁴⁰ Roxin, A.T. II, § 29 Kn. 284-285; Kuhl, AT., § 18 Kn. 147; Krey/Heinrich, AT. 2, § 43 Kn. 442; Zaczyk, NK, § 22 Kn. 62; Gropp, AT., § 9 Kn. 39.

nin bu kadar gecikmesi birçok olayda artık çok geç kalınması demektir. Garantörlük görevi sadece en son anda sonucun önlenmesini değil, aynı zamanda sonuca yakın tehlikenin de önlenmesini gerektirir.

Yukarıdaki iki görüşü kabul etmeyen ve öğretide çoğunluğu oluşturan doğrudan tehlikeye düşürme görüşü ise, icranın bütün olaylarda suç konusunun doğrudan doğruya tehlikeye düşürülmesiyle başlayacağını savunmaktadır.⁴¹ Buna göre, korunan hukuki konu için doğrudan bir tehlikenin doğduğu ya da bu tehlikenin arttığı ve hareketsiz kalmanın böylece doğrudan doğruya başlama olarak ortaya çıktığı zaman teşebbüs vardır. Ancak, icra suçlarına teşebbüste olduğu gibi burada belirleyici olan sadece tehlikenin objektif olması değildir; aynı zamanda ihmali davranışta bulunanın ihmali davranışının tehlikeliliği hakkındaki sübjektif tasavvuru da önemlidir. Tehlike kriterine getirilen bu sınırlama, özellikle ihmali davranışta bulunan failin zararlı sonucun meydana gelmesine kadarki evrede çeşitli kurtarma ve yardım imkânlarına sahip olduğu olaylarda önem arz etmektedir. Örneğin çocuğunu aklıktan öldürmek isteyen anne ilk öğünü vermediğinde, çocuk hayatını idame konusunda herhangi bir tehlikeye düşmedikçe henüz teşebbüs yoktur. Buna karşılık bir dalgıcın yardımcısı, aralarında sözleştikleri bir sinyal üzerine vermesi gereken oksijeni vermeyi ihmal ediyorsa, böylece bununla bağlantılı dalma tehlikesini yükseltmesi bakımından icra, failin sonucu göze alması anından itibaren başlamıştır. Öyleyse bu suçlara teşebbüste asıl ölçü, tehlikeyi kuran ya da yükselten bir tarzda sonucun meydana gelmesini önlemenin ihmal edilmesi ya da geciktirilmesi anıdır. Örneğin, bir çocuk suya düştüğünde, bu şekilde meydana gelen tehlike bakımından yardım etmekle görevli olan, daha sonraki bir zamanda ve başka araçlarla kurtarma imkânı olacaksa bile derhal müdahale etmek zorundadır. Aynı durum, tehli-

⁴¹ Gropp, A.T., § 9 Kn. 39; Wessels/Beulke, AT., Kn. 741; Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, Bielefeld 2003, § 26 Kn. 57; Herzberg, MK, § 22 Kn. 124; Krey/Heinrich, AT. 2, § 43 Kn. 443; Vogler, Theo, *Versuch*, in *Leipziger Kommentar (LK) Strafgesetzbuch, Grosskommentar*, 1. Band Einleitung, §§ 1 bis 31, 10. Auflage, Berlin 1985, § 22 Kn. 119 vd.; Jescheck, Hans Heinrich / Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (AT)*, 5. Auflage, Berlin 1996, § 60 II 2; Otto, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre (AT)*, 6. Auflage, Berlin 2000, § 18 Kn. 35; Eser, Albin, *Versuch*, in: *Schonke/Schröder (SS) Strafgesetzbuch-Kommentar*, 26. Auflage, München 2001, § 22 Kn. 50-51; Trondle, Herbert / Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, (StGB)*, 51. Auflage, München, 2003, § 22 Kn. 31; Kuhl, AT., § 18 Kn. 148; Zaczyk, NK, § 22 Kn. 64; Meyer, Jürgen, *Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit*, ZStW 87 (1975) s. 605.

kenin büyümesine neden olacak şekilde, zorunlu bir operasyonun er-telenmesi hali için de geçerlidir.⁴²

Bu öğreti, ihmali davranışın sahibinin olay yerinde bulunduğu ve bu nedenle de kontrolü altındaki sonraki olay sürecine her zaman mü-dahale edebilecek bir konumda bulunması durumunda teşebbüsü ka-bul etmemektedir. Diğer yandan olay süreci failin hâkimiyet alanın-dan çıktığı anda da bu teoriye göre icra henüz başlamamıştır. Örneğin, anne-babası tarafından ıssız bir yere ölmesi amacıyla terk edilen yeni doğmuş bebek olayında, bu görüş, öldürmeye teşebbüsün varlığını ço-cuğun terk edilmesiyle değil, ancak çocuğun hayatı için kritik durum oluştuğu anda kabul etmektedir.⁴³ Çünkü ilk müdahale imkânı geçi-rilse bile henüz hayati bir tehlike olmadan daha sonraki bir zamanda usulüne uygun bir şekilde görev yerine getirilebilir. İlk ihmalle kanu-ni tipin gerçekleşmesini doğuran son ihmâl arasında henüz daha bir-çok ihmâl sekansı vardır. Bu durum icra suçlarına teşebbüsteki “*ara eylem*”⁴⁴ kriterine benzer bir şekilde “*ara ihmâl*” olarak da tanımlanabi-lir. Böylece ilk hareket fırsatının atlanması, yükümlüye sonraki bir va-kitte kesin bir şekilde sonucu önleme imkânını bırakıyorsa, henüz ih-mali suçun icrasının doğrudan doğruya başlanması anlamına gelme-

⁴² Eser, SS, § 22 Kn. 51; Vogler, LK (10. Aufl.), Kn. 121; Trondle/Fischer, § 22 Kn.31-32; Krey/Heinrich, AT. 2, § 43 Kn. 443. Benzer: Baumann/Weber/Mitsch, AT., § 26 Kn. 57.

⁴³ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 286.

⁴⁴ İcranın ne zaman başladığı konusunda Almanya’da doktrinde ve uygulamada kullanılan son teorilerden biri olan parça/ara eylem teorisi (Teilakts/Zwischenaktstheorie) her bir vücut hareketinin parça/ara davranış olarak bölümlenme-sine dayanır. Buna göre, kanuni tipte tanımlanan hukuki konunun ihlaline başla-madan önce, failin planına göre en azından bir davranışın daha gerektiği hareket-ler hazırlık hareketidir; buna karşılık kendi ferdi fiil planına göre, kanuni tipteki asıl icra hareketiyle arasında başka kısmi davranış bulunmayan ve kanuni tipteki hareketin parçası sayılan bir hareketi gerçekleştiren kişi teşebbüs evresine girmiştir. Bir başka deyişle kanuni tipteki asıl hareketten farklı, ama onunla (kanuni tip-teki hareketle) kendisi arasında artık “başka bir parça davranış” bulunmayan ha-reketin varlığı durumunda teşebbüsü kabul etmek gerekir. Örneğin adam öldür-me suçunda, silahla nişan alma, ateşlemeden önceki son hareket olarak teşebbüs sayılırken, silahın çekilmesi, bu hareketle silahın ateşlenmesi arasında hala kısmi/parça bir davranış gerekli olduğu için, hazırlık hareketidir. Hırsızlık suçunda, kol-ların çalınacak nesneye doğru uzatılması teşebbüsken, bu nesnenin içinde bulun-duğu sandığın kırılması hazırlık hareketidir. Bkz. Roxin, A.T. II, § 29 Kn. 126; Ma-urach / Gossel / Zipf, AT.(1989) 2, § 40 I, Kn. 48; Jacobs, AT., 25/ 59 vd.; Trondle/ Fischer, § 22 Kn. 10; Gropp, AT., §9 Kn. 36; Rudolph, SK, § 22 Kn. 13.

yecektir. Eğer yükümlü, emrin son yerine getirilmesi imkânının zamanını da hareketsiz kalarak geçirirse şüphesiz doğrudan doğruya kalkışma vardır. Çünkü bu son hareketsizlik artık başlama eşiğini aşarak kanuni tipin gerçekleşmesi niteliğine bürünecektir. Bu nedenle ve ayrıca bu durumda bu suçlardan gönüllü vazgeçme imkânı ortadan kalkacağı için doğrudan doğruya başlama olarak daha erken, en azından sondan bir evvelki sonucu önleme imkânı kabul edilmelidir. Bu an da korunan hukuki konunun tehlikeye düşürülmesinden başlar.⁴⁵

Bu teori de bazı olaylar bakımından icranın başlangıcını geciktirmekle eleştirilmiştir. İcrai bir suçta, örneğin uçağa bomba koyma olayında adam öldürmeye teşebbüs failin bombayı koyup olay yerini terk etmesiyle başlıyorsa, bir güvenlik görevlisinin bu bombayı keşfetmesi ve fakat uçağın patlaması kastıyla sessiz kalması ve oradan uzaklaşması anında teşebbüsü kabul etmek gerekir. Bu patlamanın uçağın kalkışından ancak birkaç saat sonra meydana gelecek olması her iki olayda da teşebbüsün varlığını engellemez. Aksi durum kriminalpolitik olarak da kabul edilemez sonuçlara götürür. Çünkü bombayı koyanın ya da güvenlik görevlisinin uzaklaşmasından sonra -faillerin daha sonra gönüllü vazgeçmeleri dışında- uçaktakilerin kurtulması ancak bombanın tesadüfen başkası tarafından bulunması sayesinde mümkün olabilir. Bu olayın, icrai veya ihmali hareketlerin sahibi failerin lehine yorumlanması ve onların cezasız bırakılması hiç mantıklı değildir.⁴⁶ Diğer yandan tehlikenin doğduğu anı belirlemenin güç olacağı ve bu nedenle bu ölçütün belirsiz olduğu eleştirisi de yapılmaktadır.⁴⁷

Bu üç görüşün dışında bir görüşü de Roxin ortaya atmıştır. Roxin' e göre, failin olay sürecini hakimiyet altında tuttuğu durumlarla olay sürecinin failin hakimiyeti altından çıktığı durumları ayırmak gerekir. Buna göre ihmali hareketin sahibi olay sürecini hâkimiyeti altından çıkardığı anda icra başlamış demektir. Buna karşın nedensel süreç hala failin hâkimiyet alanında bulunuyorsa, *"henüz hiçbir şey olmadığı"* ve failin mağduru kurtarma hareketini her an yapabilme imkânı olduğu sürece, sadece hazırlık hareketi olduğunu kabul etmek gerekir. Bu ikinci durumda icra ancak mağdurun doğrudan doğruya tehlikeye düşürülmesi durumunda yani sonucun meydana gelmesine ya-

⁴⁵ Baumann/Weber/Mitsch, AT., § 26 Kn. 57.

⁴⁶ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 287.

⁴⁷ Bkz. Hakeri, s. 271.

kın bir zamanda başlayacaktır. Bu anda suç konusu için açık bir riziko meydana gelmektedir ve bu hassas nokta teşebbüsle hazırlık hareketini ayırmaktadır. Bu görüşün yukarıdaki tehlikeye düşürme görüşünden farkı da olayı iki aşamalı olarak değerlendirmesinde yatmaktadır; yani failin olayı kontrol altında tutup tutmamasına göre, bir diğer deyişle henüz olay yerini terk edip terk etmemesine göre bir ayırım yapılmaktadır. Issız bir yerde doğrulan bir bebeği anne-babası ölmesi için orada bırakmak düşüncesindeyse, anne-baba bebeğin yanında oldukları ve onun için henüz tehlike oluşmadığı müddetçe icra henüz başlamamıştır; sadece hazırlık hareketi vardır. Ancak yeni doğan, anne babanın müdahalesiz beklemesiyle hayati tehlikeye düşmüşse icra başlamıştır. Buna karşılık anne baba evlerine gitmiş ve bebeği kaderine terk etmişse, onlar ayrılır ayrılmaz icra da başlamıştır. Çünkü artık olay süreci onların kontrolünde değildir. Anne babanın sonradan geri dönmesi, kurtarma hareketlerinde bulunması veya telefonla çocuğun yerini bildirerek kurtarılmasını sağlamaları ancak gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilecek hareketlerdir. Aynı durum, anne babanın sadece kan nakliyle kurtarılacak çocuklarını kasten ihmal edip hastaneye götürmemeleri olayında da geçerlidir. Eğer kan nakli çocuğun hayatını riske atmayacak şekilde birkaç gün daha ertelenebiliyorsa, bu durumda anne babanın faaliyete geçmemesinde, daha sonra kan transferi yaptırmasalar da öldürmeye teşebbüs yoktur. Ancak sonraki hareketsizlikleri çocuğun hayatını tehlikeye sokmaya başladığı anda teşebbüsün eşiği aşılmıştır. Buna karşılık anne baba seyahate çıkmışlar ve evde yalnız kalan çocuğu ölüme terk etmişlerse bu durumda kan nakli için henüz biraz zaman olsa da icra başlamıştır. Yine çok örnek verilen tren makasçısı olayında da aynı durum söz konusudur. Sarhoş birisini raylarda yatarken gördüğü halde tren altında kalarak ezilmesi için orada bırakan makasçı, eğer trenin en erken iki saat sonra geleceğini biliyorsa ve ayrıca onun yaklaştığı telefonla bildiriliyorsa makasçının hareketsiz kalması cezasızdır. Sarhoşun hayati tehlike içine düşmesine kadar beklenmesi durumunda ise icra başlar. Buna karşılık makasçı görevli olduğu alanı terk eder ve evde uyumaya giderse, henüz trenin gelmesine saatler olsa da icra bu anda başlamıştır.⁴⁸

⁴⁸ Roxin, AT, II, § 29 Kn. 272-277. Aynı görüşte: Ebert, Udo, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, Heidelberg 2001, s. 184; Haft, Fritzhof, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, Münschen 2004, s. 236; Blei, Hermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil (AT)*, 12. Auflage, München 1996, § 86 III 2; Rudolph, Hans Joachim, in: *Systematischer Kommen-*

Roxin'in, olayın failin hâkimiyet alanından çıkması şeklindeki yaklaşımı, bazı tehlikeye düşürme teorisi taraftarlarınca, bu görüşte olayın hakimiyet alanından çıkmasının tehlikenin bir işareti olarak kabul edildiği, ancak bu "işaret" in, doğrudan doğruya tehlikeye düşürme gerçek durumunun yerine geçemeyeceği şeklinde eleştirilmiştir.⁴⁹ Diğer yandan teori hâkimiyet alanında bulundurma-hâkimiyet alanından çıkarma kavramları konusunda da belirsiz olmakla eleştirilmiştir.⁵⁰

Kanaatimizce daha isabetli olan görüş Roxin'in görüşleridir. Mümkün olan ilk müdahale teorisi icranın başlangıcını çok erken bir zamana koymaktadır. Bu görüş, henüz hukuki konu için hiçbir tehlike ortaya çıkmamışken ilk ihmali davranışı cezalandırmakla adeta niyeti cezalandırmaktadır. Bu aşamada failin hukuki konuya bir zarar vermek istediği bile çok net değildir; bu bakımdan kastının varlığını da belirlemek neredeyse imkansızdır. Bu yönüyle teşebbüsün temelini failin tasavvurunda arayan sübjektif görüşe yakınlaşma tehlikesi vardır. Kanunumuz icraya "doğrudan doğruya" başlanmasını aramaktadır. Bu tabir kanuni tipin gerçekleşmesine yakın olmayı, yani bir tehlikenin meydana gelmesini gerekli kılmaktadır. Mümkün olan son müdahale teorisi ise mümkün olan ilk müdahale teorisinin tersine icranın başlangıcını aşırı derecede geciktirmektedir ve adeta hukuki konuyu korunmasız bırakmaktadır. Diğer yandan bu görüş kabul edilirse kanunun gönüllü vazgeçme hükmü ihmali suçlar bakımından anlamsız hale gelecektir. Çünkü bu görüşe göre neredeyse suçun tamamlanma anına yakın bir zamanda teşebbüs başlayacaktır. Hukuki konunun tehlikeye düşürülmesi teorisi esas itibarıyla doğru bir yaklaşım sunmaktadır. Gerçekten teşebbüsün temelinde hukuki bir değer tehlikeye düşürülmesi düşüncesi vardır.⁵¹ Ancak tehlikeye düşürme anı bakımından

tar zum Strafgesetzbuch, (SS) Band I, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 1977, vor § 13 Kn. 51 vd.; Stratenwerth, Günter, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, 4. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 2000, § 14 Kn. 4; Heinrich, Kn. 755; Zaczyk, NK, § 22 Kn. 64.

⁴⁹ Krey/Heinrich, AT, 2, § 43 Kn. 443; Otto, AT., § 18 Kn. 45; Kuhl, AT, § 18 Kn. 149.

⁵⁰ Herzberg, *Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, s. 409.

⁵¹ "Günümüz ceza hukukları, geçmişten farklı olarak, beşeri bir davranışı cezalandırırken, onun, sadece bir zarar doğurmuş olmasını göz önüne almakla kalmamakta aynı zamanda bir zarar tehlikesi doğurmuş olmasını da göz önüne almaktadırlar. Hukuki bir değer ihlali, o değer kıymetinin azalması veya tamamen yahut kısmen yok olması biçiminde olabileceği gibi, o değer veya menfaatin varlığının olması bir tehlikeye konulması biçiminde de olabilmektedir. Böyle olunca, suçlar, ihlalle bağıntılı olarak, ya zarar suçları, ya da tehlike suçları olmaktadır. Bilimde

bir ayırım yapmak gerektiği düşüncesine katılıyoruz. Olayın kontrolü failin elinde bulunduğu müddetçe icra ancak mağdur bakımından bir tehlike söz konusu olduğunda başlayacaktır. Fail her an müdahale edebilecek bir konumda olduğu sürece icrayı onun ilk müdahale imkanını geçirmesiyle başlatmak doğru olmadığı gibi son müdahale imkanına kadar geciktirmek de doğru bir tutum değildir. Teşebbüs kavramına en uygun çözüm bir tehlikenin varlığını aramaktır. Ancak fail, mağduru zarar görmesi kastıyla olayın kontrolünü elinden çıkarmışsa, örneğin olay yerinden ayrılmış ve mağduru korumasız bırakmışsa bu andan itibaren icranın başladığını kabul etmek gerekir. Çünkü fail mağduru tesadüflerin eline bırakmaktadır. Kendisinden beklenen görevi yerine getirmediği gibi mağduru belirsiz bir sürece terk etmekte ve bu bakımdan daha o andan itibaren bir tehlikenin içinde bırakmaktadır.

2. Salt (Gerçek) İhmal Suçlarında Teşebbüs

Salt (gerçek) ihmal suçlarına teşebbüs mümkün değildir, çünkü suç sayılan fiilin yapılması için gereken zaman henüz geçmiş değilse, o fiili yapmamış olmak, normun ihlali sonucunu doğurmaz. Buna karşılık, suç sayılan fiilin yapılması için gereken zaman geçmişse, suç artık tamamlanmıştır. Tamamlanmış suça teşebbüs olmaz.⁵²

Ancak bir görüşe göre, bu suçlarda failden beklenen hareketin yerine getirilmesi bakımından bir zaman aralığı söz konusu ise bu zaman sürecinin sonuna kadar teşebbüs mümkündür.⁵³ İtalyan hukukunda baskın görüşün bu suçlara teşebbüsü kabul etmediği, ancak bu konuda yeni bir eğilim bulunduğu da ifade edilmektedir. Buna göre “*fail hareketsizliğini ortadan kaldırmadığı veya hareketsizliğe devam ettiği müddetçe ihmali suçlara teşebbüs*” söz konusu olabilir. Bu yöndeki bir görüş

ve teknolojiye meydana gelen ve gelmekte olan gelişmeler giderek tehlike suçlarının artmasına neden olmuştur. Bugün, enerji, ulaşım, sağlık vs., alanlarında ortaya çıkmış olan ilerlemeler korkutucu boyutlara ulaşmış; bu da tehlike suçlarının en az zarar suçları kadar önemsizliği sonucunu doğurmuştur. Tipik, genel tehlike suçu da, en başta ‘suça teşebbüs’ tür”. Hafızoğulları, s. 225.

⁵² Hafızoğulları, s. 325. Aynı görüşte: Dönmezer/Erman, C. I, No: 589; Centel/Zafer/Çakmut, s. 475; Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi*, Yeni Ceza Kanununun Anlamı, Ankara 2005, s. 399; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 401, 752.

⁵³ Önder, s. 411; Hakeri, s. 264 vd.

de failin yapmaması gereken ihmali hareket yerine pozitif bir hareket yapması durumunda teşebbüsün söz konusu olduğunu belirtmektedir. Örneğin, devlet memurunun memuriyet görevini yapması için belli bir zamanda görevini yaptığı yerde hazır bulunması gerekir. Yani memur bulunmama hareketini yapmamak zorundadır. Memurun yapmaması gereken ihmali hareketin yerine icrai bir hareket yapması halinde, eğer görevi yapmak için henüz zaman dolmamış ise, teşebbüs vardır. Ancak, artık norma itaatin fail tarafından imkansız olması durumunda teşebbüs değil, tamamlanmış suç söz konusu olacaktır.⁵⁴ Yine İtalyan hukukundaki bir görüşe göre, bu suçlarda bölünebilen bir gerçekleşme veya bir suç yolu mümkün olduğunda teşebbüs de gerçekleşebilir. Failin kasıtlı olarak kendisini süresinde yükümlülüğünü yerine getiremeyeceği bir duruma sokması, ancak yükümlülüğü öngören norm ile korunan hukuki konunun zarar görmesinin başka nedenlerce engellenmesi halinde bu durum söz konusudur. Örneğin belli bir zaman ve yerde bulunması gereken kişinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemek için başka bir ülkeye gitmesi, ancak onun yükümlülüğünün başkaları tarafından yerine getirildiği için amacının gerçekleşmesi olayında olduğu gibi.⁵⁵

Alman hukukunda ise ağırlıklı görüş salt ihmal suçlarına teşebbüsü mümkün görmektedir. Alman hukukunda öncelikle teorik olarak bütün gerçek ihmali suçlara “*elverişsiz teşebbüs*”ün (işlenemez suç) mümkün olacağı söylenmiştir. Örneğin bir kimse hata yaparak bir kaza olduğuna inanmış ve var zannettiği kaza mağduruna yardım etmeden oradan ayrılmışsa Al. CK m. 323c’ deki suça (trafik kazasına maruz kalan veya genel bir tehlike içinde veya zaruret hali içinde bulunan kimseye yardım etmeme teşebbüs) söz konusu olur.⁵⁶

“*Elverişli teşebbüs*” bakımından ise bir ayırım yapmak gerektiği ifade edilmektedir. Eğer kanuni tipte bir sonuç aranmıyor ve ihmal şeklindeki hareketle suç meydana geliyorsa teşebbüs düşünülemez; çünkü emre aykırı olarak hareketin yapılmamasıyla suç da gerçekleşmiş olur. Örneğin bir kimse kendisinden talep edilen yardımı ihmal etmişse Al. CK. m. 323c’deki suç (trafik kazasına maruz kalan veya genel

⁵⁴ Bkz. Soyaslan, Genel Hükümler, s. 328.

⁵⁵ Toroslu, Genel Kısım, s. 270

⁵⁶ Roxin, AT. II, § 29 Kn.. 293; Eser, SS, § 22 Kn. 53; Jescheck/Weigend, AT., § 60 II 1; Maurach /Gossel/ Zıpf, AT. (1989) 2, § 40 A 1a,b Kn. 99-100.

bir tehlike içinde veya zaruret hali içinde bulunan kimseye yardım etmeme) tamamlanmış olur. Ancak eğer gerçek ihmal suçu bir sonucu şart koşuyorsa, örneğin Al. CK m. 138 (planlanan suçları bildirmeme -kamu düzenine karşı suçlar kapsamındaki) veya m. 120'deki (hapisten mahkûmun kaçırılması) gibi suçlarda durum başkadır. Bu suçlarda gerçek olmayan ihmal suçlarında geçerli kurallar uygulanabilir. Örneğin gardiyan veya hapisanede görevli başka bir memur mahkûmun kaçtığını gördüğü halde müdahale etmiyorsa, icra memur mahkûmun dışarı çıkmasından hemen önceki ana kadar hala hareketsiz kaldığı durumda başlar. Ancak eğer bu kaçma planından haberi varsa kasıtlı olarak bunun olmasını mümkün kılmak için görev yerini zamanından önce terk etmişse o anda icra başlamıştır. Somut olaylarda bu sorunun çözümü her bir kanuni tipin yorumuna göre yapılmalıdır.⁵⁷

Al. CK salt ihmali suçlardan bazılarını (örneğin m. 123 I, alt.c.2: girdiği konuttan çıkmama; m. 138: planlanan suçları bildirmeme;⁵⁸ m. 170: bakım gözetim görevini ihmal etme; m. 323c: trafik kazasına maruz kalan veya genel bir tehlike içinde veya zaruret hali içinde bulu-

⁵⁷ Roxin, AT. II, § 29 Kn.. 293.

⁵⁸ Hakeri, Al. CK'nun bu maddesiyle ilgili olarak Alman öğretisindeki anlayışı aktarmakta ve 765 sayılı TCK'nın 235. maddesindeki (5237 s. K. m. 279) suçu ihbar etmeme suçuyla bir karşılaştırmasını yapmaktadır. Al. CK'nun söz konusu maddesinde "zamanında" ifadesi kullanılmaktadır. Alman öğretisine göre bu ifade dolayısıyla öğrendiği suçu bildirmeme ihmal suç tipi bakımından teşebbüs mümkündür. Burada teşebbüs ile tamamlanma arasındaki zaman aralığı "gecikmeksizin" ile "zamanında" arasında bulunan zaman aralığıdır. Fail suçun öğrenilmesinden itibaren "gecikmeksizin" olarak kabul edilebilecek bir zaman aralığından başlayarak "zamanında" olarak kabul edilebilecek bir ana kadar teşebbüs aşamasındadır. Hakeri'ye göre, Al. CK'nın söz konusu hükmünün benzer bir hükmü olan TCK'nın (765 sayılı) 235. maddesi açısından konu ele alındığında sırf ihmali suç olan bu suça teşebbüs mümkün değildir. 235. madde gereğince ihbarı gereken suçu öğrenen memur derhal, gecikmeden ihbar etmelidir. Bir anlık gecikme suçun tamamlanması anlamına gelecektir. Bkz Hakeri, s. 264 dn. 364. Hakeri 765 sayılı TCK'nın 531 maddesinde yer alan sahte parayı mercilere bildirmemek suçu bakımından da, bu maddede üç günlük bir süre belirlenmiş olması dolayısıyla teşebbüsü kabul etmemektedir. Zira aldığı paranın sahte olduğunu öğrenmesinden itibaren üç gün süre içinde yetkili mercilere durumu bildirmeyen kimse bakımından bu üç günlük süre zarfında suçun tamamlanması söz konusu olmayacak, üç günün dolması ile ise suç tamamlanmış olacaktır. Dolayısıyla bu arada teşebbüse müsait bir zaman aralığı bulunmadığından, bu suça teşebbüs mümkün değildir. Öyleyse ihmal suç tipinin gerçekleşmesi için bir zaman aralığı mümkün olabiliyorsa, Hakeri'ye göre sırf ihmal suçuna teşebbüs mümkündür. Ayrıca yazar bu suçlarda gönüllü vazgeçmenin de mümkün olduğunu söylemekte dolayısıyla teşebbüsü de kabul etmektedir. Bkz. Hakeri, s. 266.

nan kimseye yardım etmeme) teşebbüsü cezalandırmamıştır. Bu suçların cezası bir yıldan az olduğundan, Al. CK'nın 22. maddesi gereği bu suçlara teşebbüs sadece açık hüküm bulunduğu cezalandırılabilir. Alman kanun koyucusu bu suçlara teşebbüsü cezalandırmamayı tercih etmiştir. Ancak yine bu gruba girmekle birlikte bazı suçlara teşebbüsün cezalandırılması kabul edilmiştir (örneğin Al. CK m. 120: mahkûmun kaçmasına göz yummak; Al. CK m. 339: hukukun çiğnenmesi/saptırılması '*Rechtsbeugung*',⁵⁹ örneğin bilinçli olarak kanuna aykırı biçimde müdafinin reddedilmesi; Al. CK m. 283/3: Ticari defterlerin, bilançonun veya envanterin sunulmaması).⁶⁰

III. İhmal Suçlarında Gönüllü Vazgeçme

Fail suçun icrasına başladıktan sonra, bu hareketlerin yarıda kesilmesi veya icranın bitmesine rağmen tipik sonucun meydana gelmesi ya failin elinde olmayan nedenlerden dolayı ya da onun istemiyebilebilir. Failin iradesi dışındaki sebeplerin ortaya çıkmasının etkisiyle suçun tamamlanmasının herhangi bir aşamada engellenmesi, onun suça teşebbüsten sorumlu tutulmasını gerektirmektedir. Buna karşılık failin kendi isteğiyle icra hareketlerine devam etmemesi veya bu hareketlerin tamamlanmasından sonra iradi aktif davranışlarıyla tipik sonucun gerçekleşmesini önlemesi durumunda ise teşebbüs ettiği suçtan ceza almayacaktır. Failin teşebbüs ettiği suçtan bu şekilde geri dönmesi "*gönüllü vazgeçme*" olarak adlandırılmaktadır.⁶¹

TCK m. 36'ya göre, "*fail suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır*". Bu düzenlemeye göre kanun koyucu icra hareketlerinin devam ettirilmesinin zorunlu olması şeklindeki teşebbüsle (örneğin çekilen silahın ateşlenmesinin gerekli olması gibi), bunun gerekli olmadığı teşebbüsü (örneğin zaman ayarlı bir bombanın kurulup patlatılmak istenen yere

⁵⁹ Al. CK m. 339: "Bir hakim veya başka bir memur veya hakem, bir hukuki mesele- nin yürütülmesi /idare edilmesi veya karara bağlanmasında taraflardan biri lehine ya da aleyhine kusurlu olarak hukuku saptırırsa..."

⁶⁰ Roxin, AT. II, § 29 Kn.. 292.

⁶¹ İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver s. 352-353.

konması gibi) ayırmıştır. Birinci durumda failin gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanabilmesi için gönüllü olarak⁶² icrayı devam ettirmemesi (örneğin silahı ateşlememesi ve cebine koyması) yeter; ikinci durumda ise failin gönüllü olarak fiilin tamamlanmasını engellemesi (örneğin bombayı patlamadan önce etkisiz hale getirmesi, öldürmek amacıyla yaraladığı kimseyi kurtarmak için doktor getirmesi veya hastaneye götürmesi, zehirlediği kişiyi kusturucu ilaçlarla veya panzehir vererek kurtarması,⁶³ öldürmek amacıyla denize attığı kişiyi denizden çıkarması⁶⁴ vs.) gerekir. Böylece, icra hareketlerinden vazgeçme negatif bir özelliğe sahiptir; bir diğer deyişle kararlaştırılan suç faaliyetinin sonuna kadar götürülmemesidir;⁶⁵ bu durumda failin soyut bir durması yetecektir,⁶⁶ aktif bir davranış gerekmez.⁶⁷ Suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlemek ise, pozitif bir özellik taşır; bir diğer deyişle sonucu önleyecek yeni bir faaliyetin icra edilmesini gerektirir.⁶⁸

İcrai bir hareket söz konusu olduğunda şüphesiz doğru olan bu açıklamalar ihmali bir hareket söz konusu olduğunda daha farklı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Acaba ihmal suçlarına teşebbüsten gönüllü vazgeçmede, icrai suçlarda olduğu gibi bir ayırım yapılacak mıdır? Diğer bir deyişle bu suçlarda ihmali hareketin sürdürülmemesi şeklinde bir vazgeçme ve aktif bir davranışla ihmali hareketten dönme şeklinde bir vazgeçme olarak iki tür vazgeçme mümkün müdür? Yoksa gönüllü vazgeçme için her halükarda aktif bir hareket mi gerekecektir?

İhmal suçlarına teşebbüsten gönüllü vazgeçmenin şartları ve sonucu önleme yükümlülüğü bakımından icra suçlarındaki gibi bir ayırımın yapılıp yapılmayacağı tartışılmış ve bu konuda iki görüş ileri sürülmüştür.

⁶² Gönüllülük konusundaki teoriler için bkz. Lilie/Albrecht, LK, § 24 Kn. 148; Roxin, AT, II, § 30, Kn. 355; Eser, SS, § 24 Kn. 42; Jager Christian: Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 112 (2000), s. 783; Maurach/Gossel/Zıpf, AT, 2, § 41 Kn. 97.

⁶³ Erem/Danışman/Artuk, s. 322; Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 290.

⁶⁴ Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 290.

⁶⁵ Toroslu, *Genel Kısım*, s. 267.

⁶⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 746.

⁶⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s. 47.

⁶⁸ Toroslu, *Genel Kısım*, s. 267; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 746; Centel/Zafer/Çakmut, s. 47; Öztürk/Erdem, Kn. 370.

rülmüştür. İhmal suçlarına teşebbüsten gönüllü vazgeçmenin gereklerini temel olarak icra suçlarındaki icra hareketlerinin bitmesinden sonra söz konusu olan vazgeçmenin gerekleriyle eş değer tutan bir görüşe göre,⁶⁹ ihmal suçlarında icra hareketlerinin bitiminden önce gönüllü vazgeçme ve icra hareketlerinin bitiminden sonra gönüllü vazgeçme şeklinde bir ayırım yapmak hem gereksiz hem de yanıltıcıdır. Bu suçlarda gönüllü vazgeçmenin şartları icra suçlarındaki icra hareketlerinin bitmesinden sonra söz konusu olan gönüllü vazgeçmede olduğu gibidir. İcra hareketlerinin bitiminden önce failin suçu tamamlamak için hareketlerine devam etmesi gerekir; icra hareketlerinin bitmesinden sonra ve icra suretiyle ihmal suçuna teşebbüste ise bu söz konusu değildir. Doktrinde geniş şekilde temsil edilen diğer görüşe göre⁷⁰ ise ihmali suça teşebbüste de icra hareketlerinin yarıda kesilmesi ve icra hareketlerinin tamamlanması ayırımı yapılmalıdır. Ayırım taraftarı teoriye göre, bu öncelikle kanunun vazgeçme hükmünün temel düşüncesinden çıkarılabilir. Buna göre, sonuç meydana gelmediğinde, suçun gerçekleşme ve sonuçta hukuki konuyu tehlikeye düşürme derecesine göre, vazgeçme imtiyazının gereklerini ve böylece sonucu önleme yükümlülüğünün derecesini ayırmak gerekir. Bu bakımdan icrai suça teşebbüs ve ihmali suça teşebbüs arasında bir fark yoktur.

İhmali suçlara teşebbüsten gönüllü vazgeçme konusunda ayırım yapılmasına karşı olan ve bizim de katıldığımız ilk görüşe göre, icra suçlarındaki icra hareketleri tamamlanarak gerçekleştirilen teşebbütle icra suretiyle ihmal suçuna teşebbüs arasında açıkça bir paralellik vardır. Fail, sarhoş olan mağduru kendisi tren raylarına koyduktan son-

⁶⁹ Borchert, Uwe/Helmann, Uwe, *Die Abgrenzung der Versuchsstadien des § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB anhand der objektiven Erfolgstauglichkeit*, GA 1982, s. 444; Freund, Georg, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre*, Berlin 1998, § 8 Kn. 67; Herzberg, *Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelik*, s. 93; Kohler, s. 482; Kuper, Wilfried, *Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts*, ZStW 112 (2000), s.42; Roxin, AT. II, § 29 Kn. 268; Roxin, *Tatentschluss*, s. 12; Trondle/Fischer, § 24 Kn. 14; Rudolph, SK, Vor § 13 Kn. 56.

⁷⁰ Bkz. Lilie/Albrecht, LK, § 24 Kn. 320; Backmann, Leonhard, *Strafbarkeit des bei Tatbeginn zurücktretenden Tatbeteiligten wegen vollendeter Tat*, BGHSt 28, 346, JuS 1981s. 341; Eser, SS, § 24 Kn. 27 vd.; Gropp, AT., § 9 Kn. 72; Jescheck/Weigend, AT., § 60 II 3; Kuhl, AT, § 18 Kn. 153; Lonnie, Otward, *Rücktritt und Taetige Reue beim unechten Unterlassungsdelik*, NJW 1962, s. 1951; Maurach/Gossel/Zipf, AT. 2, § 40 Kn. 106; Otto, AT, § 19 V Kn. 86; Wessels/Beulke, AT., Kn. 743; Schroder, Horst, *Die Freiwilligkeit des Rücktritts*, MDR 1956, s. 86.; Blei, AT., § 86 III 3; Ebert, AT., s. 184; Jacobs, 29/Kn. 116; Vogler, LK 10. Aufl., § 22 Kn. 40. Ayrıca bkz. Hakeri, s. 275.

ra uzaklaştığında veya trenin yaklaşması sırasında mağduru tehlike bölgesinin dışına çıkarmadığında nasıl icra hareketleri tamamlanmışsa, bu durum ihmali davranış gösteren fail için de farklı değildir. Çünkü mağdurun içinde bulunduğu duruma nasıl düştüğü, ne teşebbüsün cezalandırılabilirliği ne de icra hareketlerinin bitmemiş olması ve tamamlanmış olması ayrımı bakımından bir önem taşır.⁷¹ Bu durumda ihmali suçu failinin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için her hâlükârda sonucu önleyici aktif bir eylemde bulunması gerekir. Korunan hukuki konu, onun ihmali nedeniyle tehlikeye maruz kaldığı için, -öyle ki bu tehlike her an kanuni tipin gerçekleşmesini sonuçlayabilir- ihmali suça teşebbüsün yapısı icrai suçtaki icra hareketlerin tamamlanması şeklindeki teşebbüsün yapısıyla aynıdır. İhmali suça teşebbüste de icra hareketlerinin yarıda kesilmesi şeklindeki teşebbüs kabul edilseydi bile, bu durumun, ihmali suçu işlemekten vazgeçen failin her zaman aktif bir davranışta bulunması zorunluluğu nedeniyle, vazgeçme davranışı üzerinde bir etkisi olmayacaktır.⁷² Ayrıca icra hareketlerinin yarıda kesilmesi ve tamamlanması arasında ayırım yapma, hukuki konu için hiç bir tehlikenin söz konusu olmadığı olayların bile cezalandırılabilir alana dâhil edilmesine götürebilir. Başlangıçta bir rizikonun doğmasından sonra göreve uygun davranışın sonradan yerine getirilmesi, neticenin meydana gelmesini önleyebileceği için, ayırım yapmak cezalandırılabilirliğin hareketsiz kalmanın öncesine doğru kaymasına neden olabilir.⁷³ Diğer yandan ihmali suretiyle icra suçuna teşebbüste söz konusu ayırım yapmak icra hareketlerinin ne zaman tamamlanmış sayılacağı konusundaki problemleri de gündeme getirecektir; bu nedenle pratik olarak da hiçbir faydası yoktur. Bu anlamda, teşebbüs evresine giren bir garantör eğer sonucu engellemiş ise cezasız kalacaktır; burada, onun önceki ihmalinin hangi evrede olduğunun önemi yoktur. Diğer bir deyişle sonucun meydana gelmemesi durumunda teşebbüs evresinde ayırım yapmanın önemli bir dogmatik fonksiyonu yoktur. Aynı şekilde sonuç meydana geldiğinde ise her iki durumda da tamamlanmış bir suç olacaktır.⁷⁴

İhmali suçlarda da icra suçlarında olduğu gibi icra hareketleri-

⁷¹ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 269, 278.

⁷² Trondle/Fischer, § 24 Kn. 14.

⁷³ Rudolph, SK, Vor § 13 Kn. 56.

⁷⁴ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 270; Küper, s. 22, 25 vd.

nin yarıda kesilmesi ve tamamlanması ayırımının yapılması ve gönüllü vazgeçmenin gereklerinin bu iki farklı duruma göre belirlenmesini isteyen ayırımcı görüşe göre ise, burada ihmali suçların özelliği gereği bir hususa dikkat etmek gerekir. Özellikle, icra suçuna teşebbüse göre düzenlenmiş gönüllü vazgeçme hükmünün kuralları şematik ve birebir olmasa bile, her zaman ihmali davranışın niteliklerine uygun olarak başka sözcüklerle bu alana aktarılabilir.⁷⁵ İhmali suça teşebbüsten vazgeçmede davranışın her zaman pozitif bir hareket olarak ortaya çıkması zorunluluğu, basamaklandırma yapılamayacağı anlamına gelmez. Fail, kendisine emredilen, ancak o ana kadar terk ettiği hareket nedeniyle sonucun doğmayacağını düşünüyorsa, bu ihmali fiili hala terk edebilir. Buna karşılık o ana kadarki ihmalinin sonuca neden olabileceğini düşünüyorsa, kendi tasavvuruna göre sonucun doğması için artık sadece ihmali hareketi terk etmesi yeterli değildir; ona emredilen hareketin ötesinde ayrıca faaliyette bulunması gereklidir.⁷⁶

Söz konusu ayırımcı görüşe göre, bu ayırma karşı, ayırımın yapılmasının cezalandırılabilirliği öne çektiği itirazı da ileri sürülemez. Teşebbüsten dolayı cezalandırılmaktan kurtaran bir vazgeçmenin mümkün olabilmesi için, öncelikle failin cezalandırılabilir bir teşebbüste bulunması, yani doğrudan doğruya kanuni tipi gerçekleştirmeye başlaması gerekir. Fakat diğer yandan mağdurun doğrudan tehlikeye düşürüldüğünün ve sonucun meydana gelmesine yaklaşıldığının kabulü, failin genel olarak sonucu önlemek için mutlaka kendisine emredilenden daha fazlasını yapmak zorunda olması anlamına gelmez.⁷⁷

Böylece bu genel prensipleri koyan ayırımcı görüşe göre, fail tasavvuruna göre önce ihmal ettiği kurtarma hareketini sonradan basitçe bir yerine getirme yoluyla sonucun meydana gelmesini önleyebileceksse ihmali suçta henüz icra hareketleri bitmemiştir.⁷⁸ Örneğin bir anne, normal öğünün sonradan verilmesiyle çocuğunun hayatını koruyabileceğini düşünüyorsa veya bir demir yolu bekçisi demir yolu makası-

⁷⁵ Eser, SS, § 24 Kn. 27; Wessels/Beulke, AT., Kn. 743.

⁷⁶ Lillie/Albrecht, LK, § 24 Kn. 321. Belirtmek gerekir ki Alman hukukunda icra hareketlerinin sona erip ermemesi konusunda neredeyse birlik halinde kabul edilen yaklaşım failin bakış açısına göre olması gerektiği yani sübjektif görüştür. Bkz. Lillie/Albrecht, LK, § 24 Kn. 320.

⁷⁷ Lillie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 322.

⁷⁸ Eser, SS, § 24 Kn. 28; Gropp, AT., § 9 Kn. 72; Kuhl, AT., § 18 Kn. 154; Otto, AT., § 19 Kn. 87; Wessels/Beulke, AT., Kn. 743.

nı iki trenin çarpışmasından önce değiştirebileceğini düşünüyorsa ihmali davranışla işlenen öldürme suçunda icra hareketleri bitmemiştir. Aynı şekilde, bir yüzme havuzu öğretmeni başlangıçta yardım etmediği boğulmakta olan kişiyi sadece sudan çıkararak kurtarabiliyorsa aynı durumundadır.⁷⁹ Bu durumda, cezadan kurtaran bir vazgeçme için icra hareketlerinin gönüllü olarak bırakılması/terk edilmesi yeterlidir. İcra suçuyla karşılaştırıldığında ihmali suçun farklı yapısının sonucu olarak suçun icra hareketlerinin bırakılması, failin emredilen hareketi aktif olarak yapması anlamına gelir.⁸⁰ Yani emrin yerine getirilmesi ya da tehlikenin önlenmesi şeklindeki göreve uygun bir hareketin varlığı gerekir.⁸¹ Buna karşılık, failin tasavvuruna göre başlangıçta emredilen hareketin yapılması tek başına kanuni tipin meydana gelmesini önleyemeyecekse ihmali suçta icra hareketleri tamamlanmıştır. Bu durumda, fail tasavvuruna göre sonucun doğması için her şeyi yaptığını, daha doğrusu bütün ihmali gösterdiğini düşünmektedir.⁸² Örneğin bir anne, aç bıraktığı için güçten düşmüş çocuğunu, sadece onu yeniden besleyerek değil doktora götürerek kurtarabilir; ya da demir yolu bekçisi, tren son makası da geçmişse artık sadece ihmal ettiği davranışı yerine getirmekle çarpışmayı önleyemez; daha fazla bir şey yaparak, örneğin telsizle haber vererek önleyebilir. Yine, baygın halde suya batmış olan kişinin sadece sudan çıkarılması yetmez; onu yeniden hayata döndürmek için girişimlerde bulunmak gerekir.⁸³ Bu olaylarda suçun icra hareketlerini bırakmak, yani başta emredilen hareketi yapmak failin tasavvuruna göre artık kanuni tipin önlenmesine yetmemektedir; failin sonucu gönüllü olarak önlemesi, yani başlangıçta emredilen hareketin yapılmasını aşan başkaca tedbirler alması ve bunların başarıya ulaşması gerekir.⁸⁴

⁷⁹ Lilie/Albrecht, LK, § 24 Kn. 322; Eser, SS, § 24 Kn. 28; Wessels/Beulke, AT., Kn. 743.

⁸⁰ Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 27 Kn. 26; Eser, SS, § 24 Kn. 28; Gropp, AT., § 9 Kn. 72; Kuhl, AT § 18 Kn. 152.

⁸¹ Lilie/Albrecht, LK, § 24 Kn. 323.

⁸² Eser, SS, § 24 Kn. 29; Gropp, AT., § 9 Kn. 72; Kuhl, AT., § 18 Kn. 154; Otto, AT., § 19 Kn. 88; Wessels/Beulke, AT., Kn. 744.

⁸³ Eser, SS, § 24 Kn. 29; Wessels / Beulke, AT., Kn. 744.

⁸⁴ Eser, SS, § 24 Kn. 30; Lilie/Albrecht, LK, § 24 Kn. 324.

Sonuç

İhmal suçları salt ihmal suçları ve ihmal suretiyle icra suçları olmak üzere ikiye ayrılır. Salt ihmal suçlarına teşebbüs mümkün değilken, ihmal suretiyle icra suçlarına teşebbüs mümkündür.

İhmal suçlarına teşebbüs konusunda en önemli problem icra suçlarında olduğu gibi icranın ne zaman başladığı konusundadır. İhmali hareketin yapısı gereği, yani bir yapma davranışı yerine bir yapmaktan ibaret olması nedeniyle icra suçundan farklı bir şekilde düşünmeyi gerektirmektedir. Bu nedenle de bu suçlarda icraya başlama konusunda icrai suçlardan farklı teoriler ortaya atılmıştır. Ancak kanaatimizce bu teoriler bakımından da teşebbüsün doğasına uygun bir çözümü benimsemek gerekir. Bu bakımdan, mademki teşebbüsün doğasında kanuni tipte aranan sonucun gerçekleşmemesi ancak korunan hukuki değer bakımından bir tehlike meydana gelmesi vardır; öyleyse icraya başlama anı bakımından da ne kişi özgürlüğünü kısıtlayacak kadar erken zamanı ne de mağdurun korunmasını zayıflatacak kadar geç bir zamanı değil, hukuki değer bakımından bir tehlike oluşmasını esas almak gerekir. Bu açıdan icraya başlama anını mümkün olduğu kadar kanuni tipteki harekete yakınlaştırmak gerekir. Bu nedenle biz yukarıda belirtilen teorilerden tehlikeye sokma kriterini benimsiyoruz. Ancak tehlikeye sokma kriterinin de Roxin'in yaptığı gibi iki farklı duruma göre değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Buna göre, eğer olay hala failin kontrolünde ise bu durumda mağdur bakımından bir tehlike doğması anını icranın başlangıcı olarak kabul edilmeli, yok eğer olay failin hakimiyetinden çıkmışsa tehlikenin bu andan itibaren başladığı kabul edilmelidir.

İhmal suçlarından gönüllü vazgeçme bakımından da icra suçlarından farklı düşünmek gerekir. İcra suçlarında icrai hareketin yapısı gönüllü vazgeçme hükmünde öngörülen iki türdeki vazgeçmeye uygundur. Yani icranın devam ettirilmemesi şeklinde ve icra hareketleri tamamlandıktan sonra neticenin önlenmesi şeklinde olabilmektedir. Ancak ihmali hareketin yapısı gereği ihmali bir suçtan dönmek her zaman aktif bir davranışta bulunmayı ve neticeyi önlemeyi gerektirmektedir.

KAYNAKLAR

- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2007.
- Backmann, Leonhard, *Strafbarkeit des bei Tatbeginn zurücktretenden Tatbeteiligten wegen vollendeter Tat*, BGHSt 28, 346, JuS 1981.
- Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bielefeld 2003.
- Blei, Hermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 12. Auflage, München 1996.
- Borchert, Uwe/Helmann, Uwe, *Die Abgrenzung der Versuchsstadien des § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB anhand der objektiven Erfolgstauglichkeit*, GA 1982.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Üçüncü Bası, İstanbul 2005.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C.I, 11. Bası, İstanbul 1994.
- Ebert, Udo, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2001.
- Eser, Albin, Versuch, in: *Schonke/Schröder Strafgesetzbuch-Kommentar*, 26. Auflage, München 2001.
- Freund, George, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Personale Straftatlehre, Berlin 1998.
- Gropp, Walter, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 3.Auflage, Berlin-Heidelberg, 2005.
- Hafizoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 194.
- Haft, Fritjhof, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Münschen 2004.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Ankara 2003.
- Heinrich, Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Stuttgart 2005.
- Herzberg, Rolf Dietrich, Versuch, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1.
- Herzberg, Rolf Dietrich, *Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, MDR 1973.

- İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsün /Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./Ünver, Yener, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul 2000.
- Jacobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-Newyork, 1991.
- Jescheck, Hans Heinrich / Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996.
- Kohler, Michael, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Berlin/Heidelberg 1997.
- Krey, Volker/Heinrich, Manfred, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 2, 2. Auflage, Stuttgart 2004.
- Kuhl, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München 2002.
- Kuper, Wilfried: Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, ZStW 112 (2000).
- Lilie, Hans/Albrecht, Dietlinde, Rücktritt, in: *Leipziger Kommentar (LK), Strafgesetzbuch-Grosskommentar*, 1. Band, 11. Auflage, Berlin 2003.
- Lonnies, Otward, *Rücktritt und Taetige Reue beim unechten Unterlassungsdelikt*, NJW 1962.
- Maurach, Reinhart/Gossel, Heinz/Zipf, Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 2, Heidelberg 1989.
- Meyer, Jürgen, *Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit*, ZStW 87 (1975).
- Mezger Edmund, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. Auflage, Berlin / München 1949.
- Otto, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 6. Auflage, Berlin 2000.
- Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992.
- Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Kanunununun Anlamı*, Ankara 2005.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa R., *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2006.
- Roxin, Claus, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003.
- Roxin, Claus, *Tatentschluss und Anfang der Ausführung beim Versuch (Tatentschluss)*, JuS 1979.

- Rudolphi, Hans Joachim, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 1977.
- Schroder, Horst, *Die Freiwilligkeit des Rücktritts*, MDR 1956.
- Selçuk, Sami, Suç, Suç Yürüngesi ve Kalkışmanın Konumu, AD., Yıl 74 (1983), Özel Sayı S. 5.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası Ankara 2005.
- Soyaslan, Doğan, *Teşebbüs Suçu*, Ankara 1994.
- Sözüer, Adem, *Suçta Teşebbüs*, Ankara 1994.
- Stratenwerth, Günter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 2000.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2007, s. 111-112.
- Trondle, Herbert / Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze (StGB)*, 51. Auflage, München, 2003.
- Vogler, Theo, Versuch, in *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Grosskommentar*, 1. Band Einleitung, §§ 1 bis 31, 10. Auflage, Berlin 1985.
- Wessels, Johannes / Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 33. Auflage, Heidelberg 2003.
- Zaczyk, Rainer, *Versuch, Rücktritt*, in *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden Baden 2005.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YARGI HARÇLARINA BAKIŞI: YİĞİT VE ÜLGER DAVALARI IŞIĞINDA HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE YARGI HARÇLARI İLİŞKİSİ

Burak PINAR*
Nedim MERİÇ**

I. İNCELEME KONUSU KARARLAR

A. Mehmet ve Suna Yiğit / Türkiye Davası¹

1. İnceleme Konusu Karar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 17.07.2007 tarihli kararı, Mehmet Yiğit ve Suna Yiğit adlı iki Türk vatandaşının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 34. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı 4 Ağustos 1999 tarihinde yaptığı başvurudan (no. 52658/99) kaynaklanmaktadır.

27 Haziran 1997'de, başvuruculara o tarihte yedi aylık olan kızları E. Yiğit, doğumdan gelen kalça çıkığı nedeniyle Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nde ameliyat edilmiştir. Ameliyat sırasında kalbi duran E. Yiğit komaya girmiştir. 13 Temmuz 1997'de komadan çıkmış, fakat kolları ve bacakları hareket kabiliyetini yitirmiştir. Başvurucular 13 Mayıs 1998'de Dicle Üniversitesi Rektörlüğü'ne başvurarak, sağlık personelinin ameliyat sırasında ihmalleri bulunduğu iddiasıyla, sebep olunan maddi ve manevi zararlar için tazminat istemişlerdir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda öngörülen 60 günlük süre içinde kendilerine bir cevap verilmemiştir. 11 Ağustos 1998'de

* Ar. Gör., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Maliye Anabilim Dalı.

** Ar. Gör., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Başvuru No: 52658/99 17.07.2007

başvurucular Diyarbakır İdare Mahkemesi'ne tazminat talebiyle dava açmışlardır. Başvurucular ayrıca mahkeme harçlarından muaf tutulmak için adli yardım istemişlerdir; Mehmet Yiğit muhtarlıktan fakirlik belgesi almıştır. Diyarbakır İdare Mahkemesi, usuli sebeplerle dilekçeyi reddetmiş, bir ay içinde dilekçedeki kusurların düzeltilerek yeni bir dava açılabilceğini belirtmiştir. Başvurucular 19 Ekim 1998'de Diyarbakır Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurarak mahkeme harçlarını ödemekten muaf tutulmalarını istemişler; mahkeme başvurucuların talebini kabul etmiştir. Başvurucular 23 Ekim 1998'de, ilk dilekçelerindeki usul yönünden kusurları düzelterek, Diyarbakır İdari Mahkemesi'nde yeni bir dava açmışlardır. Başvurucular bu dilekçelerinde adli yardım ve mahkeme harçları konusundaki taleplerini tekrarlamışlardır. Diyarbakır İdare Mahkemesi 17 Kasım 1998'de, başvurucuların adli yardım taleplerini reddetmiştir. İdare Mahkemesi, başvurucuların avukatla temsil edildiklerine göre, adli yardıma ihtiyaçları olmadığını kabul etmiştir.² İdare Mahkemesi bu kararı verirken, Danıştay'ın konuyla ilgili içtihatlarına ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na gönderme yapmıştır. İdare Mahkemesi 1 Aralık 1998 ve 4 Şubat 1999 tarihlerinde, başvuruculara mahkeme harçları için 180.000.000 TL (yaklaşık 514 Euro) ödemeleri gerektiğini bildirmiştir. Başvurucular 8 Mart 1999 tarihinde idare mahkemesine başvurarak, 17 Kasım 1998 tarihli kararın düzeltilmesini talep etmişlerdir. Başvurucular dilekçelerinde başka şeylerin yanında, mahkeme harçlarını ödeyebilecek imkanlarının olmadığını ve taleplerinin reddedilmesi halinde bunun mahkemeye başvurma haklarını ihlal edeceğini belirtmişlerdir. Diyarbakır İdare Mahkemesi 16 Nisan 1999'da, başvurucuların harçları ödemedikleri gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına karar vermiştir. Danıştay 16 Ekim 2001'de, Diyarbakır İdare Mahkemesi'nin 16 Nisan 1999 tarihli kararını onamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "*mahkeme hakkı*"nın mutlak olmadığını belirterek bu hakkın üstü örtülü sınırlamalara tabi olduğunu; mahkemeye başvurma hakkının, niteliği gereği devlet tarafından düzenlenmeyi gerektirdiğini ifade etmiştir. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası, davanın taraflarına "*kişisel hak ve yükümlülükleri*"nin karara bağlanması için etkili bir şekilde mahkemeye başvurma hakkı tanımakla birlik-

² Başvurucuların avukatlarıyla dava sonucuna bağlı ücret sözleşmesi bulunmaktadır.

te, devlete de bu amaç için kullanılacak araçları seçme serbestliği vermektedir. Sözleşmeciler devletler bu konuda belirli bir takdir alanını kullanmakla birlikte, Sözleşme'nin gereklerine uyulup uyulmadığı hakkında nihai kararı vermek Mahkeme'ye düşen bir görevdir (bkz. 19.06.2001 tarihli Kreuz - Polonya kararı, prg. 53).

Bir mahkemeye veya yargı yerine başvurma hakkına getirilen bir kısıtlama meşru amaç izlemiyorsa ve kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen meşru amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmuyorsa, Sözleşme'nin 6 (1). fıkrasıyla bağdaşmaz (bkz. 13.07.1995 tarihli Tolstoy Miloslavsky - Birleşik Krallık kararı, prg. 59). Mahkeme'nin içtihatlarına göre adaletin yararı için mali sınırlamalar getirebilir. Geçmişte Mahkeme, hukuk mahkemelerinden karara bağlamaları istenen taleplerle ilgili olarak harç ödenmesi şartının, mahkemeye başvurma hakkı üzerinde kendiliğinden Sözleşme'nin 6 (1). fıkrasıyla bağdaşmayan bir sınırlama olarak görülemeyeceğine karar vermiştir. Bununla birlikte Mahkeme, başvuru hakkının ödeme kabiliyeti gibi, belirli bir davanın özel şartları ışığında takdir edilen harcın miktarı ve kısıtlamanın konduğu dava aşaması, bir kimsenin mahkemeye başvurma ve *"bir yargı yeri tarafından yargılanma"* hakkından yararlanıp yararlanmadığına karar verilirken bakılması gereken faktörlerdir, (bkz. Kreuz, yukarıda geçen karar, prg. 60). Dolayısıyla mevcut olayda Mahkeme, başvuruculara getirilen mahkeme harçlarını ödeme şartının, mahkemeye başvurma haklarına aykırı bir kısıtlama oluşturup oluşturmadığını belirlemelidir.

Mahkeme, başvurucuların kızlarının Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde ameliyat edildiğini ve ameliyat sırasında komaya girdiğini kaydeder. Başvurucuların kızları daha sonra komadan çıkmış, fakat kolları ve bacakları hareket kabiliyetini yitirmiştir. Bu olaydan sonra başvurucular Dicle Üniversitesi'ne karşı tazminat davası açmak istemişlerdir. Bu davayı açabilmeleri için başvuruculardan 180.000.000 TL mahkeme harcı ödemeleri istenmiştir. Bu noktada belirtilmelidir ki, olayların geçtiği Aralık 1998'de bu miktar aylık asgari ücretin dört katıdır. Yine olayların geçtiği tarihte başvurucuların geliri olmadığı tartışmasız bir durumdur. Başvurucuların Diyarbakır İdare Mahkemesi'ne sundukları belgeler, bu durumu desteklemektedir. Dahası, Ekim 1998'de Diyarbakır Asliye Hukuk Mahkemesi, bu belgelere dayanarak, başvurucuların mahkeme harçlarını ödemekten muaf tutulmalarına karar vermiştir. Yukarıda anlatılanlara göre Mahkeme,

İdare Mahkemesi tarafından ödenmesi istenen mahkeme harç miktarının başvuru için aşırı bir külfet olduğunu kabul etmektedir.

İdare Mahkemesi, başvuru sahiplerinin mahkeme harçlarından muafiyet talebini reddederken, Danıştay'ın bir avukatla temsil edilen davacılar için adli yardım verilemeyeceğini belirten içtihadına gönderme yapmıştır. Mahkeme, Sözleşme'nin 19. maddesi gereğince görevinin, ulusal mahkemelere başvurmayı düzenleyen en uygun tutumun belirlenmesinde kendini yetkili ulusal makamların yerine koymak olmadığını hatırlatır. Ayrıca Mahkeme, bir mahkemeyi bir kararı değil de, başka bir kararı vermeye götüren olayları yeniden değerlendiremez. Mahkeme'nin buradaki rolü, ulusal makamların takdir yetkileri içinde verdikleri kararların Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemekle sınırlıdır (bkz. Tolstoy Miloslavsky kararı). Bununla birlikte Mahkeme, mevcut olayda İdare Mahkemesi'nin adli yardım talebini reddederken gösterdiği gerekçenin tamamen yetersiz olduğunu düşünmektedir. Başvuru sahiplerinin tazminat davasını izlemesi için avukat tuttukları doğrudur; ancak, bu demek değildir ki, başvuru sahipleri mahkeme harçlarının ödeme imkânına sahiptir. Dahası, başvuru sahiplerinin avukatı ulusal mahkemelere, davayı izlemek için başvuru sahiplerinden her hangi bir ücret almadığını, fakat başvuru sahiplerinin davanın sonunda alacakları tazminatın belirli bir oranının kendisine ödemeleri konusunda anlaşmalarını söylemiştir.

Mahkeme'ye göre hiç bir gelirleri olmayan başvuru sahiplerinden, o sıradaki aylık asgari ücretin dört katı bir miktarı bulan mahkeme harçlarını ödemelerinin istenmesi, orantılı bir kısıtlama olarak kabul edilemez. Mahkeme, mevcut olayda, başvuru sahiplerinin mahkemeye başvurma hakları üzerinde orantısız bir kısıtlama bulunduğu sonucuna varmaktadır. Bu nedenle Sözleşme'nin 6 (1).fıkrası bu yönden ihlal edilmiştir.

2. Olayın Özeti

Dava konusu olayda; davalı kurum sağlık görevlilerinin kusurlu oldukları gerekçesi ile açılan davada davacı, fakirlik belgesi, adına kayıtlı taşınmaz bulunmadığına dair yazı ve vergi ödemediklerine dair belgelerle mahkeme harçlarından muaf tutulma talebinde bulunmuş; İdare mahkemesi ise, Danıştay içtihatlarına dayanarak, başvuru sahiplerine

rın avukatla temsil edildikleri gerekçesi ile adli yardım taleplerini reddetmiştir. Davacı tarafa bildirilen 180 milyon TL (yaklaşık 514 Euro) tutarındaki harç yatırılmadığından bahisle davacı idare mahkemesi davanın açılmamış sayılmasına karar vermiş, bu karar Danıştay tarafından onanmıştır. Davacı taraf Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurarak, mahkemeye başvuru haklarının ihlâl edildiği iddiasında bulunmuştur.

B. Ülger / Türkiye Davası³

1. İnceleme Konusu Karar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 17.07.2007 tarihli kararı, bir Türk vatandaşı olan Muharrem Ülger'in Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 34. maddesine göre 10 Haziran 2002 tarihinde Mahkeme'ye yaptığı başvurudan kaynaklanmaktadır.

Ankara İş Mahkemesi 13 Mart 2001 tarihinde başvurucuya kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve ödenmeyen maaşlar için toplam 9.424,50 (dokuz bin dört yüz yirmi dört buçuk) Dolar ödenmesine hükmetmiştir. Kararda, karar nispi harcının 524.190.700 Türk Lirası (o tarihte 598 Euro) olduğu belirtilmiştir. Bu miktardan başvurucunun davanın başında ödediği miktar düşüldükten sonra, kalan miktarın davalı şirket tarafından ödenmesi öngörülmüştür. İş Mahkemesi 22 Mayıs 2001'de, harem şirketten alınmasını bir yazıyla ilgili vergi dairesine bildirmiştir. Başvurucunun avukatı 10 Aralık 2001'de İş Mahkemesi'ne bir dilekçeyle başvurarak, icra takibinin başlatılabilmesi için kararın bir örneğinin kendisine verilmesini istemiştir. Başvurucunun avukatı başvurucunun davayı kazandığını, davalı şirketin tazminatla birlikte avukatlık ücretini ve yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edildiğini söylemiştir. Başvurucunun avukatı, karar tarihinde şirketin adresi bilindiği halde, mali kriz içine girmiş olması nedeniyle başka bir yere taşınmak suretiyle borçlarını ödemekten kurtulmaya çalışabileceği riski bulunduğunu söylemiştir. Avukat ayrıca başvurucunun kararı alabilmek için yargılama giderlerini ödemek istediğini ancak ödeme gücü bulunmadığını belirtmiştir. İş Mahkemesi aynı gün, karar harcı

³ Başvuru No: 25321/02 26.06.2007.

ödenmedikçe kararın ilgiliye verilmeyeceğini belirten 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 28(a) bendi gereğince, başvurucunun talebinin reddine karar vermiştir. Böylece başvurucu, yukarıda sözü edilen kararın icra edilebilmesi için gerekli icra takibine başlayamamıştır. Bu arada şirketin başka bir yere taşındığı anlaşılmıştır.

Hükümet davadaki savunmasında, yetkili makamlar tarafından kararın icrasının reddedilmesinin söz konusu olmadığını söylemiştir. Kararın icra edilememesinin nedeni, gerekli harcın ödenmeden önce kararın başvurucuya verilmesinin mümkün olmamasıdır. O halde kararın başvurucuya verilmemesi, iç hukuka uygun davranmanın bir gereği olup, mahkeme de harcın davalı şirketten alınmasını bir yazıyla ilgili vergi dairesine bildirmiştir. Hükümet, başvurucu yargı giderlerini ödemiş olsaydı, icra takibinin de mümkün hale geleceğini belirtmiştir. Harçlar Kanunu'nun 32. maddesi, yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılmayacağını, ancak taraflardan biri tarafından yapılacak ödemenin yargılamanın sonunda dikkate alınacağını öngörmektedir. Bir başka deyişle, başvurucu harcı ödemek suretiyle icra takibini başlatabilir, daha sonra alacağın kalan kısmıyla birlikte bu miktarı da geri alabilirdi. Hükümet böylece lehine olan kararın icra edilmemesinden bizzat başvurucunun sorumlu olduğu, çünkü iç hukuktaki bu tür bir imkânı kullanmadığı sonucuna varmıştır.

Başvurucu bu yasayla devletin, harcı davayı kaybettiği mahkemelerce kabul edilmiş taraftan, zarar gören taraf bir kez daha mağdur edilmek suretiyle toplanmasını sağladığını savunmuştur. Başvurucu, bu uygulama nedeniyle haklı olan tarafın, kaybeden tarafça ödenmesi gereken harcı ödemediği veya ödeyemediği için, mahkeme kararlarıyla hükmedilen miktarı alamadığını belirtmiştir.

Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının herkesin kişisel haklarına ve yükümlülüklerine ilişkin uyuşmazlıklarını bir mahkeme veya yargı yeri önüne getirme hakkını güvence altına aldığını hatırlatır. Böylece bu fıkra, mahkemeye başvurma hakkının, yani kişisel konularda dava açma hakkının bir yönünü oluşturduğu "*mahkeme hakkı*"nı içermektedir. Ne var ki, bir sözleşmecî devletin hukuk sisteminin, nihai ve bağlayıcı bir yargısal kararın davanın taraflarından birinin aleyhine olarak hükümsüz kalmasına imkân vermesi halinde, bu hakkın içi boş olacaktır. Sözleşme'nin 6 (1). fıkrasının uyuşmazlığın taraflarına muhakemenin adilliği, aleniliği ve süratliliği konusunda usul güvencelerini ayrıntılı bir şekilde tanıdığı halde, yargısal kararı yerine getiril-

mesini korumayacağı düşünülemez. Sözleşme'nin 6. maddesini mahkemeye başvurma hakkı ve davanın yürütülmesiyle sınırlı bir şekilde yorumlamak, sözleşmeciler devletlerin Sözleşme'yi onaylarken saygı göstermeyi üstlendikleri hukukun üstünlüğü prensibiyle bağdaşmayan durumlara yol açabilecektir. O halde bir mahkeme tarafından verilen hükmün yerine getirilmesi, Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından "yargılama"nın bütünüleyici bir parçası olarak görülmelidir (bkz. 19.03.1997 tarihli Hornsby-Yunanistan kararı ve 07.05.2002 tarihli Burdov-Rusya kararı).

Mahkeme'ye göre icra takibi/davası yargılamanın bütünüleyici bir parçası olduğundan, mahkeme hakkı, "kişisel hak ve yükümlülükler" in karara bağlanmasında ilk derece ve üst mahkemelere başvurma hakkının yanında (bkz. 19.06.2001 tarihli Kreuz-Polonya kararı), icra takibine başvurma hakkını da aynı ölçüde korumaktadır (bkz. Manolescu ve Dobrescu-Romanya kabul edilebilirlik kararı, no. 60861/00).

Mevcut olay bakımından Mahkeme, başvuru masraflarının söz konusu kararın icrasından sonra geri alıp alamayacağı meselesinin, başvuru masraflarının Sözleşme'nin 6 (1). fıkrası bakımından yaptığı şikayetle ilgili olmadığını düşünmektedir. Buradaki mesele, kaybeden tarafça ödenmesi gereken harcı önceden ödeme yükümlülüğünün, başvuru masraflarının lehine olan bağlayıcı kararı almasını ve daha sonra icra takibini başlatabilmesini engellenmiş olmasıdır. Bu bağlamda mahkemeye başvurma hakkının mutlak olmadığı, fakat sınırlamalara tabi tutulabileceği hatırlanmalıdır. Mahkemeye başvurma hakkı niteliği gereği devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirdiğinden, bu sınırlamalara zımnen izin verilmiştir. Ne var ki, uygulanan sınırlamaların bireye tanınmış olan başvurma imkânını, hakkın özünü zedeleyecek ölçüde kısıtlamadığına veya daraltmadığına Mahkeme'nin ikna olması gerekir. Dahası bir sınırlama, meşru bir amaç izlemedikçe ve gerçekleştirilmek istenen amaç ile kullanılan araç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadıkça, Sözleşme'nin 6 (1). fıkrasına uygun olmaz (bkz. 18.02.1999 tarihli J.Vaite ve Kennedy-Almanya Büyük Daire kararı ve 28.11.2006 tarihli Apostol-Gürcistan kararı).

Hükümet, kararın icra edilmemesinin, mahkeme masrafları ödenmedikçe, iç hukuka göre kararı ilgili tarafa vermenin mümkün bulunmamasından kaynaklandığını söylemiştir. Ancak Mahkeme, ulusal mahkemenin Harçlar Kanunu'nun 28 (a) bendine dayanmak su-

retiyile, başvuruçunun bu mali yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde kararı almasını ve böylece icra takibine başvurmamasını önleyen bir mali yükümlülük yüklediğini kaydeder. Mahkeme, bir kimsenin mahkemeye başvurma hakkından yararlanıp yararlanmadığını belirlerken, yüklenen mahkeme masrafının miktarının makul olup olmadığı, başvuruçunun bunu ödeme kabiliyeti ve yükümlülüğün yüklendiği muhakeme aşaması gibi, her bir olayın içinde bulunduğu özel şartları değerlendirir (bkz. Kreuz kararı). Bu bağlamda Mahkeme, başvuruçunun bir inşaat işçisi olduğunu gözlemlemektedir. Başvuruçucu ödenmemiş maaşlarını alabilmek için davalı şirkete karşı dava açmıştır. Ulusal mahkeme başvuruçunun taleplerini, kısmen kabul etmiş ve yaklaşık 10.000 Euro tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Ödenmesi gereken mahkeme masrafı ise 598 Euro civarındadır. Başvuruçucu alacağını almak için harcı ödemek istediği halde, bunu ödeyebilecek gücünün olmadığı anlaşılmaktadır.

Mahkeme, Sözleşme'nin 6 (1). fıkrasındaki hakları etkili bir şekilde koruma yükümlülüğünü yerine getirmenin, sadece bir müdahalede bulunmama anlamına gelmediğini, fakat devletin pozitif bir tutum almasını da gerektirebileceğini hatırlatır (bkz. Kreuz kararı). Mahkeme, devletin mahkeme masraflarını karşılama sorumluluğunu bütünüyle başvuruçuya geçirmekle, hem hukuken ve hem de uygulamada etkili olan bir kararlar icra sistemini oluşturma şeklindeki pozitif yükümlülükten kaçındığını düşünmektedir (bkz. 07.06.2005 tarihli Fuklev-Ukrayna kararı). Ayrıca mevcut olayda, mahkeme masraflarının miktarı ve ödenmesi, başvuruçunun bunu ödeyebilme gücü ile bu hizmet için yapılması gereken iş, yani sadece kararın bir kopyasının verilmesi arasında makul orantılılık ilişkisinin de göz önünde tutulmuş olması gerekirdi.

Yukarıdaki düşünceler ışığında Mahkeme, kararın bir kopyasını alabilmek için başvuruçuyu harcı ödemekle yükümlü tutmanın, kendisine aşın bir külfet yüklediğini ve mahkemeye başvurma hakkının özünü zedeleyecek ölçüde başvuruçunun hakkını sınırlandırdığını tespit etmektedir. Bu nedenle Sözleşme'nin 6 (1). fıkrası ihlal edilmiştir.

2. Olayın Özeti

Dava konusu olayda; davalı şirket adına açılan davada mahkeme davalı tarafın davacıya kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ile ödenmemiş

aylıklar olmak üzere toplam 9.424.50 Dolar ödemesine ve 524.190.700 lira (o tarihte 598 Euro) nispi karar harcı davacı tarafın davanın başında ödenen tutar düşüldükten sonra yüklenmesine karar vermiştir. Davacı tarafa icra takibini başlatmak amacıyla kararın bir suretinin kendilerine verilmesini istemiş ve fakat kararı veren iş mahkemesi nispi karar harcı ödenmediği sürece kararın ilgisine verilmeyeceğini Harçlar Kanunu 28 (a) hükmüne dayanarak bu talebi reddetmiştir. Davacı taraf Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurarak, kararın kendisine verilmemesi sebebiyle hak arama özgürlüğünün ihlâl edildiği iddiasında bulunmuştur.

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. (Yargılama Hukuku Açısından) Hak Arama Özgürlüğü(nün Genel Esasları)

Hukuk devletinin bir gereği olarak bireyler hakları ihlâl edildiği ya da tehlikeye düştüğü durumda, hukukî korunma için devlete başvurmak zorunda olup, kendiliğinden hak arama yetkisine sahip değildirler. Bireylere tanınan bu hak, devletin anayasal teminatı altındadır. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrası,⁴ hak arama özgürlüğü adı altında hukukî koru(n)ma talebine yönelik gerekli anayasal teminatları bireylere vermektedir. Evrensel nitelikli⁵ bu teminattan taraf vazgeçemez.⁶

Hak arama özgürlüğü, medenî yargılama hukukunda dava hakkı, icra takibi hakkı, hakeme başvuru hakkı gibi yollara başvurabilmeyi ifade etmektedir.⁷ Bu yollardan özellikle dava hakkı, anayasal anlam-

⁴ "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

⁵ Bu hususun doğal hukukta kökleri olan evrensel (pozitif hukuk üstü) bir kavram olduğuna ilişkin diğer düzenlemeler için bkz. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi m. 8 "Her şahsın kendisine Anayasa veya kanun ile tanınan ana haklara aykırı muamelelere karşı fiili netice verecek şekilde milli mahkemelere müracaat hakkı vardır." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6/I ilk cümle: "Herkes, gerek medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizam, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir."

⁶ Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 43; Ballon, s. 464; Dolinar, s. 60; Fasching, s. 431,432; Holzhammer, s. 3.

⁷ (Esra) Atalay, s. 449.

da davacının davalıya karşı maddî hukukta belirtilmiş olan hakkından bağımsız şekilde devletin yargı organlarına başvurmada ve başvurulan yargılamada işlemlerin muhatabı olmayı ifade etmesi⁸ dolayısıyla önem taşımaktadır. Bu hakkın tanınmaması veya kullanılmasının engellenmesi hallerinde bu hakkın ihlâl edildiği düşünülmelidir. Buna göre dava hakkı, kişilere dava açma hakkını ve bunun kullanılmasındaki anayasal güvenceyi ifade etmektedir. Doktrinde (soyut) dava hakkının artık anayasal hukuk sahasına ilişkin bir kavram olduğu, anayasal güvence altına alınmış bir üstün hakkı nitelendirdiği, devletin hukuk devleti olması ve hakların etkin şekilde temin edilmesiyle yükümlü olması ile ifade edilmektedir.⁹ Anayasal açıdan devletin sübjektif menfaatlerin korunmasına, gerçekleştirilmesine yönelik himaye taleplerinin muhatabı olması, ihkâki hak yasağından dolayı bireyin devletin hukukî korunma alanında mutlak anlamda faaliyet göstermesini ve bu faaliyetin “*etki doğurucu nitelikte*” olmasını ifade eder.¹⁰ Başka bir deyişle adaleti sağlama talebi, hukukî korunmanın garanti edilmesine yönelik birey talebini karşılar¹¹ ve hukukun üstünlüğünü yerine getirir.¹²

Soyut dava hakkı bu anlamıyla, dava konusu yapılan hakkın ya da objektif hukuka ilişkin talebin maddî hukuktaki durumunun incelenmesi ve usulî açıdan talep edilmesini ifade etmemektedir.¹³ Bu sebeple bireyin devletin hakkın gerçekleştirilmesi faaliyetini yerine getirmesine ilişkin sahip olduğu talep hakkı (*Justizgewährungsanspruch*), bireyin sübjektif menfaatine uygun hüküm verilmesini talep hakkı (*Rechtsschutzanspruch*) ile bir değildir.¹⁴ Bireyin dava konusu yaptığı hakkın

⁸ Tuluay, s. 116; Hellwig, s. 10, dn. 24; Pekcanitez, Adil Yargılama, s. 36 vd., s. 55.

⁹ Bkz. Akkan, s. 31. Krş. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 42 vd. Ayrıca bkz. Karafâkih, s. 113; Berkin, s. 59; Ansay, s. 200, 201; Belgesay, Şerh, s. 131; Belgesay, Teori, s. 54, 55.

¹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 42 vd.; Christoph, s. 13, kn. 19 dn. 1; Markus, s. 2 kn. 4; Pekcanitez, Adil Yargılama, s. 55.

¹¹ Rechberger- Simotta, s. 6, kn. 11. *Üstündağ* ise her iki kavram yerine “*dava edebilme imkânı*” kavramını kullanmaktadır, Bkz *Üstündağ*, s. 268.

¹² Bkz ve krş. Golder v. United Kingdom, , 21.02.1975, parç.34 -36, (İnceoğlu, s.107).

¹³ Henckel, s. 5, 12.

¹⁴ Wolfgang, s. 2. Dava hakkının basit bir yetki olduğu, hukukî bir ilişki olduğu, kamu işlemi olduğu, kamu işlevi olduğu, genel hakkın bir görünümü olduğu, yenilik doğuran hak olduğu da ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuluay, s. 106, dn. 20 ve s. 118 dn. 52.

ya da objektif hukuka ilişkin talebin maddî hukuktaki durumunun incelenmesi ve usulî açıdan ifade edilmesi esasen medenî yargılama hukukunun konusudur.¹⁵ Bu farklılığa dikkat çeken *Rosenberg* bu sebeple medenî yargılamada hukukî himaye talebi (*Rechtsschutzanspruch*) kavramının söz konusu olduğunu belirtir ve bunu soyut dava hakkından ayırır.¹⁶ Bu durumda devletin görevi, davanın çeşidine bakılmaksızın, ihlal edilen taraf menfaatinin yerine getirilmesini sağlamaktır.¹⁷ Bu yolla taraflar menfaatlerine ilişkin kesin hüküm elde etmekte ve çekişmeyi sona erdirmektedir.¹⁸ Medenî yargılama hukuku bu durumda tarafların özel hukuk ilişkilerini gerçekleştirdikleri ve böylelikle menfaatlerine ilişkin hukukî koruma sağlayan bir araç işlevi görmektedir.¹⁹

B. Hak Arama Özgürlüğünün Kapsamı

Hak arama özgürlüğü, bireyin her türlü yolla hakkını araması anlamına gelmeyip, sadece yasal olanaklardan yararlanarak hakkını aramasını ifade etmektedir (Any. m. 36). Bunun medenî yargılama hukuku için ifade ettiği öncelikli anlam, dava açarak hakkın temin edilmesidir. Dava açma hakkını kullanan bireyin bu özgürlüğü, bu hakkın kullanımının gerekliliklerini yerine getirme yükümlülüğünü de beraberinde getirmektedir. Bu yükümlülüğün bir tarafını medenî yargılama hukukuna ilişkin anayasal esaslar oluşturmakta olup, muhatabı devlettir. Devletin yargı organı bu yükümlülük sebebiyle yargısal faaliyeti anayasal esaslara göre yürütmek ve sonlandırmak zorundadır.²⁰ Bu durum, maddi anlamda hukuk devleti olma ile ilgilidir.²¹

Hak arama özgürlüğünün sebep olduğu yükümlülüğün diğer tarafını ise yargılama faaliyetine ilişkin tarafa yüklenen görev normları ve bu normların taraflara yükledikleri ödevlerin yerine getirilmesi

¹⁵ Henckel, s. 5, 12.

¹⁶ Rosenberg-Schwab-Gottwald, s. 18.

¹⁷ Hellwig, s. 8.

¹⁸ Bkz.17. HD, 15.02.2001, 672/638, (YKD Mayıs 2001), s. 711; 1. HD, 11.12.2000, 15369/15537, (YKD Temmuz 2001), s. 984. Aynı yönde bkz. Gürdoğan, s. 40; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 510; Postacıoğlu, Kesin Hüküm, s. 11 vd.; Gaul, s. 95.

¹⁹ Goldschmidt, s. 150. Ayrıca bkz. Gottwald, s. 2; Stürner, s. 51.

²⁰ Özekes, s. 51.

²¹ Hatemi, s. 19; Ökçesiz, s. 47; Bauer, s. 32, 40; Wertenbruch, s. 495.

oluşturmaktadır. Dürüstlük ilkesi, usulüne uygun dava dilekçesi vermek, ihlâl edildiği hakkını ferdileştirmek, özel hukuktaki hakkın temininin sağlanması çalışmalarına ilişkin gerekli masrafları karşılamak bu ödevlerdendir. Medenî usul hukuku sahasında hakkını gözetmek konumunda olan taraf, bu ödevlere aykırı davranırsa, yargılama faaliyetinden beklediği menfaatin dengelenmesi işlevi yerine gelemeyecektir. Özel hukukta demek ki hak arama özgürlüğü, yargılama kurallarına bağlı bir sınırlamaya uğramaktadır. Bu kurallara bağlı kalınarak gereğini yerine getirmek tarafın ihlâl edilen menfaatinin yeniden tesisi için bir zorunluluk oluşturmaktadır. Yargılama kurallarına bağlılığın dışında dava konusu edilen menfaat ile taraf ilgisi ve medenî yargılamada taraf hâkimiyetini ifade eden ilkelerin söz konusu olması da taraflara yüklenen ödevler için haklılık oluşturacaktır.

C. Hak Arama Özgürlüğünün Güvencesi: Sosyal Devlet İlkesi (ve Adli Yardım)

Medenî yargılama hukukunda taraf menfaatinin temini söz konusu olduğundan, adli hizmetten faydalanmanın karşılığı olarak ortaya çıkan masraflardan bir kısmı²² harç adı altında tarafa yüklenmektedir.²³ Bunun gerekliliği devletin verdiği adli hizmet masraflarının karşılanmasına ortak olma veya bu yolla asılsız olan davaların açılmasının önüne geçilme ile açıklanabilecektir.²⁴ Toplumsal adaletin gerçekleşmesinin daha çok ön planda tutulduğu sistemlerde dâhi birey devlete adli hizmet için başvurduğunda yargılama giderlerinin belirli bir payını ödemektedir. Zira harç almanın amaçlarından biri de toplumsal adaletin sağlanmasıdır.²⁵ Bu nedenle harç almanın temelinde yük-

²² Yargılama giderleri, yargılama faaliyetinin bedeli olmayıp, tarafın kendi sübjektif menfaatine ilişkin adli hizmet faaliyetine sadece bir katılım payı teşkil etmektedir. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 44, 615; Yılmaz, Yargılama, s. 200.

²³ Bir kamu geliri olarak harç şu şekilde tanımlanabilir; "Bazı kamu hizmetlerinden yararlanan ve hatta kanun hükmü ile yararlanmak zorunda bırakılan özel ve tüzel kişilerin, özel menfaatlerine ilişkin olarak, kamu kuruluşlarının hizmetlerinden yararlanmaları karşılığında, belli bir ölçüde bu hizmetlerin maliyetine katılmaları amacıyla konulan ve zor unsuruna dayanan mali yükümlülüklerdir." Bkz. Pınar, s. 3.

²⁴ Bkz. Pınar, s. 18.

²⁵ Kamu hizmetlerinden bazıları aynı derecede yararlanan hizmetler niteliğinde olduğu halde, mahkeme, icra ve iflâs, tapu, noter işlemleri gibi bazı hizmetler ise, ancak bu hizmetlerle ilgili olanların yararlanmasını gerektirmektedir. Bu hizmet-

sek yargı hizmeti maliyetinin olduğu; devletin benimsediği politik sisteminin ise olmadığı kabul edilmelidir. Zira devletin siyasî düşüncesi ne adli hizmete ilişkin maliyetleri görmezden gelebilir ne de medenî yargılamaya ilişkin uyuşmazlıkları taraf menfaatinin temin edilmesinin dışında değerlendirebilir. Bu sebeple medenî yargıya ilişkin olarak tarafların giderlere katılması, zorunluluk temelinde²⁶ bir haklılık taşımaktadır.²⁷ Bu yöndeki düzenlemeler başlı başına hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturmamaktadır. Hak arama özgürlüğü bireyin menfaatinin temini için devletin yargı organına başvurabilmeyi ve fiilen etkili bir hukukî koruma talep edebilmeyi ifade etmekte olup,²⁸ bunun temini için tarafın yukarıda bahsettiğimiz yargılama kurallarına uygun olarak davranması gerekmektedir. Bu kurallar arasında yer alan yargılama harçlarının ödenmesi gerekliliği de yerine getirilmelidir. Dava açılırken yargılama harcının davacı tarafından ödenmiş olması dava açmakla ona düşen bir sorumluluğun ya da borcun yerine getirilmesi değil, dava açmaya ilişkin mevcut yargılama kurallarının gereğinin yerine getirilmesi olarak görülmelidir.²⁹ Bu durum bir mali

ler bütün vatandaşlardan ziyade mahkemede hakkını arayan, icra ve iflâs takibinde bulunan, tapuda işi olan ya da noterde işlem yapan kişilerin şahsî menfaatleriyle ilgilidir. Bu nedenle kamu hizmetlerinden şahsen yararlanma yönünde menfaatleri olan kişilerden de harç almayarak hizmetten yararlanmayan diğer kişilere bu giderleri alınacak vergilerle ödetmek toplumsal barış ve adaleti zedeleyecektir. Bkz. Pınar, s. 17

²⁶ Kamu hizmetlerinin sürekli, düzenli ve mükemmel şekilde görülebilmesi için gerekli olan kaynağın sağlanması, her türlü kamu gelir kaynağının büyük önemi olduğunu ortaya koymaktadır. Bu açıdan vergi sistemleri ne kadar iyi uygulanırsa uygulansın buradan elde edilecek kaynak ile bütün kamu harcamalarının finanse edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, bir kamu geliri türü olarak harçlardan yararlanılması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Aksi takdirde, bir ya da birkaç kaynağa dayanarak kamu harcamalarının finansmanını sağlamak o kaynaktan elde edilecek verimi zamanla düşürecek ve vergi psikolojisini olumsuz yönde etkilemek suretiyle de yükümlünün vergi dışında kalma çabalarını arttıracaktır. Bu da sürekli artan bir seyir izleyen kamu ihtiyaçlarının karşılanamama tehlikesini de beraberinde getirecektir. Bu nedenle, kamu harcamalarının finansmanında vergiler yanında -başta harçlar olmak üzere- diğer kamu geliri kaynaklarının da harekete geçirilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, harç almanın temel amacının kamu harcamalarının finansmanının sağlanmasında kaynak oluşturmak olduğu açıktır. Bkz. Pınar, s. 16, 17. Krş. Yılmaz, Yargılama, s. 209.

²⁷ Bilge/Önen, s. 329.

²⁸ Dütz, s. 115; Pekcanitez, Adil Yargılama, s. 55.

²⁹ Diğer yargılama giderleri ile birlikte yargılama harcı konusunda yükümlülüğün asıl muhatabı (sorumluluk taşıyan) yargılama faaliyetine sebebiyet veren, yani maddi hukuktaki durumu ihlâl eden taraf olacaktır. Bu sonuç hukukî hakkani-

yükümlülük olarak harcı kanunla alınan ve yükümlüsünün yargılama hizmetinden yararlanmak isteyen kişi olduğu bir kamu geliri türü olması ile açıklanmaktadır.³⁰ Öte yandan harçtaki “karşılıklılık” karakteri³¹ de hizmetten yararlanmak isteyen kişileri, hizmete katılmaya/katkıda bulunmaya zorunlu kılmaktadır.³²

Hak arama özgürlüğüne ilişkin bu koşulların yerine getirilmemiş olması, bireyin yargı organı önüne uyuşmazlık konusunu getirmesine engeldir. Şüphesiz bu durum, bireyin söz konusu koşulları gerçekleştirmeye ilişkin olanağa sahip olup da, bunu yapmamasına ilişkin-

yet ile de uyumludur. Zira özel hukukta ihlâl faaliyetinde bulunan taraf, bu ihlâl dolayısıyla meydana gelen sonuçlara katlanmak zorundadır. Bu hususta yargılama harcını ödeyen ve dava lehine sonuçlanan taraf -kısmen kabulde kabul edildiği miktarla orantılı olarak-, karşı tarafa diğer giderlerle birlikte yargılama harcının ödenmesi konusunda tazmin isteme hakkına sahip olacaktır. Bilge-Önen, s. 335; Kuru/Arslan-Yılmaz, s. 763; Postacıoğlu, Usul, s. 671, 674; Rosenberg-Schwab-Gottwald, s. 537.

³⁰ Bu yetkinin kanunla kullanılmasının başlıca nedeni, mali yükümlerin kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile yakından ilgili olmasından dolayı idarenin -hatta yargı organlarının- keyfi ve takdirli uygulamalarını önlemektir. Kaneti, s.36; Saygılıoğlu, s.68; Karakoç, s.71. Bu anlamda, devletin malî yükümlülük koyma yetkisini halk tarafından seçilen yasama organı aracılığıyla kullanması ile kişilerin hak ve özgürlük alanlarına yapılan müdahale anayasal hukuk düzeni içinde gerçekleşecek ve keyfilik önleneyecektir. Çağan, s. 100.

³¹ Harçlardaki karşılıklılık unsurunun temelini ise, harca konu kamu hizmetlerinden yararlananların sağladıkları yararların kısmen tespit edilebilmesi, yani yararlanan kişilerin tayininin mümkün olabilmesi oluşturmaktadır. Bkz. Erginay, s.19; Aksoy, s.143; Nadaroğlu, s.194. Gerçekten harca konu kamu hizmetleri, toplumun tümünün yararlanmasına sunulmasına rağmen bu hizmetlerden sadece hizmete ihtiyaç duyanlar yararlanmaktadır. Bkz. Neumark, s.40; Pınar, s. 10. “Harç, muhtelif kanunların konusunda bulunan adli ve idari hizmetlerde ve bu hizmetin gerektirdiği kırtasiye ve formalite masraflarını karşılamak mülhazasıyla hakiki ve hükmi şahıslardan hazinece alınan bir paradır. Yapılan işler ve görülen hizmet amme hizmetinden ziyade, kişilerin şahsına ve menfaatine ilişkindir.” (YİBK 23.12.1976 gün ve E.1976/11-7, K.1976/6), (RG 19.12.1977-15855). Bu tür hizmetler açısından dış kazanç sağlanması da sözkonusu değildir. Bu bağlamda sunulan kamu hizmetinin kişiye özgülenmesi ister istemez hizmetin karşılığı olarak, yararlanan kişiyi bedele ortak etme anlayışını da beraberinde getirmektedir. Nadaroğlu, s. 217.

³² Devlet, harca tâbi tuttuğu hizmetlerini piyasa ekonomisi/katkısına ne göre fiyatlandırmak ve işletmek için kurmamıştır. Ayrıca bu hizmetler sahip oldukları kamusal niteliğin baskın olmasından dolayı nitelikleri gereği fiyatlandırılmazlar. Bu anlamda harçta esas olan, ticarî olmayan nitelikte birtakım işler görüldüğü zaman özel yarar sağlayan kişilere bu özel yararın karşılığını bir dereceye kadar ödetmektir. Bu anlamda, devletin harç alması mali, ekonomik ve sosyal amaçlara dayanmaktadır. Bkz. Pınar, s. 8.

dir. Bireyin devletin yargı organına başvurması objektif imkânsızlık ya da güçlükler taşımakta ise, artık hak arama özgürlüğüne ilişkin kuralların yerine getirilmemiş olmasından değil, yerine getirilememesinden bahsetmek gerekecektir. Bu engeller dolayısıyla yargı organına başvuramama bu halde hak arama özgürlüğünün gerçekleşmesine engeldir.³³ Devletin sosyal devlet olmasının ifade ettiği anlam, bu engellerin giderilmesine yönelik gerekli önlemleri almak, bu hususta gerekli düzenlemeleri yapmak olmalıdır.³⁴ Türk mahkemelerine başvuru imkânının fiili sebeplerden mümkün olmaması alacağa ilişkin zamanlaşımının durması nasıl maddî hukuka ilişkin hakkın kaybolmasını önlemekte ise, yargı organına başvurularda da usul hukukuna ilişkin getirilecek düzenlemelerle hakkın elde edilmesini engelleyen durumlar telafi edilebilmelidir.³⁵ Niteliği gereği (nafaka, işçi ücreti alacağı, tüketici gibi) bazı davaların ve bunlara ilişkin takiplerin harçtan geçici ya da kesin muaf tutulması ve özellikle ekonomik güçsüzlük sebebiyle yargı organına başvuramayan kişiye yargı harçları ve yargılama giderleri konusunda indirim, muafiyet tanınması gibi hak arama özgürlüğünün güvencesini teşkil edecek ve hak kayıplarının önleyecek düzenlemeler yapılabilir.³⁶ Sosyal devlet bu anlamıyla hakların

³³ Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 454; Çelebi, s. 259; Postacıoğlu, Usul, s. 675; Yılmaz, Yargılama, s. 208, 209, 211. Kaldı ki, kural olarak, harç olarak ödenen bedelin yapılan hizmete kıyasla çok yüksek tutulmaması gerekmektedir. Bkz. Aksoy, Maliye, s.1 43. Çünkü, sunulan hizmet sebebiyle kamusal yarar yanında özel yararlar da sağlanmaktadır. İşte bu özel yararların karşılığı olarak harçlar alınmaktadır. Burada dikkat edilecek husus, yapılan hizmetle alınan harç arasında, takdir de olsa, bir kıymet denliğinin bulunmasıdır. Aksi halde, hizmet ile alınan para arasında kıymetçe bir ilişki kalmadığı zaman harç artık harç olmaktan çıkar ve vergi niteliği kazanmış olur. Türk, s. 91; Orhaner, s. 117. Öte yandan kamu hizmetlerine egemen olan ilkelere biri olarak ifade edilen “*meccanilik/bedelsizlik*” ilkesi sadece Anayasa ve kanunlar tarafından öngörülmesi halinde geçerlilik taşımakta; kanun koyucu hizmetin bedelini oluşturmakla birlikte harç adı altında bir “ödenti” talep edebilir. Bkz. ve krş. Giritli-Bilgen-Akgüner, s.778; Özay, s. 254; Günday, s. 288; Gözler, İdare, s. 524.

³⁴ Bkz. Özbudun, s.123 vd.; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 96 vd.; Gözler, Anayasa, s.84; (Esra) Atalay, s. 449; Tanrıver, s. 79; Yaltı, s. 115. Krş. Göze, s. 124 vd.

³⁵ *Atalay*, adli yardım kurumunu, adaletsiz farklılıkları ortadan kaldıran kurum olarak nitelendirmektedir. Atalay, Adli Yardım, s. 15. Ayrıca bkz. Karafâkih s. 272; Berki, s. 96; Berkin, s. 204; Ansay, s. 204; Belgesay, Şerh, s. 283.

³⁶ Bu hususta başkaca yapılabilecek düzenlemeler konusunda bkz. Gottwald, s. 10 vd. Doktrinde İsvç’te uygulanan bir sisteme atfen, davada ödenecek olan harçların, dava konusunun miktarına göre değil, davacının yıllık kazancına göre tespit edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. (Yılmaz, Yargılama s.204; Yılmaz, Adalet

kullanılmasında bireylerin ekonomik durumlarına bağlı haksızlıkların önlendiği (eşitliğin sağlandığı) devleti ifade etmektedir.³⁷ Tarafın söz konusu düzenlemelerden yararlanması, eşitsizliği yaratan durumun varlığına bağlı olduğu kadar, söz konusu eşitsiz durum söz konusu olmasaydı, birey talebinin haklı olarak görülebilirliğine bağlı olabilmelidir. Bu açıdan adli yardım taleplerinde ayrıca haklılık unsurunun aranmaması gerektiğini ileri sürülmekte ise de,³⁸ haklılık unsuru ve bu hususa hâkimin kanaat getirmiş olması ekonomik açıdan her güçsüzün dava açabilmesini temin edebilmesi bakımından eşitsizliği gidermeye çalışırken farklı bir eşitsizliğe meydan vermemeyi sağlayan bir tampon görevi görmektedir,³⁹ bu sebeple ayrıca aranması gereklidir.

(KARARLARIN) GENEL DEĞERLENDİR(İL)ME(Sİ) VE SONUÇ

A. Mehmet ve Suna Yiğit / Türkiye Davası Açısından

Yiğit davasının, hak arama özgürlüğünün engellendiğine ilişkin verilen kararın anlamı; dava açma hakkının harç ödemeyerek kullanılabilen mutlak hak olduğu ve bunun ihlâl edildiği değildir. Söz konusu kararın anlamı sadece yargı organının adli yardım kurumunun uygulanabilirliği konusundaki takdir hakkını yanlış kullanmış olmasıdır. Söz konusu kararda hak arama özgürlüğü bakımından iki husus dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki, tarafın kendisini avukatla temsil ettirmesi sebebiyle başvuru adli yardım talebinin kabul edilmemiş olmasıdır. Adli yardım kurumu düzenlememiz, kendisinin ve ailesinin geçimini zora sokmaksızın yargılama giderlerini tamamen veya kısmen ödemeyecek durumda olan yoksul bireyin iddiası konusunda haklılık taşıdığı kanaati uyandırılması halinde adli yardım taleplerinin

Hizmetleri, s. 58-59). Ancak harcin karakteri gereği böyle bir çözüm tarzının kabul edilebilmesi mümkün değildir. Zira kamu hizmeti, genel olarak harcı doğuran olay olduğundan kamu hizmetini oluşturan kısım ile özel hizmetin gerektirdiği giderin karşılanması harçtaki esas oranı oluşturacaktır. Bu anlamda harçlar ile (vergi) ödeme gücü arasında da bir orantı bulunmamakta; kişiye sağlanan fayda topluma sağlanan fayda yanında oldukça düşük kalmaktadır. Bkz. Çelik, s.239; Pınar, s. 4.

³⁷ Atalay, Adli Yardım, s. 15; Rosenberg-Schwab-Gottwald, s. 564.

³⁸ Yılmaz, Yargılama, s. 219.

³⁹ Atalay, Adli Yardım, s. 74; Atalay, Tasarı, s. 100; Gençcan, s. 131; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 629.

kabul edileceğini düzenlemekte olup,⁴⁰ adli yardımdan yararlanmanın bir unsuru olarak avukat tutulmuş olmasını aramamaktadır. Kaldı ki Avukatlık Kanunu'nun 164'üncü maddesinin ikinci fıkra düzenlemesi dava veya hükmolunacak şeyin değerinin belirli bir yüzdesinin -% 25'den fazla olmamak üzere- kararlaştırılabileceğini düzenlediğinden avukatın dava sonunda vekâlet ücretini alması mümkündür.⁴¹ Bu sebeple avukat tutulmuş olmak başlı başına fakir olmama durumunu ortaya koymaz.⁴² Olayda yoksul olma durumu zaten geçerli yeşil kart ile belgelenmektedir. İkinci olarak ise, kararda belirtilen orantılılık ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Söz konusu kararda orantılılık davacı olmak arzusu taşıyanın mali durumu ile bu dava için ödeyeceği bedel arasında kurulmaktadır. Zaten harcın karakterinde, miktara ilişkin olarak yapılacak düzenlemelerin hak arama özgürlüğünü ihlâl etmeyecek seviyede olmalıdır. Buna karşılık orantıya konu unsurların hangi unsurlardan oluşacağı önem taşımaktadır. Bunlardan birinin ödemesi gereken harç tutarı olduğu şüphesizdir. Diğer unsuru mahkeme fakirlik (gelir) durumu olarak değerlendirmektedir. Oysa harç tutarı Harçlar Kanunu'nda davada hüküm altına alınması istenilen değer üzerinden belirlenmektedir. Dolayısıyla orantı yapılacak ikinci unsur, kanunî düzenlemelere göre kişilerin ekonomik durumları değil, belirli bir değer ile ifade edilebilen davalarda hüküm altına alınması istenilen değer, yani ihlal edilen menfaattir. Harç tutarının istenilen şeye göre yüksek olması, şüphesiz daha fazla harç tutarı ödenen davaların daha özenli görüleceği anlamına gelmez. Sadece bireylerin yüksek bedelli denkleştirme taleplerini yargı organının önüne getirirken, gerçek (ciddi) iddiaları getirmelerini ve asılsız iddialarla yargı organını meşgul etmelerini önler.⁴³ Bu nedenle orantının yapılacağı diğer husus ihlâl edilen menfaat olmalıdır. Bununla ödenecek harç tutarı karşılaştırılarak hak arama özgürlüğünün önüne geçilip geçilmediği belirlenmelidir.⁴⁴ Kaldı ki orantının yapılacak diğer unsurunu kişinin gelir durumu olacaksa, bu her şeyden evvel dava açılırken kişinin mali durumunun nasıl tespit edileceği problemini doğuracaktır. Şüphesiz ihlal edilen menfaat aynı olmakla birlikte yoksul bireyin menfa-

⁴⁰ Atalay, Adli Yardım, s. 74.

⁴¹ Özkan, s. 107, dn. 40-41.

⁴² Doğru, s. 3454.

⁴³ Belgesay, Şerh, s. 131.

⁴⁴ Bkz. Yaltı (Soydan), s.120; Özgüven, s.197; Kalay, s.244.

ati ihlal edildiğinde daha az ve zengin bireyin menfaati ihlal edildiğinde daha çok harç ödemesine sebebiyet verecektir. Bu sebeplerle orantılı kısıtlama yapılmadığının tespitine ilişkin olarak yapılacak değerlendirmenin, menfaati ihlal edilen bireyin gelir durumuna değil, ihlal edilen menfaatin anlam ve değerine bakılarak yapılması gerektiği düşünülmektedir.⁴⁵

B. Ülger / Türkiye Davası Bakımından

Ülger davasında ise hak arama özgürlüğünü engelleyen husus olarak Harçlar Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının a bendi düzenlemesi gösterilmektedir. Kararın hukuka uygun olduğu, mahkemenin icra edilebilirlik ve hükmün verdiği korumadan yararlanma hususunda kararın lehine olan tarafın bir yükümlülük altına girmemesi gerektiği ve bu yönde konulacak engellerin mahkeme hükmünün etkisini ortadan kaldıracığı düşünülmektedir.⁴⁶ Burada söz konusu olan hak arama özgürlüğünün engellenmesi değil, etkin hukuki korumanın sağlanamamasıdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, etkin hukukî koruma önünde engel olarak gördüğü bu düzenlemeyi tadil edecek bir düzenlemeyi içermektedir.⁴⁷ Söz konusu düzenleme, karar ve ilam harcını ödemekle yükümlü olan tarafın harcı ödememesi sebebiyle ilamın davanın diğer tarafına verilmesine engel olunmaması için içermektedir.⁴⁸ Hukuka uygun olduğunu düşünülen tasarı düzenlemesi çerçevesinde, kişilerin yükümlüsü olmadıkları bir davranışı yerine getirmemesi nedeniyle haklarında verilen mahkeme hükmünü elde etmelerinin engellenmesinin etkin hukukî koruma ile bağdaşmadığını düşünülmektedir.⁴⁹

⁴⁵ Bkz. ve krş. yukarıda dn. 36.

⁴⁶ Yaltı, s. 114.

⁴⁷ Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, m. 306. Harçlar Kanunu m. 28a düzenlemesinin değiştirilmesi yönünde bkz. Doğru, s. 3454.

⁴⁸ Söz konusu maddenin gerekçesinde düzenlemenin nedeni olarak hakkaniyet düşüncesine dayandırılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, s. 283. Söz konusu karara dayanarak davayı kazanan tarafın karşı tarafın yargılama harç ve giderlerini ödemesi ile bağlı olmaksızın ilamın suretini alabileceğine ilişkin mahkeme kararlarına da artık rastlanmaktadır. Bkz. İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, 31.12.2008 gün ve E.2005/89, K.2006/358, (Özel Arşiv).

⁴⁹ Pekantez, Tasarı, s. 71; Postacıoğlu, 1711 Sayılı Kanun, s. 1; Akkan, s. 36.

C. Sonuç

Medenî yargılama hukukunun üstlendiği araç işlevi taraflar arasındaki çekişmenin ortadan kaldırılarak toplumsal barışın temini ve kamusal yararın gerçekleşmesidir. Medenî yargıya konu her dava bireysel menfaati içermek konusunda eşit ve fakat kamusal yararı barındırma konusunda farklılıklar taşıyacaklardır. Örneğin, kira alacağına ilişkin dava ile verilecek hükmün doğruluğunda kamu yararının daha önemli olduğu babalık davası arasında sübjektif menfaatin korunması açısından farklılık bulunmayacaktır. Medenî yargıya dâhil her davada sübjektif menfaatin temin edilmesi ve tarafın bunun temin edildiği hususunda hüküm elde etme arzusu bulunduğundan yargılama harçlarının tarafa ait olması, işin niteliği gereği, tabiidir.

(Sosyal) Devlet, sadece politik tavrı ve düzenleyeceği kurallar vasıtasıyla bu harçları ya mümkün olduğunca az oranlarda tutup sübjektif hakların korunması amacıyla bireylerin yargı organına başvurusunu kolaylaştıracak⁵⁰ ya da adli hizmette bulunmanın maliyetini gözeterek harç tutarlarını gerçek (yüksek) oranda tutup tarafların yargı organına başvurularını sınırlayacaktır.

Medenî yargılama hukukunun dogmatik amacı özel hukuk uyumsuzluklarının sona erdirilmesi olarak görüldüğünden, tarafın ödemesi gereken harçların hak arama yoluna başvurudan kendisini caydıracak kadar yüksek olmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Burada sosyal devlet karakterini ortaya koyacak bir oranlılık ilkesine ihtiyaç vardır ve bu ilke ne yargılamaya başvuruyu engelleyecek kadar yüksek harç ve yargılama giderlerini ne de basit bir hak ihlâlinde veya tehdidinde hemen yargıya başvuruyu olanaklı kılacak kadar da düşük olmamalıdır.⁵¹

Hak arama özgürlüğünün temini bakımından uygun olduğu düşünülen bu sonuç, medenî yargılama hukukunun amacı ve işlevi bakımından kabul edilebilir nitelik taşımaktadır. Zira her medenî yargıya tâbi davanın görülmesi ve sonuçlandırılmasında taraf menfaati bulunmaktadır. Bu gerekçe var olduğu sürece, yargılama harçları ile giderle-

⁵⁰ Bu durumda adli hizmet ücretlerinin bir kısmını kendisi karşılamış olacaktır.

⁵¹ Alangoya, s. 105; Doğru, s. 3454; İnal, s. 115; Yaltı, s. 114; Gottwald, s. 5, 8 vd.; Rosenberg-Schwab-Gottwald, s. 530; Belgesay, Şerh, s. 278. Ayrıca bkz. Gözübüyük-Gölcüklü, s. 276, 277; Tezcan-Erdem-Sancakdar, s. 333.

rine tarafın katılmaması doğru görülmeyecektir.⁵² Öte yandan, yargılama harçlarından muafiyet durumunun medenî yargılama hukuku sahasında yığılmalara sebep verecek olmasıdır. Çünkü bu durumda bireyler mahkeme içinde ya da dışında karşı tarafla uzlaşmak veya sulh olmak gibi seçeneklerden yararlanmak istemeyecekler ve hem maliyeti olmayan hem de verilen kararın devlet güvencesine bağlandığı yargı organına başvurmayı tercih edeceklerdir. Bu olanağın sunulması ile korkutma gibi amaçlarla yargı organına başvuracak ve yargı organı dileyen herkesin kendisine başvurarak meşgul edeceği, rahatlıkla mahkeme dışında çekişme konusu olmaktan çıkarılacak ve yargı harcı ödenseydi yargı organına başvurulmadan çözülecek meselelerin çekişme konusu yapılarak yargılama yapmak zorunda kalacağı bir duruma düşecektir.⁵³ Bunlara sebebiyet olunmaması için mahkemeye başvuruya yönelik akılcı düzenlemelerin varlığı aranmalıdır.⁵⁴ Yargılama harçları ve giderleri hususunda bunun için oranlılık esasını gözetmek ve buna yönelik düzenlemelerde bulunmak gerekir.

KAYNAKLAR⁵⁵

- Akkan, Mine, “Medenî Usul Hukukunda Etkin Hukukî Koruma”, (*Legal MİHDER*, 2007/1 Sayı: 6), s.29–68.
- Aksoy, Şerafettin, *Kamu Maliyesi*, 3. Baskı, İstanbul 1998.
- Alangoya, Yavuz, “Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanmasıdaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler”, (*Kazanıcı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergi*, Mayıs 2005, Sayı: 9), s. 105 vd.

⁵² Gottwald, s. 8.

⁵³ Tarafların iddia ve savunmalarında dürüst olmaları medenî yargılama hukuku ilkesi olduğu dikkate alınacak olursa, bunun teminini engelleyen düzenlemeler yapılmamalıdır. Arslan, s. 62 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 266 vd.; Tanrıver, s. 75, 80.

⁵⁴ Gottwald, s. 2; Gözübüyük-Gölcüklü, s. 276, 277; Tezcan-Erdem-Sancakdar, s. 333.

⁵⁵ Dipnotlarda adı geçen eserler, yazarların soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla çalışmasına yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içinde gösterilmiştir.

- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kâmil/Yıldırım, Nevhis Deren, *Medeni Usûl Hukuku Esasları*, 6. Bası, İstanbul 2006.
- Ansay, S. Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7.Baskı, Ankara 1960.
- Arslan, Ramazan, *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989.
- Atalay, Esra, "Yargısal Temel Haklar", (*Şükrü Postacıoğlu'na Armağan*), İzmir 1997, s.437-454.
- Atalay, Oğuz, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Avukatla Temsil Zorunluluğu Ve Adli Yardım", (*Hukuki Perspektifler Dergisi*), s. 97-100, (Tasarı).
- Atalay, Oğuz, "Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1986, (Adli Yardım).
- Ballon, Oskar, *Der Einfluß der Verfassung auf das Zivilprozessrecht*, ZZP 96 (1983).
- Bauer, Horst, *Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie*, Berlin 1973.
- Belgesay, Mustafa Reşit, *Dava Teorisi*, İstanbul 1948, (Teori).
- Belgesay, Mustafa Reşit, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi*, Cilt: 1, 3. Bası, İstanbul, (Şerh).
- Berki, Şakir, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara 1959.
- Berkin, Necmettin, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul 1969.
- Bilge, Necip/Önen, Ergün, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara 1978.
- Christoph, G. Paulus, *Zivilprozessrecht*, 3. Bası, 2003 Berlin.
- Çağan, Nami, *Vergilendirme Yetkisi*, (Kazancı yayımları), İstanbul 1982.
- Çelebi, Hüsamettin, "Hak Aramanın Maliyeti", (*ABD* 1989, Sayı: 2), s. 257-261.
- Çelik, Galip, *Servet ve Harcama Vergileri*, Ankara 1995.
- Doğru, Osman, "Siz Hala Yargı Harcı Ödüyor Musunuz?", (*Legal Hukuk Dergisi* Kasım 2007), s. 3449-3470.
- Dolinar, Hans, *Ruhen des Verfahrens und Rechtsschutzbedürfnis*, New York, Berlin, 1974.
- Dütz, Wilhelm, *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht*, Berlin, Zürich, 1970, s. 115.
- Erginay, Akif, *Kamu Maliyesi*, 16.Baskı, Ankara 1998,
- Fasching, Hans W., *Rechtsschutzverzichtverträge im österreichischen Prozeßrecht*, ÖJZ 1975,
- Gaul, Hans Friedhelm, "Yargılamanın Amacı", (Çev. Nevhis Deren Yıldırım), *İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku* (Derleyen Yıldırım, M. Kamil), s. 82-117.

- Gençcan, Ömer Uğur, "Adli Yardım", (YD 2005, Sayı: 1-2), s. 127-140.
- Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, (DER Yayınları), İstanbul 2006.
- Goldschmidt, James, *Prozeß als Rechtslage*, Berlin 1962 (yeni bası).
- Gottwald, Peter, "Medenî Yargılama Hukuku Reformu Ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz" (Çev. Sema Taşpınar), (AÜHFD 2002, Sayı: 1), s. 1-17.
- Göze, Ayferi, *Sosyal Devlet Sistemi*, (Fakülteler Matbaası), İstanbul 1976.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, 4.Baskı, (Ekin Kitabevi), Bursa 2006, (İdare).
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 4.Baskı, (Ekin Kitabevi), Bursa 2007, (Anayasa).
- Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, A. Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 5. Bası, Ankara 2004.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, (10.Baskı), (İmaj Yayınevi), Ankara 2005.
- Gürdoğan, Burhan, *Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı*, Ankara 1960.
- Hatemi, Hüseyin, *Hukuk Devleti Öğretisi*, İstanbul 1989.
- Hellwig, Konrad, *Klagerecht und Klagemöglichkeit*, 1968.
- Henckel, Wolfram, *Prozessrechts und Materielles Rechts*, Göttingen 1970.
- Holzhammer, Richard, *Österreichisches Zivilprozeßrecht*, 2. Bası, Wien 1976.
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı*, Ankara 2008.
- İnal, Turgut, "Pahalı Yargı", (ABD 1982, Sayı: 6), s. 113-117.
- İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, (Beta), İstanbul, 2002.
- Kalay, Jale, "AİHM Kararları Işığında Etkili ve Etkin Bir İdarî Yargı Denetimi", (Yüksek Lisans Tezi), (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2007.
- Karafâkih İsmail Hakkı, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara 1952.
- Karakoç, Yusuf, *Vergi Yargılaması Hukuku*, (Alfa Yayınevi), İstanbul 1995.
- Kaneti, Selim, *Vergi Hukuku*, 2.Baskı, (Filiz Kitabevi) İstanbul 1989.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, *Medenî Usul Hukuku*, 18. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2004.
- Markus, Gehrlein, *Zivilprozeßrecht*, 2. Bası, 2003 München.
- Nadaroğlu, Halil, *Kamu Maliyesi Teorisi*, 11.Baskı, İstanbul 2000, (Kamu Maliyesi).

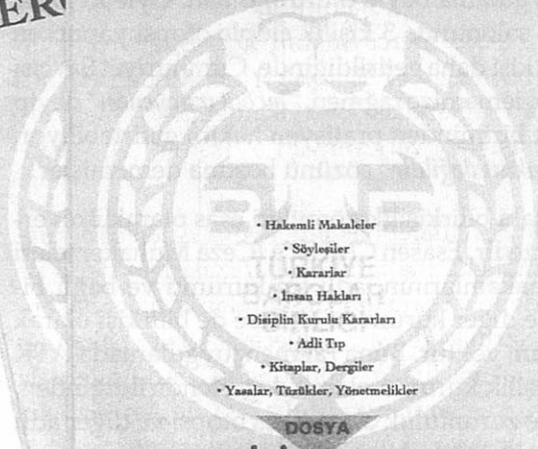
- Neumark, Fritz, *Maliyeye Dair Tetkikler*, 4.Baskı, (İsmail Akgün Matbaası), İstanbul 1951.
- Orhaner, Emine, *Kamu Maliyesi*, Ankara 2000.
- Ökçesiz, Hayrettin, *Hukuk Devleti Olgusu, Hukuk Devleti* (Der. Ökçesiz, Hayrettin) *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 4, İstanbul 1998, s. 44-56.
- Özay, İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, 5. Baskı, (Alfa Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2005.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 8.baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2005.
- Özekes, Muhammet, *Medenî Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, (Yetkin Yayınları), Ankara 2003, (Hukuki Dinlenilme Hakkı).
- Özgül, Volkan, "Adil Yargılanma İlkesi ve Vergi İhtilaflarındaki Uygulaması - I", (*Vergi Sorunları*, S.197, Şubat 2005), s.189-206.
- Özkan, Meral S., *En Son Değişikliklerle Avukatlık Hukuku*, İzmir 2006.
- Pekcanıtez, Hakan, "Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2006 Eylül, Sayı: 8, s. 69-79, (Tasarı).
- Pekcanıtez, Hakan;" Medeni Yargıda Adil Yargılama, *İzmir Barosu Dergisi*, 1997/2, s.35-55, (Adil Yargılama),
- Pekcanıtez, Hakan-Atalay, Oğuz-Özekes, Muhammet; *Medenî Usul Hukuku*, 7.Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2008.
- Pınar, Burak, *Yargı ve İcra Harçları*, 2. Bası, (Adalet Yayınevi), İstanbul 2009.
- Postacıoğlu, İlhan E., "1711 Sayılı Kanuna Toplu Bir Bakış", (HUMK'yı Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanununun Hakkında Sempozyum), İstanbul 1976, (1711 Sayılı Kanun).
- Postacıoğlu, İlhan E., "Kesin Hükümün Kapsamı", (*İBD* 1990/ 1-3), s. 11 vd.(Kesin Hüküm).
- Postacıoğlu, İlhan E., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul 1975, (Usul).
- Rechberger Walter H./ Simotta, Daphne. A. 5. Bası, Wien 2000.
- Rosenberg, Leo/Schwab Karl Heinz-Gottwald, Peter, 16. Bası, München 2004.
- Saygılıoğlu, Nevzat, *Vergi Hukukunda Yorum*, Ankara 1987.
- Stürner, Rolf, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen 1976.

- Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 *Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku* (Yapı Kredi Yayınevi), 2. Basım, İstanbul 2001.
- Tanrıver, Süha, "Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine", (AÜHFD 2000, Sayı:1-4), s. 67-84.
- Tercan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2004.
- Tuluay, Metin, "Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi", (DÜHFD 1983, Sayı: 1), s. 116 vd.
- Türk, İsmail, *Kamu Maliyesi*, 3. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 1999.
- Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul 2000.
- Wertenbruch, Wilhelm, *Erwägungen zur materialen Rechtsstaatlichkeit, Festschrift für Hermann Jahrress*, Köln, Berlin, Bonn, München 1964, s. 487-501.
- Wolfgang, Lüke, *Zivilprozessrecht*, 8. Bası, München 2003.
- Yaltı, Billur, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, İstanbul 2006.
- Yaltı (Soydan), Billur, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı - III", *Vergi Sorunları Dergisi*, Ekim 2000, S. 145), s.108-129.
- Yılmaz, Ejder, "Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler", (*Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.1-2, 1996), (Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan), s. 55-76, (Adalet Hizmetleri).
- Yılmaz, Ejder, "Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti", (*ABD*, S. 1984/2), s. 200-224, (Yargılama).

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2808



- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurul 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

ADİL YARGILANMA HAKKININ İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NDEKİ YERİ VE ÖNEMİ

Hüseyin TURAN*

Giriş

Adil yargılanma hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenmiş olup temel, yerleşik ve evrensel bir insan hakkıdır. Adil yargılanma hakkı, temel ve evrensel bir haktır. Çünkü gerek bölgesel düzlemde, gerekse uluslararası alanda yapılmış birden çok Sözleşme'de düzenlenmiş bir haktır. Bu hak aynı zamanda Anayasal bir insan hakkıdır da. Zira bu hak 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde de düzenlenmiştir.

Bu madde, Sözleşme'nin en önemli maddesi konumundadır. Madenin bu duruma gelmesinde birden çok neden bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne gelen davaların yaklaşık yarısının bu maddenin ihlalinden kaynaklanıyor olmasıdır. Diğer bir neden, gerek iç hukukta, gerekse İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önünde en çok başvuru konusu olma özelliğini taşımasıdır. Bir diğer neden ise Adil yargılanma hakkını düzenleyen Sözleşme'nin 6. maddesi bu Sözleşme'nin en kapsamlı maddelerinden birisidir. Keza bu madde, hukuk devleti ilkesi ve demokrasi ile de yakın bir ilişki içerisindedir.

Bu çalışmada adil yargılanma hakkının Sözleşme sistemi açısından önemi, onun diğer haklardan ve özellikle Sözleşme'de düzenlenmiş bulunan 13. maddeden farkı ile Sözleşme'deki haklar arasındaki niteliği ele alınmıştır.

* Dr., Hakim.

A. Adil Yargılanma Hakkının Önemi

1. En Çok Başvurulan Madde Olması

Sözleşme'nin 6. maddesi, Mahkeme'ye yapılan başvurularda Sözleşme sistemi içinde bugün itibariyle en çok başvurulan hüküm konumuna gelmiştir. Bu hal ülkemiz açısından da geçerlidir.¹ Bu durumun bu şekilde devam edeceği de pek muhtemeldir. Bunun temelinde, Sözleşme hükümlerine aykırılık iddiasıyla davalı devlet aleyhine yapılan başvurularda diğer haklarla ilgili yapılan şikayetlerin yanı sıra, ihlalin gerçekleşmesinde uygulanan usulün de -genelde Sözleşme'de düzenlenen hakların her biri belli bir yargısal süreçten geçtikten sonra ihlal edildiği iddiasıyla başvuru yapıldığından- ihlal edildiğinin ileri sürülmesidir.²

En çok başvurulan hüküm olma özelliği taşımasının diğer bir nedeni ise, 6. maddenin birinci fıkrası özel hukuka ilişkin hak ve ödevlerin belirlenmesi ve bir suç isnadı hakkında karar verilmesi gibi kimi idari uyumsuzluklarla birlikte hem özel hukuka, hem de ceza hukukuna ilişkin konuları kapsamaması ve 3. fıkrasında sanık haklarına yer verildiğinden Sözleşme'nin 5 ve 8. maddelerinden sonra en kapsamlı maddesi olmasıdır. Adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. madde, içinde birden çok ve birbirinden bağımsız hakları bulundurması nedeniyle

¹ Akıllıoğlu Tekin, *Temel Belgelerde İnsan Hakları İnsan Hakları I, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, s. 314. Nitekim Komisyon'a, (Avrupa İnsan Hakları Komisyonu) Sözleşme hükümlerine aykırılık iddiasıyla (davalı devlet aleyhine) yapılan başvuruların çoğunda diğer hakların ihlal edilmesi yanında adil yargılanma hakkının da ihlal edildiği iddiaları görülmektedir. Bkz. Tanrıkulu/Türkiye 8 Temmuz 1998, 2376/94; Gündem/Türkiye, 25 Mayıs 1998, 139/1996/758/957; Yaşa/Türkiye, 2 Eylül 1998, 633/1997/847/1054; Sosyalist Parti ve Diğerleri, 25 Mayıs 1998, 20/1997, 804/1007; (İlk numara davanın ilgili yılda Mahkemeye gönderilen, ikinci numara davalar listesindeki yeridir. Son iki numara ise Mahkemeye, kuruluşundan bu yana gönderilen davalar listesindeki yeri ve Komisyon'a yapılan başvurulara karşılık gelen listedeki yeridir)., s. 314. Reid Karen, *Adil Bir Yargılanmanın Güvenceleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi*, Üçüncü Kitap, (Çev.: Bahar Öcal Düzgören), Scala Yayınları, Ekim 2000, s. 26. Adil yargılanma hakkının ihlali gerekçesiyle Türkiye aleyhinde yapılan başvuru sayısı 2000 tarihi itibariyle 94'dür. 1 Ağustos 2000 tarihi itibarı ile AIHM'ye Türkiye'den yapılan başvuru toplamı 1628 olup bunlardan 94 adedi adil yargılanma hakkı ile ilgilidir. Bu başvurular dışında Kıbrıs Rum Yönetimi Türkiye aleyhinde Devlet başvurusunda ve Rum Kesiminden 2250 kişi bireysel başvuruda bulunmuştur. "Türkiye AIHM Rekortmeni", *Akşam Gazetesi*, 19.01.2001.

² Bkz. Tanrıkulu Kararı 8 Temmuz 1998, Gündem Kararı 25 Mayıs 1998, Yaşa Kararı, 2 Eylül 1998, Sosyalist Parti ve Diğerleri Kararı 25 Mayıs 1998.

uygulama alanı da geniştir.³

Ülkemiz, en çok adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası nedeniyle şikayet edilmektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne 25.10.2003 tarihi itibarıyla Sözleşme'de düzenlenen hakların ihlal edildiği iddiasıyla Türkiye aleyhine yaklaşık yedi binin üzerinde başvuru yapıldığı belirtilmektedir.⁴ Başvuruların, Sözleşme'nin maddelerine göre dağılımına bakıldığında, bu başvurulardan ilk sırayı "adil yargılanma hakkı"nın ihlalinden dolayı yapılan şikayet başvuruları aldığı görülecektir.⁵ Bu durum, maddenin hayati önemini daha açık ortaya koymaktadır.

Sözleşme, iç hukukun bir parçası olarak kabul edildiğinden⁶ iç hukukta da gerek ilk derece mahkemelerinde, gerekse temyiz incelemesinin yapıldığı yüksek dereceli mahkemelerde yapılan yargılama sürecinde bu hakkın ihlal edildiği, maddede belirtilen haklara riayet edilmesi gerektiği sık sık ileri sürülmektedir.⁷ Bu talepler; hem mahkemelerin yargılamayı yaparken Sözleşme'deki hakların usuli güvencesini oluşturan 6. maddenin de göz önünde tutulmasını hatırlatmak için yapılmakta, hem de eğer iç hukukta mahkemeler önünde hakkın ihlal edildiği ileri sürülmez ise İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde, başvuruçunun şikayeti iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı ile karşılaşacağından yapılmaktadır.

³ Ünal Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Basımevi Ankara 2001, s. 166. Bkz. Altıparmak Kerem, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin Uygulama Alanı*, AÜSBFD, C. 53. No: 1-4 Ocak-Aralık 1998.

⁴ "AİHM'ye şikayette Türkiye Üçüncü Sırada" Bkz. *Milliyet Gazetesi*, 25.10.2003.

⁵ Türkiye'nin AİHM karnesi başlığı ile verilen haberde Karaman Milletvekili Zeki Ünal'ın soru önergesine Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk'ün Türkiye aleyhine AİHM'ye yapılan başvurular hakkında verdiği cevaba göre Türkiye aleyhine yaklaşık beş bin başvurunun yapıldığı belirtilmekte, şikayet nedenleri olarak, yaşam hakkı 149, işkence ve kötü muamele yasağı 328, hürriyet ve güvenlik hakkı 391, suç ve cezaların kanuniliği 70, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü 110, ifade özgürlüğü 171, mülkiyet hakkı 701, hak arama özgürlüğü 212, dernek kurma ve toplantı özgürlüğü 32, ayrımcılık yasağı 124, özel hayat, aile hayatı ve konut dokunulmazlığı 361, adil yargılanma hakkı 671 olduğu açıklanmıştır. AA, 14 Nisan 2002.

⁶ Bkz. 1982 Anayasası'nın 90/5. maddesi.

⁷ Bkz. Öcalan Davası-Yargıtay Savunma <http://www.belgenet.com>.

2. En Kapsamlı Madde Olması

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, bu Sözleşme'nin temel maddesi olarak kabul edilebilir ve 5 ve 8. maddeler ile birlikte sözleşmenin en kapsamlı maddesi olma özelliğini taşımaktadır. Zira Sözleşme'nin bu maddesinde genel yargılama ilkesinin yanı sıra ceza yargılamasına ilişkin olarak da ayrıntılı kurallara yer verilmiştir.⁸

Maddenin birinci paragrafında yargılamaya ilişkin genel ilkelerin bir kısmı açıkça sayılmıştır. Adil yargılanma hakkının temel unsurları olan bu ilkeler; davanın; kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, makul sürede, hakkaniyete uygun (adil) ve aleni olarak görülmesidir. Maddede "*davanın hakkaniyete uygun surette dinlenilmesi*" de belirtilmiş olduğundan Mahkeme bu ibareden hareketle adil yargılanma hakkının fıkrada sayılanlarla sınırlı olmadığını, bundan başka güvenceleri de içerdiğini belirtmiştir. Mahkeme kararlarında yer alan "*dava hakkı/mahkemeye ulaşma hakkı*" (mahkeme önünde hak arama özgürlüğü),⁹ taraflar arasında "*silahların eşitliği*",¹⁰ "*yargılamada çelişiklik*" yahut (vicahilik veya yüzyüzelik), "*mahkeme kararlarının gerekçeli olması*" gibi ilkeler de adil yargılanma hakkının zımni unsurları olarak madde kapsamında değerlendirilmiştir.¹¹ 6. maddenin birinci paragrafı, özel hukuka ilişkin hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi ve bir suç isnadı hakkında karar verilmesi gibi hem özel hukuka hem de ceza hukukuna ilişkin konuları kapsamaktadır.

Maddenin birinci fıkrasında genel ilke açıklandıktan sonra aynı fıkranın ikinci cümlesinde açık duruşmaya getirilebilecek istisnalar belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ceza yargılamasında evrensel bir kural olan "*masumiyet karinesi*" düzenlenmiş, son fıkrada ise ceza yargılamasında uyulması gereken en alt düzey ilkelere yer verilmiştir.¹²

⁸ Akıllıoğlu, *Temel Belgelerde İnsan Hakları...*, s. 215.

⁹ Golder kararı 21.02.1975.

¹⁰ Nideröst-Huber Kararı 18.02.1997.

¹¹ Gölcüklü Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılama", *AÜSBFD*, C. 29. No:1-4. 1994. s. 201.

¹² Bu ilkeler şunlardır: Madde 6 (2) Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak ispat edilinceye kadar masum(suçsuz) sayılır. (3) Her sanık en azından şu haklara sahiptir: a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendi kendi-

Bu ilkeler sanık hakları olarak da isimlendirilmektedir.¹³

Adil yargılanma hakkı, Sözleşme’de öngörülen hakların kamu görevlilerince ihlal edilmesi durumunda bireylerin şikayet hakkını, bir başka anlatımla etkili başvuru yolunu düzenleyen 13. maddesi ve 7 No.lu Ek Protokol’ün¹⁴ 2. ve 4. maddeleri ile yakın bir ilişki içindedir. Zira Sözleşme hükümleri ve ek protokolleri bir bütünlük arz ettiklerinden birlikte ele alınıp değerlendirilmelidir.¹⁵ 13. madde, taraf devletlerinin iç hukuklarında hak arama yollarını açık tutmalarını öngörmektedir.¹⁶ 7 No.lu Protokol’ün 2. ve 4. maddeleri ise, ceza yargılama hukuku alanında ilkeler getirmektedir. 2. madde, ceza kuralları ihlalden sorumlu tutulan bir kimsenin suçluluğu veya mahkumiyeti hakkındaki kararı, bir üst mahkeme önünde incelemek hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Bu anlatım özetle, üst mahkeme yolunu bir temel hak olarak tanımlamaktadır. Üst mahkemeye inceletme hakkından anlaşılması gereken ise istinaf ve temyiz incelemeleridir. Yargılama sisteminde temyiz incelemesi öngörülmüş ise bir üst mahkeme olan istinaf yolu kurmak zorunlu değildir.¹⁷ 7 No.lu Protokol’ün 4. maddesi ise, bir kimsenin aynı suçtan ikinci defa yargılanmaması güvencesini getirmiştir. 7 No.lu Protokol ile adil yargılanma hakkının kapsamı daha da genişletilmiş ve kişiye yeni bazı haklar tanınarak hak, sağlam temeller üzerine oturtulmaya çalışılmıştır.¹⁸

ni savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemesizinden yardımından yararlanabilmek; d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çekirtmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek; e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemesizinden yararlanmak” tır Sözleşme için bkz. Bozkurt Enver/Kanat Selim, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Elkitabı*, Asil Yayın Dağıtım, 2004.

¹³ Donay, Süheyl, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, İstanbul, 1982, s. 15. vd.

¹⁴ Kabul Tarihi: 22.11.1984.

¹⁵ Zabunoğlu Yahya K, “Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Görevi”, *İHÖS*, II. s. 937.

¹⁶ Akıllıoğlu, s. 215.

¹⁷ Akıllıoğlu, s. 216. Karşı görüşte bkz. Gölcüklü, AİHS’de Adil Yargılama s. 203 “1.11.1988 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan Sözleşme’ye ek 7 No.lu Protokol ile taraf devletlere istinaf (ikinci derece) yargılaması yükümü getirilmiştir.”

¹⁸ Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi...*, s. 166.

3. Sözleşmedeki Diğer Hakların Korunmasına Katkısı

İnsan haklarını içeren gerek uluslararası sözleşmelerde, gerekse bölgesel nitelikteki sözleşmelerde ve ulusal mevzuatlarda temel hak ve özgürlüklerin tanınması, sağlanması kadar, şüphesiz bu da çok önemlidir, ancak bu hakların etkin bir şekilde korunmasını isteme hakkının da güvence altına alınması daha büyük bir önem taşımaktadır.¹⁹ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde çeşitli unsurları içeren bir bütün olarak bireylerin adil yargılanma hakkı düzenlenmiş ve güvence altına alınmış bulunmaktadır.

6. madde, hem iç hukukta, hem de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde en çok başvuru konusu olma özelliğini taşıması ve sözleşmede düzenlenen hakların en kapsamlı olması yanında, aynı zamanda bir ülkede diğer temel hak ve özgürlüklerin de teminatıdır. Sözleşmede düzenlenen en başta işkence görmeme hakkı olmak üzere, yaşama hakkı, düşünce, ifade, din ve vicdan ve örgütlenme özgürlükleri gibi birçok hakkın korunması için olmazsa olmaz niteliği açısından Sözleşme sistemi içinde önemli bir fonksiyonu icra etmektedir.²⁰ Adil yargılanma hakkı sağlanmadan, sayılan bu ve diğer insan haklarının güvence altında olduğunu söylemek pek mümkün görünmemektedir.²¹ Zira bir kimse hakkındaki bir suç isnadıyla mahkeme önüne çıkarıldığında bütün bir devlet gücüyle yüz yüze gelir. Bir devlet bir kimseye bir suç isnadında bulunduğu ya da bir suça karıştığını ima ettiğinde, o kimse en başta özgürlüğünden yoksun bırakılma yahut başka yaptırımlarla karşı karşıya kalma tehlikesi altında bulunur. Hatta toplum katında da suçlu olarak görülme ve manevi bir baskı altında kalma hissine kapılabilir. İşte burada adil yargılanma hakkı, bireyin haksız yere cezalandırılmasına engel olmak bakımından temel bir koruyuculuk fonksiyonu görmektedir.²² Yine, adil yargılanma hakkının etkin bir şekilde güvence altına alınmadığı bir hukuk sisteminde Sözleşmede düzenlenen diğer hak ve özgürlükler soyut ve hayali bir konu-

¹⁹ Tezcan Durmuş/Erdem M. Ruhan/Sancakdar Oğuz, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin, Ankara 2002. s. 222.

²⁰ Altıparmak, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'nin Uygulama Alanı*, s. 2; Weissbrodt, David, içinde, *Uluslar arası Af Örgütü: Adil Yargılanma Hakkı*, İletişim 2001, s. 19.

²¹ Arslan Zühtü, "İnsan Hakları, Yargı ve Taşralı Adamın Dramı", *İHÖS*, S. 21, s. 602.

²² Weissbrodt, *Adil Yargılanma Hakkı*, Önsöz, s. 19, 23.

ma indirgenmiş olur. Bu nedenle adil yargılanma hakkı, diğer hakların ve özgürlüklerin belkemiğini yani temelini oluşturan ve onlara içerik kazandıran bir hak olarak karşımıza çıkar.²³ Adil yargılanma hakkı, bir bakıma insan haklarının yargısal boyutunu oluşturur. Zira adil ve doğru bir '*hukuki koruma*' sağlanmadan diğer insan haklarının gerçekleşeceğini, bunların güvencede olduğunu kabul etmek zordur. Hukukun genel ilkelerinden biri olan adil yargılanma hakkı kişi özgürlüğünün bir güvencesidir. Diğer hakların korunması için ise vazgeçilmez bir haktır.²⁴

Hiçbir devlet suçlulukla mücadeleden kaçınamaz ve yargılamayı başka bir kişi veya kurumlara devredemez. Her işlenen suç, ilgili tarafların iç düzenini, huzurunu bozacağı gibi, işlenen bu suçtan dolayı aynı zamanda toplum da zarar görür. Kamu düzeni bozulur. Suç adı verilen eylemler hukuk devletinin de itibarını zedeler. Hukuk devleti, insan haklarını uygulamada gerçekleştirmenin yanında hukuk düzeninin temini, güvenliğin ve adaletin sağlanması, dolayısıyla da suçlulukla mücadele etmek, onları önlemek ve suç işleyenleri cezalandırmakla da görevlidir.²⁵ Dolayısıyla suçun işlenmesinden sorumlu olanların adalet önüne çıkarılması bütün devletlerin görevidir. Bununla beraber, insanlar, adil olmayan bir yargılamaya tabi tutulduklarında, adalet gerçekleşmez. İnsanlara kötü muamele yapılırsa veya suçsuz kişiler mahkum edilirse veya yargılamalar açıkça adaletsiz olursa yahut adaletsiz olduğuna inanılacak olursa toplumda adalet sistemi güvenirliliğini yitirir. Adalet ise, her bireyin özellikle de yargılananların haklarına saygı gösterilmesine dayanır.²⁶

Gerek ceza yargılamasında, gerekse hukuk yargılamasında yargılama ile gerçekleştirilmek istenen hedef, yargılamadan beklenen amaç, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını temin ve uyuşmazlığın buna göre çözümüdür. Fakat maddi gerçek her ne suretle olursa olsun temin edilemez. Belli usul ve kurallara bağlıdır. Bunlar; hukukun evrensel değerleri, uluslararası çalışmalara konu olan sözleşmeler ve belgeler ile

²³ Erol, Muhammed Akif, "Adil Yargılanma Hakkı ve Yüksek Askeri Şura Kararları" *İHÖS II*, s. 945.

²⁴ Kabaoğlu İbrahim, *Özgürlükler Hukuku*, Afa Yayınları, 4. Bası, İstanbul 1998. s. 90.

²⁵ Öztürk, Bahri, *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, AÜSBF İHM Yayınları, No: 14, Ankara 1995, s. 3.

²⁶ Uluslararası Af Örgütü, *Adil Yargılanma Hakkı*, 23.

anayasal ilkelerdir. En başta ise yapılacak yargılamanın Sözleşme'nin 6. maddesinde belirtilen yargısal güvencelere uygun olması gelir. Sözleşme'nin 6. maddesinde hedeflenen ve arzulanan ise, yargılamanın sonucunun adil olması değildir, şüphesiz yargılamadan beklenen adaletin tecellisidir, ancak sözleşmenin ifade ettiği şey, adil sonuca varırken dürüst yollardan gidilmesidir. Bu nedenle Sözleşme sisteminde 6. madde, bir davada bireylere yargısal usuli güvenceler getirmiştir.²⁷

Kişilerin adil yargılanma hakkı temel insan haklarından biridir. İnsan haklarından en önemlisi ve diğer tüm insan haklarının teminatı adil yargılanma hakkıdır. Bağımsız yargı ve adil yargılanma hakkı, toplumda insan haklarının sağlanmasında en önemli faktördür. Bu nedenle, insan hakkı diye tanımladığımız ve insan hakkı olarak ifade edilen ve insanın insan olmasından dolayı sahip olduğu hak ve özgürlüklerin sağlanması adil yargılanma hakkı ile mümkün olabilmektedir.²⁸

3. Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğü Bakımından Önemi

Adil yargılanma hakkının bir diğer önemi de onun hukuk devleti ve demokrasi kavramları ile yakın bir ilişki içinde olmasından gelmektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarında adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ve demokrasi ile bağlantılı olarak ele alınmış ve incelenmiştir. Demokrasinin '*olmazsa olmazı*' hukuk devleti ilkesidir. Hukuk devleti ise, adil yargılanma hakkının gerçekten ve fiilen işlediği, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı bir yapıyı ifade eder.²⁹

Hukukun üstünlüğü, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin dayanağını oluşturan kavramlardan birisidir. Sözleşme sistemi, devlet egemenliğine karşı hukuk egemenliği kavramını ortaya çıkarmış bulunmaktadır.³⁰ Bir ülkede hukukun üstünlüğü ilkesi ve demokrasinin işletilmesi, adil yargılanma hakkının başlıca varlık sebepleridir.

²⁷ Klass Kararı, 06.09.1978, Seri A, No: 28, Prag.75.

²⁸ Ergin, Berrin, "İnsan Hakkı Olarak Doğru Yargılanma ve Bağımsız Yargı", *İstanbul Barosu Dergisi*, Aralık 1999, Sayı 4. s. 915.

²⁹ Erol, s. 945.

³⁰ Kaboğlu, Ö. İbrahim, "Yargıç ve Demokrasi Egemenlik" *Yargıtay'da Düzenlenen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu*, 26-27 Eylül 2003, Ankara. Bkz., <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>

Adil yargılama güvencelerinin hayata geçirilmesi, demokrasinin de vazgeçilmez unsuru olduğu Mahkeme kararlarında vurgulanmıştır.³¹ Yine, Sözleşme'nin 6. maddesinin Sözleşme'de önemli bir yere sahip olduğu ve demokratik bir toplumda dar bir şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Mahkeme Golder davasında, 1969 Viyana Sözleşmesi'nin 31-33 maddelerine³² dayanarak Avrupa Konseyi Statüsü'nün "Başlangıç" bölümünde ve 3. maddesinde ifade edilen "hukukun üstünlüğü" kavramına atıfta bulunarak "hukukun üstünlüğü" ifadesinin hiç şüphesiz 6. maddenin birinci fıkrasını açıkladığını, dolayısıyla adil yargılanma hakkının hukukun üstünlüğü ilkesiyle iç içe olduğunu belirtmiştir.³³ Sundry Times davasında ise Mahkeme, 6. maddenin hukuk devletinin temel ilkesini yansıttığını ve bu nedenle Sözleşme sistemi içinde merkezi bir konuma sahip olduğunu ifade etmiştir. Aynı zamanda adil yargılanma hakkı, günümüzde hem bir hukuk devleti olmanın, hem de çağdaş bir devlet olmanın ölçüsü seviyesine ulaşmış durumdadır.³⁴

Mahkemenin belirttiği gibi 6. madde, hukuk devletinin temel ilkesini yansıtmaktadır. Bir başka ifadeyle hukukun üstünlüğü kavramı, 6. maddenin 1. fıkrasını açıklamaktadır. Yakından incelendiğinde adil yargılanma hakkının gerekleri ile hukuk devletinin gerekleri birbiriyle çakışır niteliktedir. Hukuk devleti en başta yargı organının bağımsız ve tarafsız olmasına, yargı erkinin yasama ve yürütme organlarından ayrı oluşuna dayanır, başkaca güç ve organlar karşısında bağımsız olmasını gerekli kılar.³⁵ Eğer, kişiler hakkında yargılama yapı-

³¹ Delcourt Kararı, 17.1.1970.

³² 23 Mayıs 1969 Tarihli Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 2. fıkrası anlaşmanın Başlangıcının, metnin bütünüleyici parçasını oluşturduğu, ayrıca Başlangıcın yorumlanacak belgenin amacını ve maksadını tespit etmek için çok yararlı olduğunu düzenlemiştir. Antlaşma için bkz. Bozkurt Enver, *Türkiye'nin Uluslar arası Hukuk Mevzuatı*, 2.Baskı Nobel Yayınevi. Ankara 1999. s.458.

³³ Golder Kararı, 21.02.1975, Seri A, No.18 parç. 28.

³⁴ Özhan Hacı Ali, "Adil Yargılanma Hakkı", *Çağdaş Hukuk*, Yıl 7. S. 64. 1991/1. s. 29.

³⁵ Hukuk Devleti kavramı ve gerekleri hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz., Rottleuthner, Huber, "Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti" (Çev. Füsün Uyanış) in: *Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti*, HFSA 3, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Alkım, İstanbul Mayıs, 1996. s.51.v.d.; Ökçesiz, Hayrettin, "Hukuk Devleti Olgusu", in: *Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti*, HFSA 3, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Alkım, İstanbul, Mayıs, 1996. s.140.vd.; Yine aynı kitap içinde Aliefendioğlu, Yılmaz; "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Devleti Anlayışı", s. 72.vd.; Keza bkz. Hatemi Hüseyin, *Hukuk Devleti Öğretisi*, İşaret Yayınları, İstanbul

cak, ceza verecek veya onların her alandaki haklarının varlığı ya da yokluğu konusunda karar verecek mahkemeler, siyasal iktidarın başkaca güç ve kuvvetlerin doğrudan veya dolaylı olarak baskısı altında ise orada kişi, içini kemiren bir kuşkudan uzak ve huzur içinde yaşayamaz. Bu duruma göre, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının yeterince sağlanamadığı bir yerde hukuk devletinden de bahsedilemez. Kişilerin bir suç isnadı karşısında yahut idari bir işlem karşısında kendisini savunabilmesi için savunma hakkı ve savunma imkanları gerek adli, gerekse idari merciler tarafından eksiksiz ve her yönüyle tanınmamış ise; orada ne kişinin huzuru, ne de hukuk devleti vardır.³⁶ Adil yargılanma hakkı, özel hukukla ilgili hak ve yükümlülüklerle ve suç isnadıyla ilgili ihtilaflarda bireylerin davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkını güvence altına almasıyla hukuk devletinin işlerliğine katkı sağlar.

Demokrasinin en önemli unsuru, hukukun üstünlüğünün sağlanmasıdır. Hukukun üstünlüğüne dayalı demokrasi, insanlar bakımından hayati bir öneme sahiptir. Bireyin hayatında özel hukukun hiç şüphesiz büyük bir önemi vardır. Fakat idari yargılama ve özellikle ceza yargılaması temelde bireyin temel hak ve özgürlüklerini ve hukuki güvenliğini (mülkiyet hakkı, ifade özgürlüğü, yaşam hakkı, aile hayatı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, örgütlenme özgürlüğü vs.) doğrudan ilgilendirmektedir. Adil yargılanma hakkı, bir ülkede bu sayılan temel hak ve özgürlüklerin de teminatı olup, aynı zamanda diğer temel hak ve özgürlüklerin hayat bulması için bir gereklilik ve zorunluluktur. Modern demokrasilerde insan haklarının en başta koruyucusu ve güvencesi yargıdır. Özellikle siyasal iktidarın keyfiliklerine karşı bireylere vuku bulacak müdahaleleri engellemek yargının görevidir. Demokratik sistemlerde yargının esas varlık nedeni hak ve özgürlüklere yönelik müdahaleleri engellemektir. Bundan dolayıdır ki, adil yargılanma hakkı hemen bütün insan haklarını içeren bölgesel ve uluslar arası sözleşmelerde düzenlenmiştir.³⁷ Sözleşme organları da 6. madde ile ilgili verdikleri kararlarda adil yargılanma hakkının '*demokrasinin teminatı*' olduğunu önemle vurgulamışlardır.³⁸

bul 1989, s. 429. vd.

³⁶ Yener, Orhan, "Hukuk Devleti, İnsan Hakları, Demokrasi İlkeleri Işığında Sanığın Korunması" *İHÖS*, S.22, s.979.

³⁷ Arslan, "İnsan Hakları, Yargı ve Taşralı Adam", s. 601.

³⁸ Bkz. Delcourt Kararı, 17.1.1970.

Bu açıklamalardan adil yargılanma hakkının, demokrasi ve hukukun üstünlüğü kavramlarıyla yakın bir ilişki içerisinde olduğu açıkça gözükmemektedir. Adil yargılanma hakkı, aynı zamanda demokratik idarenin temel unsurlarından biri olan hukukun üstünlüğü ilkesini de içerir. 6. madde hukukun üstünlüğü ile birlikte okunmalıdır. Bu hak, hukuk devletinin merkezi konumunda olması ve önemi nedeniyle dar yorumlanmamalıdır.³⁹ Bu nedenle hukuk yargılaması yanında, ceza yargılaması ve idari yargılama demokratik sistem açısından önem göstermektedir. Adil yargılanma hakkı, hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik sistemin belkemiğini oluşturmaktadır. Bu sebeple bir hukuk düzeninde adil yargılanma hakkı sağlanmadan demokrasinin de sağlandığı söylenemez.⁴⁰ Adil yargılanma hakkı, günümüzde sadece ulusal anayasa hukuku ve yargılama hukukunun önemli bir parçası olarak kalmamış aynı zamanda hukuk devleti anlayışının ayrılmaz bir parçası olarak görülmüş, hatta, Avrupa ortak anayasal düzenin temel bir değeri olarak da kabul edilmiştir.⁴¹

Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması kadar bu hakların korunması da büyük önem taşır. Hukuk devletinin en önemli parçası temel hak ve özgürlüklerin korunması ile ilgili olunca, anayasalarda yahut yargılama usullerinde adil yargılanma hakkı ismen zikredilsin yada zikredilmesin hukuk devleti kavramı, bu temel hakkın içeriğini dolduran ilke ve unsurları hukuk sistemlerinin bir parçası haline getirmeyi zorunlu kılmaktadır.⁴² Mahkeme de yukarıda belirttiğimiz gibi, en baştan itibaren verdiği kararlarda bu ilkenin hukukun en temel kuralı olduğunu belirtmiştir. Hukuk devleti olmanın gereklerinden biri, belki de temeli, yargılamaların, -özel hukuk, ceza ve idari yargılama- adil olmasından geçmektedir. Yargılamaların adil olması ise onun hem kamuoyuna verdiği adalet duygusu ile hem de üzerinde yargılama yapılan bireye -sanık, davacı ve davalıya- "güven" verilmesiyle gerçekleşir. Adil yargılanma hakkı, mutlak olarak uygulanması gereken temel bir insan hakkıdır. Bu hakkın ihlali, aynı zaman-

³⁹ Golder Kararı, 21.02.1975, Seri A, No. 18 p. 33, Sundry Times Kararı, 26.04.1979, Seri A, No.30, Parg. 55.

⁴⁰ Kardaş Ümit, AB'ye Uyum Sürecinde Temel Sorunlar (1), *Zaman Gazetesi* Yorum Sayfası, 29.11.2001.

⁴¹ Tezcan/Erdem/Sancakdar, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, s. 222.

⁴² İnceoğlu Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta, 2002, s. 2.

da hukuk devletinin de temelinden sarsılacağı anlamına gelmektedir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren bir devlet olduğunu ifade etmiştir.⁴³

B. Sözleşme'nin 13. Maddesiyle Olan İlişkisi

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkından ayrı olarak, bu Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunmasını sağlayan diğer bir usuli hak daha düzenlenmiştir. Sözleşme'nin "Etkili Başvuru Hakkı" başlıklı 13. maddesi aynen şöyledir: *"Bu sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili başvuru yapabilme hakkına sahiptir."*

Maddeye göre, bu Sözleşme içerisinde düzenlenmiş bulunan bir hak veya özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia eden herkes etkili bir başvuru yoluna müracaat hakkına sahip bulunmaktadır. Bu madde ile Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüğüne müdahale edildiğinin iddia eden bireylere "başvuru hakkı" tanınmıştır. Başvuru hakkı genel bir ifadeyle "ulusal bir makama" başvurudan söz edildiğinden dolayı bu makamın yargısal bir makam olması şart değildir. İdari bir makam da olabilir. Böyle bir düzenlemenin getiriliş amacı ise çeşitli ülkelerde temel hak ihlallerini inceleme ve yargılama yetkisine sahip yargı organlarından ayrı çeşitli bağımsız idari otoritelerin kurulmuş olması nedeniyle başvuru makamı açık bırakılmıştır. Böylece, 13. madde, Sözleşmeciler devletlere bu hükümden kaynaklanan Sözleşme yükümlülüklerini yerine getirme yöntemi konusunda, düzeltmenin hangi yolla yapılacağına karar verme yetkisi bakımından bir takdir yetkisi tanımıştır. Bununla birlikte madde, Sözleşme uyarınca "savunulabilir bir şikayet" in esasını araştırarak ve uygun bir çözüm sağlayabilecek bir iç hukuksal başvuru yolunun açıkça öngörülmesini gerektirmektedir.⁴⁴

13. madde, resmi görevlilerin görevlerini ifa sırasında bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmeleri durumunda bunlar için

⁴³ AYMK, 200/15, 2001/73K, T.17.4.2001.

⁴⁴ Kaya/ Türkiye Kararı, 19 Şubat 1998.

de müracaat hakkı getirmiştir. Dolayısıyla ihlalde bulunan kimselerin taşıdığı sıfatın madde uygulaması bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca, böyle bir düzenlemenin getiriliş amacının kamu görevlilerinin yapmış olduğu işlemlerden dolayı devletin sorumlu tutulmadığı sistemlerde de bu hükmün yürümesini sağlamak olduğu söylenebilir.⁴⁵

İnsan hakları ve temel özgürlüklerin sağlanmasında, korunmasında ve geliştirilmesinde birincil ve temel görev ulusal devletlerin oluncu bu konudaki düzenlemeler ulusal anayasa ve mevzuatlarda düzenlenmiştir. Uluslararası sözleşmelerin (Sözleşme'nin) ve öngörülen denetim sistemlerinin (Mahkeme'nin) bu alandaki görev ve yetkileri ise ikincil niteliktedir. 13. maddenin getiriliş amacı da bu doğrultudadır. Sözleşme'de düzenlenen, onun tarafından korunan bir hak veya özgürlüğün⁴⁶ ihlali iddiasının öncelikle ulusal (yerel) merciler önünde incelenip düzeltilmesi ve karara bağlanması imkanının sağlanmasıdır. Mahkeme de 13. maddeyle ilgili verdiği kararlarda Sözleşme'nin 13. maddesinin Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlüklerin kullanılması, onların özünü hayata geçirebilmek için ulusal düzeyde, iç hukuk düzeninde onların güvence altına alınabileceği her hangi bir şekilde, bir hukuksal başvuru yolunun var olmasını garanti altına aldığını vurgulamıştır.⁴⁷ Ancak bu düzeltmenin hangi yolla yapılacağı konusunda karar verme yetkisi ise Sözleşme'nin tarafı olan devletlere bırakılmıştır. Eğer bu aşamada olumlu bir sonuç alınmadığı durumda söz konusu ihlal iddiasının ikinci yetkiye sahip Mahkeme önüne getirilmesidir. 13. maddeden kaynaklanan Sözleşme'nin tarafı olan devletlerin yükümlülüğünün kapsamı da şikayet başvurusunda bulunan başvuruçunun Sözleşme uyarınca yaptığı şikayetin konusuna (hangi maddenin ihlaline dayandığına) göre değişmektedir.⁴⁸

Hakların korunması bakımından 13. maddenin getirdiği güvence sistemi ile 6. maddenin sağladığı usulü güvence sistemi tamamen önemini yitirmiş değildir. Bir defa, etkili başvuru hakkını düzenleyen 13.

⁴⁵ Gözübüyük Şeref/Gölcükü Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2003, s. 396.

⁴⁶ Bu haklar ve özgürlükler, Sözleşme'de ve eki sayılan protokollerde düzenlenmiştir. Bunlar için Bkz. Bozkurt, *Türkiye'nin Uluslar arası Hukuk Mevzuatı*.

⁴⁷ Bkz, Tanrıkulu/Türkiye, Çakıcı/Türkiye Kararları, 8 Temmuz 1999.

⁴⁸ Bkz, Gündem/ Türkiye Kararı, 25 Mayıs 1998.

madde, Sözleşme’de düzenlenen bütün hakları kapsamakta olup, bu maddelerle sağlanan hak ve özgürlüklerin ihlali halinde milli (ulusal) makamlar önünde bireye şikayet hakkı tanındığından bu şikayet hakkının kullanılmamış yahut engellenmiş olması iddiasıyla genel olarak tek başına 13. maddeye dayanılarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme önüne gidilememektedir. Bir başka ifadeyle 13. madde, bağımsız bir varlığa sahip olmayıp, Sözleşme’nin normatif hükümlerinden biriyle bağlantılı olarak uygulanabilmektedir. Ancak, diğer maddelerden en az birinin ihlali iddiasıyla ve o maddeyle birlikte başvuru konusu yapılabilir. Bu anlamda 13. madde genel bir hüküm olma özelliğini taşımaktadır. Madde, etkili başvuru hakkının ilkelerini de açıkça belirtmiş değildir.⁴⁹ Oysa 6. madde Sözleşme sisteminde özel bir hüküm, ve özel bir statüye sahiptir. Buna ilaveten 13. maddeye nazaran daha güvencelidir. Şöyle ki; Sözleşme’nin 6. maddesinde “mahkeme önünde hak arama hakkı” olarak düzenlenen bu hak, bireyin adil yargılanma hakkını güvence altına almakta, 6. madde bu hakkın ilkelerini ayrıntıları ile vermekte ve 13. maddenin aksine tek başına 6. maddenin ihlali iddiasıyla doğrudan doğruya Mahkeme önüne gidilebilme, başvuru için, başka bir hakkın ihlali iddiası şartı aranmamaktadır.

13. maddede ulusal bir makama başvurudan söz edildiğine göre, bu makamın zarureten yargısal nitelikte olması şartı aranmayacağından, bu makamın idari bir makam da olabilmesi söz konusu iken 6. madde, mahkeme önünde yargılanma hakkını kapsadığından yalnızca mahkeme tarafından yargılanmayı gerektiren konularla sınırlı bulunmaktadır.

Tek başına 13. maddeye dayanılarak başvuru yapılamadığından, Sözleşme’de düzenlenen haklardan birinin ihlali iddiasıyla birlikte başvuru yapılabildiğinden, söz konusu ihlal edildiği iddia edilen hakkın ihlali olgusu tespit edilemez ise, çoğunlukla 13. madde açısından da aynı sonuç çıkmaktadır.⁵⁰ Halbuki 6. maddenin uygulanması açı-

⁴⁹ Ancak Mahkeme, 13. maddenin uygulanmasıyla ilgili olarak etkili başvuru hakkının sağlandığını kabul edebilmek için asgari düzeyde bulunması gerekli şartları Başvuru No:5947/72, 25.3.1983 Tarihli Silver ve Diğerleri Kararında açıklamıştır.

⁵⁰ Mahkeme, ilgililerin (Tepeli ve ötekiler/Türkiye, Uyanık/Türkiye vs.) 9. madde konusundaki iddialarını savunabilir bulmadığı için, 13. madde bağlamında da bir ihlali tespitin mümkün olmadığına karar vermiştir. Bkz. Gölcüklü, Gözübüyük, *AİHS ve Uygulaması...*, s. 397.

sından böyle bir ön şart aranmamaktadır. 6. maddenin kapsamı ise medeni hak ve ödevlerden doğan uyumsuzluklar ile ceza isnadına ilişkin ihtilaflardır.

Sözleşme'nin 13. maddesi ile 6. maddenin birinci fıkrası, bazen aynı davada birbiriyle örtüşebilmektedirler. 13. maddenin gereklerinin daha gevşek olması, 6. maddenin birinci fıkrası 13. maddeyi de içermesi nedeniyle bir davada 6. maddenin ihlal edildiğinin tespiti yapılmış ise, ayrıca olayda 13. maddenin davalı devlet tarafından yerine getirilip getirilmediği incelenmeye gerek görülmemektedir.⁵¹

Bu madde, ülkemiz için çok büyük önem arz etmektedir. Çünkü özellikle, yaşama hakkı, özel hayatın korunması, işkence yasağı ve din ve vicdan özgürlüğünün ihlali iddiaları, hatta adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarıyla birlikte Sözleşme'nin 13. maddesinin de ihlal edildiği iddiasıyla çok sayıda Mahkemeye şikayet başvurusu yapılmaktadır.⁵² Bu ise, 13. maddenin önemini giderek artırmaktadır.

C. Sözleşme Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Niteliği

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Birinci Bölüm'ünde bazı hak ve özgürlükler garanti altına alınmış, bazı fiil ve eylemlerin yapılması ise yasaklanmıştır. Sözleşmede garanti altına alınan haklar medeni ve siyasal haklardır. Hukuksal olarak bireylere tanınan Sözleşmedeki bu haklara hangi hallerde ve hangi durumlarda nasıl bir müdahale söz konusu olabilir, ya da devlet bu haklara müdahale edebilir mi? Bu soru altında Sözleşmede düzenlenen kişisel ve siyasal hak ve özgürlükler üç hak kategorisi içinde incelenmektedir. Sözleşme'de ifade edilen haklar mutlak haklar, sınırlı haklar ve nitelikli haklar olmak üzere üç kısma ayrılmaktadır. Sözleşme'nin işleyişini anlayabilmek bakımından böyle bir ayırım önem arz etmektedir.⁵³ Sözleşmedeki hakla-

⁵¹ Airey/İrlanda Kararı, 9.10.1979.

⁵² Tanrıkulu/Türkiye, 8 Temmuz 1999, Çakıcı/Türkiye, 8 Temmuz 1999, Gündem/Türkiye, 25 Mayıs 1998, Selçuk ve Asker/Türkiye, 24 Nisan 1998, Aksoy, Aydın, Kaya/Menteş, Gündem/Türkiye Kararları (25 Eylül 1997). 13. maddeyle ilgili olan bazı kararlardır. Bkz, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Cilt 2, Sayı 3-4/98, Cilt 2, Sayı 1-2/98, Cilt 3/99, Dış Politika Enstitüsü Yayınları.

⁵³ Holdsworth Olivia/Bentley David, "Haklar ve Nasıl İşledikleri, Medeni ve Siyasi Hakların Mahiyeti" Avrupa Konseyi ve Avrupa Komisyonu'nun Türkiye ile Ortak Girişimi, 225 Hakim ve C. savcısı Eğitimcinin Metodoloji ve Değerlendirme

rın nasıl işlediğini anlamak için, farklı türdeki hakların farklı türdeki müdahalelere izin verdiğini kabul etmek önemlidir. Bu sebeple, bireyin Sözleşmeden doğan haklarına kanunen müdahale etmek, belli durumlarda yasal olarak haklı görülebilmektedir. Bir bireyin haklarına müdahale edebilecek konumunda bulunan ve bunu yapmanın gerekli olduğunu düşünenin kendi kendine sorması gereken soru şudur: Bir başkasının haklarına kanuni olarak, nasıl bir müdahalede bulunabilirim. Böyle yapmak, Sözleşme haklarını farklı hak kategorilerine ayırmada yardımcı bir rol oynamaktadır.

Sözleşme sisteminde mutlak haklar, hiçbir koşulda nispet ya da müdahaleye izin vermemektedir. Başka bir anlatımla, tesis edildikten sonra hiçbir biçimde müdahale edilemeyen haklardır. Klasik mutlak hak, işkenceyi, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muameleyi yasaklayan Sözleşme'nin 3. maddesidir. İşkence, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele eşiğine ulaşıldığında bu hakka yapılan müdahalenin hiçbir haklı gerekçesi kalmamaktadır.

Chahal-İngiltere davasında olduğu gibi.⁵⁴ Mutlak hakların diğerleri ise, 2. maddede yer alan yaşama hakkı ve 4. maddede yer alan köleliğe karşı korunmadır. Hiçbir sözleşmeci devlet, benim ülkemde terör var, yahut benim ülkemde savaş var ya da ulusal olağanüstü hal var diyerek ben işkence yaparım diyememektedir.⁵⁵ Bu tür mutlak haklardan feragat etmek de mümkün gözükmemektedir.

Sınırlı haklar, maddenin kendisi içinde belirtilen kısıtlamalar dahi-

Toplantısı Programında Sunulan Tebliği, No:3-23/25 Şubat 2004. Ankara.

⁵⁴ Chahal-Birleşik Krallık Kararı, 15.11.1996. Doğru Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları I*, TC Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı 2.Bası Ankara 2003. s. 978. Başvuru sahibi İngiltere'de bulunan bir teröristtir. İngiliz makamları bu şahsı sınır dışı etmek istemektedirler. Kişinin Hindistan'a iade edilmesi durumunda işkence göreceği kabul edilmiştir. Strazburg Mahkemesi bu sebeple, işkenceden korunma hakkının mutlak doğası nedeniyle, İngiliz Hükümetinin, ulusal güvenliğin söz konusu olduğu hallerde bile bir kişiyi söz konusu türde bir muameleye maruz kalacağı bir yere iade edemeyeceğine hükmetmiştir.

⁵⁵ Sözleşmenin 15. maddesi, ulusun yaşamını tehdit eden bir olağanüstü hal durumunda devletin belli Sözleşme haklarından uzaklaşabileceğini kabul etmektedir. Ancak maddenin 2. fıkrasında "yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. madde ile 3 ve 4. maddeler (fıkra 1), ve 7. maddeyi hiçbir surette ihlale mezun kılmaz" demekle belirtilen bu haklar mutlak haklar olarak kabul edilmiş ve bu haklar için ihlal mezuniyetinin söz konusu olmayacağı belirtilmiştir.

linde sınırlanabilen haklardır. Bir başka ifadeyle, ancak açık olarak belirlenen sınırlamalarla kısıtlanabilen haklardır. Sözleşme'nin 5. maddesi sınırlı haklara çok iyi bir örnek oluşturmaktadır. Hakkın kendisi maddenin 1. paragrafında verilmekte, ancak daha sonra bu hakka belli sınırlamaların getirilebileceği ve bu sınırlamaların neler olduğu belirtilmektedir. Örneğin, yetkili bir mahkeme tarafından mahkum edildikten sonra, bir bireyin özgürlük hakkı elinden alınabilmektedir.⁵⁶

Bir diğer hak kategorisi ise, nispi yahut nitelikli haklardır. Bu tür haklar belirli durumlarda sınırlanabilir haklardır. Bu tür hakların amacı, bir yandan birey, diğer taraftan toplum arasında yahut iki rakip hak arasında dengeyi sağlamaktır. Nitelikli haklar, maddede hakkın genel bir ilke olarak geçtiği haklardır. Bu tür haklar; ifade özgürlüğü hakkı yahut özgür ifade güvencesi, özel hayat hakkı, protesto ve sendikaya katılma hakkı ile dini inancı açıklama haklarıdır. Tüm bu hakların düzenlendiği maddelerde ilk önce genel olarak hak ifade edilmekte, daha sonra ise, madde, hakkın hangi durumlarda geçerli bulunduğunu açıklamakta ve sadece meşru bir amaca uygunluk, demokratik bir toplum için gerekli olduğu hallerde ve yasal bir temele oturtulabildiği ölçüde bu hakka müdahale edilebileceğini belirtmektedir. Bu sebeple, belirtilen bu tür haklara sınırlamalar getirmek yasal açıdan haklı görülebilmektedir. Nispi ya da nitelikli haklar, birbiriyle çelişen haklar olup, çoğunlukla da çelişmektedir. Örneğin, bir insanın özel yaşam hakkının başka bir insanın ifade özgürlüğü hakkı olabilmektedir. Çelişen bu iki çıkar arasında bir lehine, dolayısıyla diğeri aleyhine bir sonuç doğurmadan adil bir dengenin kurulması gerekmektedir.

Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı hangi durumlarda Sözleşmede yer alan haklar arasında nasıl bir konuma sahip bulunmaktadır ya da adil yargılanma hakkı bu farklı üç hak kategorileri çerçevesinde nereye oturmaktadır?

Adil yargılanma hakkı, bir bütün olarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi sisteminin temelini oluşturmaktadır. Çünkü bu hak, Sözleşme'deki diğer hakların tersine usule ilişkin bir güvence getir-

⁵⁶ İHAS m. 5/1. Özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen Sözleşme'nin 5. maddesinin ilk paragrafında hakkın kendisi, yani "herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz" denildikten sonra, hangi hallerde bu hakka sınırlama getirilebileceği altı bent halinde sayılmıştır.

mektedir. Eğer, Sözleşme’de 6. madde düzenlenmemiş olsa idi, Sözleşmede sabit olan diğer hakların yürürlüğe konması ve korunması mümkün olmayabilirdi. Bu çerçeveden bakıldığında adil yargılanma hakkı mutlak, sınırlı ve nitelikli hak kategorilerinden hiç biriyle tam olarak örtüşmemektedir. Usule ilişkin bir güvence getiren bu hak, bu açıdan diğer haklardan farklı olup, kendine özgü bir biçimde yorumlanmalıdır. Madde 6’da öngörülen adil yargılanma hakkı bir bütün olarak ele alındığında yargılamanın adil olması gerektiği ölçüde mutlaktır. Bir başka anlatımla bu hak, kendi içinde mutlak bir haktır. Ancak, 6. maddede sayılan diğer haklara belli, açık ve örtük sınırlamalar getirilebilir.⁵⁷ Örneğin mahkemeye ulaşma hakkı bunlardan biridir.⁵⁸ 6. maddede belirtilen haklar kamu yararı adına zaman zaman yoruma tabi olabilirler. Ancak bu durum, söz konusu hakların nitelikli haklar oldukları anlamına gelmemektedir. Adil yargılanma hakkı içinde sayılan hakları kısıtlamaya yönelik her girişim Sözleşme’nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde teminat altına alınmış olan nitelikli haklar konusunda benimsenen yaklaşımdan farklılık gösterir. Söz konusu maddelerde güdülen amaç, yukarıda ifade edildiği üzere hak ile kamu çıkarı arasında ya da birbiriyle çelişen haklar arasında bir denge kurmaktır. Ne var ki, 6. maddenin belirli unsurlarını sınırlama yönünde bir ihtiyaç hasıl olduğu takdirde bunun yapılmasının arkasındaki sebep ile gerçekleştirilmesi süreci birbirinden farklıdır.⁵⁹

Adil yargılanma hakkı ile güdülen amaç, yargılamanın adil olmasını sağlamaktır. Aynı zamanda da bu amacı, özetle adaleti temin edebilmek için farklı usullerin de benimsenmesi gerekebilmektedir. Yine de bu hakka getirilecek her hangi bir sınırlama yahut kısıtlama, adil yargılanma hakkının bütününe müdahale oluşturmamalıdır.

⁵⁷ Holdsworth/Bentley, “Medeni ve Siyasi Hakların Mahiyeti” Yukarıda zikredilen seminer.

⁵⁸ Bkz. Osman-Birleşik Krallık Kararı, 28.10.1998.

⁵⁹ Holdsworth/Bentley, “Medeni ve Siyasi Hakların Mahiyeti” Yukarıda zikredilen seminer.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 6. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE MAKUL SÜRE İÇERİSİNDE YARGILANMA HAKKI

M. Serhat KAŞIKARA*

Giriş

İnsan hakları, demokrasi ve hukuk devleti; son yüzyılın yükselen değerleridir ve insanlığın bin yıllar süren adalet, özgürlük ve eşitlik mücadelesi sonucunda elde edilmişlerdir. Bu değerlerin yargılama alanındaki en önemli yansıması ise; adil yargılanma hakkıdır.

Adil yargılanma hakkı, dokunulmaz ve vazgeçilmez bir hak olarak, yargılamanın insan haklarına ve demokratik kurallara en uygun şekilde yapılmasının ve böylelikle, insan hakları ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının garantisidir.

Evensel nitelikli insan haklarının en önemlilerinden birisi olan adil yargılanma hakkı, *Magna Carta Libertatum* (Büyük Özgürlük Fermanı)¹ ile başlayarak bugüne kadar sürekli gelişmiş ve gerçek anlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yerini bulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi, tamamıyla adil yargılanma hakkına ve bu hakkın unsurlarına ayrılmıştır. Söz konusu madde-

* Konya Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi son sınıf öğrencisi.

¹ Metnin tümü için bkz: Çeçen, Anıl, *İnsan Hakları Rehberi*, Ankara 1999, s. 11-12. "Yaygın görüşe göre, İnsan Haklarını düzenleyen metinlerin **başlangıcı** kabul edilen *Magna Carta Libertatum* (Büyük Özgürlük Fermanı), adil yargılanma hakkı konusundan önemli bir belgedir. Batıda insan haklarının korunması ve sanıklara ceza kovuşturması sırasında bazı hak ve güvencelerin tanınması ile ilgili ilk hükümlerin sınırlı da olsa 1215 tarihli *Magna Carta Libertatum*'da yer aldığı kabul edilmektedir. Bu düzenlemelere göre Kraliyet Hâkimlerinin bakması gereken davalara hiçbir şekilde memurlar bakamayacak; özgür kişilerin mal ve can güvenliklerine, bağlı buldukları mahkemelerin yasalara uygun bir kararı olmaksızın dokunulamayacak; yani mahkeme kararı dışında «tutuklama», «hapis», «sürgün», «mal müsadere» yapılamayacak ve de cezalar, suçun ağırlığı ile orantılı olacaktır." (Akad, Mehmet, *Genel Kamu Hukuku*, 2.baskı, İstanbul 1997, s. 148.)

de adil yargılanma hakkının kapsamına nelerin dâhil olduğu teker teker sayılarak hepsi koruma altına alınmıştır.²

Günümüzde demokratik devlet olmanın vazgeçilmez unsurlarından biri haline gelen adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesinin de en önemli gereklerindedir. Hukuk devleti kavramı, şiddet tarafından çevrelenmiş bir dünyada, demokrasi ve insan haklarının insanlık içinde tutunabilmesini gayretleri bakımından hayati önem taşımaktadır. Adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ve adâletin en önemli koruyucularından birisidir. Adil yargılanma kavramı, evrensel adaletin sağlanması amacıyla hem usulü hem maddî hukuka ilişkin bazı hususlar yerine getirilmesini gerektirmektedir.³

Bu bağlamda devletler, adil yargılanma hakkını, ya anayasalarında *temel haklara* ilişkin bölümünde ayrıca belirterek ya da *hukuk devleti* kavramını geniş yorumlayarak güvence altına almaktadırlar.⁴ Hukuk devleti kavramının ilk akla getirdiği çağrışım, genellikle devlet gücünün *hukuk* ile bağlılığıdır. Ancak sıklıkla unutulmuş bir husus vardır ki, o da hukuk devletinde kanunkoyucunun kanun hazırlarken göz önünde bulundurması gereken belirli bir *maddî* içeriğin olduğudur. Özellikle ceza muhakemesi hukuku gibi kişisel hakların bazı zorunlu durumlarda sınırlandırıldığı bir hukuk dalına ilişkin düzenlemelerde dikkat edilmesi gereken minimum garantiler vardır. Bu garantiler hukuk devleti ilkesine dayanır ve değişik ulusal hukuklarda farklı şekillerde ortaya çıkarlar. Bu garantilerin hiçbirisinin temel içeriği herhangi bir şekilde sınırlandırılmaz.⁵ Bu bağlamda, diğer insan hakları gibi, adil yargılanma hakkının da hür, demokratik ve hukuka saygılı tüm rejimlerde güvence altına alınması bir zorunluluktur.⁶

² Erşen, Serkan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale 2007, "Giriş" kısmından.

³ Karakehya, Hakan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma (Doktora Tezi)*, Eskişehir 2007, s. 20-21'deki dn. 66'dan dolayı atfla.

⁴ Karakehya (2007) a. g. e., s. 20'deki dn. 67'den dolayı atfla.

⁵ Karakehya (2007) a. g. e., s. 20'deki dn. 68'den dolayı atfla.

⁶ Karakehya (2007) a. g. e., s. 20'deki dn. 69'dan dolayı atfla: "Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Bush yönetimin, özellikle 11 Eylül sonrasındaki dönemde, terörle mücadelede, vatandaş olmayan şüpheliler için kurulacak «Özel Askerî Komisyonlar»a ilişkin yayınladığı «Askerî Direktif» (military order), adil yargılanma ilkesinden önemli sapmalar içermektedir. (Direktif yayın tarihi, 13 Kasım 2003)".

Adil yargılanma hakkı, batılı ülkeler tarafından tam anlamıyla uygulanmaya çalışılmakta, zaman içerisinde toplumdaki gelişmeye ve yeni gereksinimlere bağlı olarak sürekli geliştirilmektedir. Gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerde ise, bu hakkın tam olarak güvence altına alınmadığı görülmektedir.⁷

Türkiye'nin hedefi; kuşkusuz, hukuk devleti ilkelerinin egemen olması ve yargı dâhil tüm kurumlara yerleşmesi, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları adil ve güvenilir bir hukuk düzeni içinde koruyan, bütün faaliyetlerinde bu ilkelere bağlı bir devlete dönüşmek olmalıdır.

İnsan haklarının en temel parçalarından biri sayılabilecek nitelikteki *adil yargılanma hakkı* çerçevesinde *makul süre içerisinde yargılanma hakkını* ele aldığımız bu çalışmada, gerek Türkiye uygulaması gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulaması, titizlikle incelenmiştir. Makul süre içerisinde yargılanma hakkının ne olduğu, nasıl anlaşıldığı gibi temel sorular üzerinde durularak, öğretilerdeki yaklaşımlarla birlikte, mahkeme içtihat ve kararları da birlikte ele alınıp işlenmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE GETİRDİĞİ DENETİM MEKANİZMASI

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin *sui generis*⁸ bir niteliğe sahip olduğu ve bu özelliği nedeniyle de klasik uluslararası sözleşmelerden farklı şekilde değerlendirilmesi gerektiği, öğretilerde ileri sürülmektedir⁹. Bu ayrıcalık da, Sözleşmenin, taraf devletlere bazı yükümlülükler getiren emredici nitelikleri olan *ortak hukuk belgesi* olması esasan

⁷ Karakehya (2007) *a. g. e.*, s. 22.

⁸ Nev'i şahsına münhasır; kendisine özgü (bir yapıda) olan.

⁹ Çavuşoğlu, Naz, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Özel Dizi No.1, Ankara 1994, s. 83.

kaynaklanmaktadır.¹⁰

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi tarafından, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanmış ve Sözleşme gereği, 10 üye ülkenin kabulü ile 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi, 10 Mart 1954 tarihinde 6366 Sayılı Kanunla uygun bulmuş, 18 Mayıs 1954 tarihinde de Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne vermesiyle birlikte, Sözleşme yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten itibaren de ülkemiz için Anayasa gereği bağlayıcılık kazanmış ve iç hukukumuzun bir parçası hâline gelmiştir. Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni imzalamakla, Sözleşmede yer alan bütün hak ve özgürlüklere, hem *kendi vatandaşları*, hem de ülkesinde bulunan *tüm yabancılar* için uyma yükümlülüğü altına girmiştir.¹¹

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İç Hukukumuzdaki Yeri ve İç Hukuka Etkisi

Uluslararası anlaşma ve sözleşmelerin Türk Hukukundaki yeri hususunda 1982 Anayasası, 90. maddesinde, *üç önemli kural* öngörmüştür. Bunlardan *ilki*, uluslararası anlaşmaların kanun gücünde olduğu; *ikincisi*, uluslararası anlaşmaların Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülemeyeceği; *üçüncüsü* ise, usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda, *uluslararası anlaşmaların hükümlerinin esas alınacağıdır*. Anayasanın bu hükümleri *amir* niteliktedir.

Türk hukukuna göre bir uluslararası sözleşmenin yürürlüğe girerek iç hukukta uygulanabilmesi için; söz konusu sözleşmeyi, TBMM’nin bir kanunla uygun bulması ve bu sözleşmenin Cumhurbaşkanlığı tarafından onaylanması ve akabinde, *Resmî Gazete’de* yayımlanması gereklidir.¹²

Anayasa’nın 90. maddesinden, uluslararası antlaşmaların, *kanun*

¹⁰ Tunç, Hasan, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl 2000, C. 17, s. 184.

¹¹ Erşen (2007) *a. g. e.*, s. 34’deki dn. 79’dan dolayı atıfla.

¹² Bkz. 1982 Anayasası m. 90/I.

gücünde olduğu ve doğrudan hüküm doğurduğu anlaşılmaktadır.¹³ Ayrıca usûlüne uygun olarak yürürlüğe konmuş uluslararası antlaşmaların iç hukuk düzeninde geçerli ve bağlayıcı olacağı kesin olarak belirtilmiş olmaktadır. Diğer yandan, uluslararası antlaşmalar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı belirtildiğine göre, normlar hiyerarşisi yönünden uluslararası anlaşmaların, diğer kanunların üstünde bir statüye sahip oldukları söylenebilir.¹⁴

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye tarafından imzalanmakla iç hukukumuzun parçası hâline gelmiş, ulusal mahkemeler ve bütün kamu otoriteleri için bağlayıcı bir nitelik kazanmıştır.¹⁵

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Getirmiş Olduğu Denetim Mekanizması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi)

AİHS'yi, diğer temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerden daha önemli konuma getiren husus; başvurular sonucunda taraf ülkelerin, sözleşme hükümlerine uygun davranıp davranmadıklarını denetleyen bir yargılama mekanizmasının bulunmasıdır.¹⁶ Böylece AİHS ile ortak güvence sistemine dayanan, uluslararası yargısal denetim mekanizması kurularak bireylere sağlanan güvenceler, yaptırıma bağlanmıştır.

AİHS'nde yer alan insan haklarının pratikte uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi sorumluluğu, 1954 yılında oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı'na verilmiştir. 1 Kasım 1998 yılında yürürlüğe giren 11 No.lu Protokol ile bahsedilen bu iki organın yerini, tam zamanlı olarak çalışan tek bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi almıştır. Ayrıca Bakanlar Komitesi'nin yargısal nitelikli işlevi de ortadan kaldırılmıştır. Yapılan bu yenilik, siste-

¹³ Erşen (2007) *a. g. e.*, s. 38'deki dn. 86'dan dolayı atıfla.

¹⁴ Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 6.Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1981, s. 133.

¹⁵ Türmen, Rıza, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuzda Etkileri*, Anayasa Mahkemesi'nin 38. Kuruluş Yıldönümü Dolayısıyla Düzenlenen Panel.

¹⁶ Karakehya (2007) *a. g. e.*, s. 27.

min *yargısal nitelik* kazanması açısından son derece olumlu olmuştur.¹⁷

AİHM'nin vermiş olduğu kararlar, AİHS'ye taraf olan devletler için "*bağlayıcı*" niteliktedir. Diğer üye ülkeler, hukuken bu kararla bağlı değildirler. Ancak Mahkeme'nin kararına konu olan benzer olaylarda kendileri bakımından da aynı şekilde karar verileceğini öngörmek zorundadırlar.¹⁸

Yüksek Sözleşmeciler Tarafı¹⁹ taraf oldukları davalarda, Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler. Mahkeme'nin kesinleşmiş kararları, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir.²⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlar esas itibarıyla, iç hukukta yapılan işlem veya eylemin, Sözleşme hükümlerini ihlal edip etmediğine yöneliktir. Bu bakımdan Mahkeme, üye devletler açısından, devletler-üstü bir *temyiz mahkemesi* değildir. Mahkemece, ilgili devletin, Sözleşme hükümlerini ihlâl ettiğine karar verildiği takdirde, Mahkeme tarafından ilgili devlete yönelik olarak bir tazminata hükmedebileceği gibi; iç hukuk kuralının, Sözleşme kuralları ile bağdaşmadığı da Mahkeme kararlarında vurgulanabilir. Bu son durumda ilgili devlet, söz konusu iç hukuk kuralını Sözleşme ile uyumlu hâle getirmediği takdirde, Mahkemeye, benzer şekilde yapılacak her başvuruda, Mahkemece ilgili devlete, Sözleşmenin aynı kuralını ihlâl ettiğine yönelik bir karar verilmesi kuvvetle muhtemel olacaktır.

Mahkemenin yargı kararları, AİHS md.44'e göre kesinleştiği takdirde artık, kesinleşen bu yargı kararları aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz. Ancak kararın yorumlanması ya da karar üzerinde etkili olabilecek birtakım yeni bulguların ortaya çıkması halinde, kararın yenilenmesi Mahkeme'den istenebilecektir.²¹

¹⁷ Bıçak, Vahit, *Yeni Yapısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*.

¹⁸ Karakehya (2007) *a. g. e.*, s. 28'deki dn. 87'den dolayı atıfla.

¹⁹ Diğer bir deyişle, AİHS'ne taraf olan devletleri ifade eder.

²⁰ AİHS m. 46.

²¹ Batum, Süheyl, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye*, İstanbul 1996, s. 50.

İKİNCİ BÖLÜM

I. ADİL YARGILANMA HAKKI²²

*“Kimseye hakkı ve adaleti satmayacağız;
kimseyi adaletten menetmeyeceğiz ya da geciktirmeyeceğiz.”
Magna Carta Libertatum (m.40)*

A. Kavram

Bir insan hakkı olan “*adil yargılanma hakkı*” kavramının ne ifade ettiği ve de terimsel olarak adlandırılması hususunda, öğretide bir birlik yoktur.

Türkiye’nin de taraf olduğu AİHS’nin 6. maddesi, adil yargılanmayı tanımlamaktadır. Maddenin bütünü ele alınırken İngilizce yayınların çoğunda “*fair trial*”²³ kavramı²⁴ kullanılmaktadır. “*Fair trial*”²⁵

²² Bazı dillerdeki karşılıkları olarak: the right to a fair trial [EN]; adél margan lis [VEEN]; das Recht auf ein gerechte Verfahren [DE]; le droit à un procès équitable [FR]; i diritti a un processo equo [IT]; el derecho a un juicio justo [ES]; os direitos a um julgamento justos [POR]. Abi. Bkz. Kaşıkara, M. Serhat, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı*, Konya 2008.

²³ Bazı dillerdeki karşılıkları olarak: fair trial [EN]; adél margan [VEEN]; faires Gerichtsverfahren [DE]; procès équitable [FR]; giusto processo [IT]; juicio justo [ES]; julgamento justo [POR].

²⁴ AİHS’nin, işbu sözleşmeyi imzalayan ülkeler için bağlayıcı bir belge olması nedeni ile, İngiltere, Sözleşme ile korunan hakların net ve açık bir şekilde düzenlenmesini talep etmiştir. «Fair trial» (adil yargılanma) ilkesinin anavatani olan İngiltere’nin talebi, oldukça ilgi çekicidir. [Toklu, Erdiñ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi)*, Kocaeli 2001, s. 26’ daki dn. 79-80’ den dolaylı atıfla.]

²⁵ “«Fair trial» kavramının temelini, Anglo-Amerikan hukukundaki «due process of law» kavramı oluşturmaktadır. Bu kavram Fransız hukukundaki «proces de lei» teriminden kaynaklanmakta olup, Fransız hukukuna da 1354 yılında, 1215 tarihli Manga Carta’dan alınmıştır. Daha sonraları kavramın 17. yüzyılda Hâkim Edward Coke tarafından ele alınıp geliştirildiği görülmektedir.” Karakehya (2007) a. g. e., s. 16’ daki dn. 49’ dan dolaylı atıfla. Amerika’da, «fair trial» kavramının karşılığı olarak genelde «due process» kavramına yer verilmektedir. Bu kavramın Amerikan hukukunda ifade ettiği anlam ve içinde yer alan alt haklar için Bkz. Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. bası, İstanbul 2006, s. 27 vd..

teriminin Türkçe karşılığı konusunda değişik birçok görüş vardır.

Adil yargılanma hakkı, Sözleşmede ve Sözleşmenin Türkçe çevirisinde, “*adil yargılama*”²⁶ olarak ifade edilmiştir. Öğretide, bu hususta farklı ifade tarzlarına rastlanmaktadır. Zabunoğlu’na göre: “*söz konusu hakkın doğru karşılığı “adil yargılanma hakkı”dır. “Adil yargılama”, öznesi yönünden edilgen bir yapıya sahip olduğundan, diğer bir ifadeyle, belirsizlik taşıdığından; bu ifade yerinde değildir. Ayrıca adil yargılanma hakkı, birey için bir “temel hak” kimliğini baskın bir biçimde ortaya koymaktadır. Bunun yanı sıra, yargılama makamı açısından da adil yargılama yapma görevi getirmektedir. Öte yandan “adil bir yargılanma” daima “doğru bir yargılama”yı da içerir. Adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğünün içinde yer alır. Bir diğer ifadeyle, hak arama özgürlüğü, asal (asıl/esas) bir kavram; adil yargılanma hakkı ve hele yargı makamı açısından adil yargılama yapma görevi, hak arama özgürlüğünün uygulamaya yönelik uzantısıdır*”.²⁷ Gölcüklü/Gözübüyük²⁸ ile Versan’a²⁹ göre: kavram için “*adil yargılama*” terimi uygundur. Akıllıoğlu’na³⁰ göre: “*doğru yargılama*” denmelidir. Dönmezer’e göre: “*Yargılamanın sonucunun adil olması AIHS’nin 6. ve diğer maddelerinde hedeflenen bir şey olamaz. Ama AIHS’nin ifade ettiği şey şudur: Adil sonuca varırken dürüst yollardan gideceksiniz. Adamı döversiniz, ona söversiniz ve onu söyletirsiniz; neticede verdiğiniz hüküm adil olur. Ama bu dürüst bir yargılama değildir. Bu itibarla; “doğru yargılama” ifadesi, bu hakkı ifade etmek için daha doğru bir tercihtir ve bu terim kabul edilmelidir*”.³¹ İnceoğlu’na göre: “*“Fair trial” teriminin dilimizdeki tam çevirisi “hakkaniyetle yargılama” veya “hakkaniyete uygun yargılama”dır.*

²⁶ Çelik, Adem, 1982 *Anayasası’nda Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara 2006, s. 21’deki dn. 67’den dolayı atıfla.

²⁷ Zabunoğlu, Yahya, *Adil Yargılanma Hakkı ve İdarî Yargı, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, Ekim 2000.

²⁸ Gölcüklü, Feyyaz / Gözübüyük, A.Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Ankara 2003, s. 220.

²⁹ Versan, Rauf, *Adil Yargılama Üzerine, İstanbul Barosu Dergisi*, Yıl:1990/1-2-3, İstanbul 1990, s. 123 vd.

³⁰ Bkz. Akıllıoğlu a. g. eserleri.

³¹ Dönmezer, Sulhi, *İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, Ekim 2000, s. 339. Kanaatimizce Dönmezer, burada, *hukuka uygun şekilde yargılama düşüncesinden hareketle, «delil yasakları» konusuna değinmektedir. Delil kuralları, delil elde etme usulleri ve hukuka aykırı deliller (yasak deliller) ile bunların değerlendirilmesi konularında bkz. Kaşıkara, M. Serhat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Elde Etme Yasakları*, Konya 2008.

AİHS'nin 6.maddesinin bütününe işaret edildiğinde "adil yargılama" terimini kullanma; buna karşılık, 6.maddedeki ilke ve hakların bütününe kapsayan bir hak olarak kullanıldığında ise, "adil yargılanma hakkı" terimini kullanma" tercih edilmelidir.³² Aliefendioğlu ise: "adil yargılanma" terimini tercih etmiştir.³³ Erşen'e göre: "Biz "adil yargılanma hakkı" kavramının, "doğru yargılanma ve yargılama" ifadesini de kapsadığını düşündüğümüzden; "adil yargılanma hakkı" kavramını kullanacağız" demektedir.³⁴ Eroğlu'na göre: "'yargılanma" kelimesinin, yalnızca Ceza Hukukunu kapsadığını; oysa "yargılama" kelimesinin daha kapsayıcı olduğunu belirtmekte ve bu sebeple, çoğu kez "doğru yargılama" kavramını kullanmayı tercih ettiğini" söylemektedir.³⁵ Aybay ise: "düzgün yargı hakkı" karşılığını uygun görmektedir.³⁶

Katıldığımız görüşe³⁷ binaen, kanaatimizce; "fair trial" kavramının karşılığı olarak, AİHS'nin 6. maddesindeki güvenceleri içeren kuralara uygun, hile yapılmaksızın, doğru ve de dürüstçe gerçekleştirilen bir muhakeme faaliyetini ifade eden "adil muhakeme" teriminin kullanılması daha uygun olurdu. Çünkü yapılan faaliyetin, Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvenceleri içeren kurallara uygunluğunu ve bunları dürüst bir şekilde uygulanmasını "adil"; iddia, savunma ve yargılama makamları tarafından birlikte yapılan kolektif faaliyeti de "muhakeme"³⁸ kavramları ifade etmektedir. Diğer taraftan, "doğru yar-

³² İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2002, s. 2-3. İnceoğlu, kavramın tam karşılığı olarak «hakkaniyete uygun yargılama» teriminin kullanılmasını gerektiğini savunmakta; ancak pratik kaygılar dolayısıyla «adil yargılama» terimini kullandığını söylemektedir.

³³ Aliefendioğlu, Yılmaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Açından Adil Yargılanma Hakkı", *Anayasa Yargısı 10*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1993, s. 359.

³⁴ Erşen (2007) a. g. e., s. 11.

³⁵ Bkz. Eroğlu, Cem, "(...) ilgili makalesi", *Çağdaş Hukuk Dergisi*, Aralık 1997, s. 22.

³⁶ Aybay, Rona, *Yabancılar Hukuku*, İkinci Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2007, s. 285 vd. Aybay'a göre; "Anayasa'ya, 2001 yılı Ekiminde yapılan değişiklikle, AİHS'ndeki «düzgün (fair) yargı» kavramının yanlış çevirisi olarak «Adil Yargılanma Hakkı» kavramı da eklenmiştir."

³⁷ Aynı görüşte olan Karakehya için Bkz. Karakehya (2007) a. g. e., s. 18; Çelik için Bkz. Çelik (2006) a. g. e., s. 22.

³⁸ Yargılama; sadece yargılama makamu tarafından yapılan bir faaliyettir. Oysa muhakeme; iddia, savunma ve yargılama makamu tarafından yapılan kolektif faaliyeti ifade eden daha geniş bir kavramdır. Bu bağlamda ceza muhakemesinin tümünü ifade etmesi bakımından bu terimin kullanılması daha uygun olacaktır. Ana-

gılama" ifadesi, söz konusu hakkı *tam* manasıyla ifade etmek için yeterli değildir. Çünkü bu ifade daha çok, "yargılama yapacak makamların uyması gereken kuralları" ifade eden bir anlam taşımakta ve bu itibarla yargılama yapacak makamların bir görevi olarak görülmektedir.³⁹

B. Uygulama Alanı

AİHS'nin, "adil yargılanma hakkı"nı düzenleyen 6. maddesi şu şekildedir:

"Adil Yargılanma Hakkı"⁴⁰

1. Herkes, gerek medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizâlar, gerek cezaî alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının **makul bir süre içinde**, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir.

Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlâk, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adâletin selâmetine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya dek masum sayılır.

3. Her sanık şu haklara sahiptir:

a. Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek,

yasamızda da sadece mahkeme veya hâkim tarafından yapılan faaliyetler yargılama faaliyeti olarak adlandırılmaktadır (Any. m. 138 vd.). Bu konuda bkz. Centel, Nur / Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2005, s. 4. "«Muhakeme hukuku»nu «yargılama hukuku» diye Türkçeleştirmek doğru değildir. Çünkü «yargılama», «kaza»nın Türkçesidir ve «kaza»; muhakemeyi oluşturan üç görevden, en önemlisi de olsa, yalnız biridir." Bu konuda abi.Bkz. Kunter / Yenisey / Nuhoğlu (2006) age..

³⁹ Aynı görüşte olan Çelik için bkz. Çelik (2006) a. g. e., s. 22.

⁴⁰ Madde başlığı, Sözleşmeye «11. Protoköl» ile eklenmiştir.

b. Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c. Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için malî olanaklardan yoksunsa ve adâletin selâmeti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek,

d. İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek,

e. Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.”

6. madde; bireyin, medenî hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi veya suçlanması durumunda adil ve açık yargılanma hakkını teminat altına almaktadır.⁴¹

Adil yargılanma hakkı, medenî hak ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzluklar ile ceza davalarına ilişkin yargılamalarla sınırlı tutulmuştur. Ancak, 6. madde hükmünde ne *medenî hak ve yükümlülük* kavramı, ne de ceza davasına ilişkin *itham* kavramı tanımlanmıştır. Bu nedenle hangi hak ve yükümlülüklerin kapsama dâhil olduğu, hangi yaptırımların ceza niteliği (ya da cezaî nitelik) taşıdığı, önemli bir *iç-tihat konusu* olmuştur.⁴² Dolayısıyla, Sözleşmenin 6. maddesinde ifade edilen adil yargılanma hakkı, kısmen sınırlı tutulmuş gibi gözükse de, Komisyon ve Mahkeme'nin benimsediği “*otonom kavramlar*” doktrini uyarınca; maddenin içeriğinden ayrı olarak, kavramın zorunlu sonuçları sıfatıyla madde hükmüne zımnen dâhil unsurlar, Mahkemece saptanmıştır.⁴³ Diğer bir deyişle; adil yargılanma hakkını içeren hükümler, *numerus clausus*⁴⁴ değildir; Mahkemece, adil yargılanma hakkının kapsamına ilişkin olarak Sözleşme'ye, *yorum yoluyla* sonradan eklemelerde bulunulmuştur.

⁴¹ Çelik (2006) *a. g. e.*, s. 24'teki dn. 73'ten dolayı atıfla.

⁴² Soydan, Billur Yatlı, “İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S.143, Ağustos 2000, s. 154.

⁴³ Çelik (2006) *a. g. e.*, s. 24'teki dn. 74'ten dolayı atıfla.

⁴⁴ Tahdidi; sınırlı (sayıda).

II. ADİL YARGILANMA HAKKININ UNSURLARI

Sözleşme'nin 6. maddesindeki adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelere bir kısmı açıkça maddede belirtilmiş, bir kısmı ise, AİHM tarafından *genişletici yorum* yöntemi ile madde metnine dâhil zımnî unsurlar olarak belirlenmiş ve bu belirlenen ilkeler, artık AİHM içtihadı haline gelmiştir.⁴⁵

AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının temel unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

- Mahkeme Önünde Hak Arama (Dava hakkı)
- Yasayla Kurulmuş Yetkili, Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkı
- Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı (Adil Duruşma Hakkı)
- Makul Süre İçerisinde (Gereksiz Gecikme Olmaksızın) Yargılanma Hakkı
- Alenî Yargılanma Hakkı (Davaların Alenî Surette Görülmesi ve Kamuya Açık Yargılama Hakkı)
- Masumiyet Karinesi (Suçsuzluk Karinesi)
- Sanığın, Suçlamadan Haberdar Olması (Sanığın, İsnadın Niteliğini ve Nedenini Geciktirilmeksizin Anladığı Dilde Öğrenme Hakkı)
- Sanığın, Savunmasını Hazırlaması İçin Yeterli Zaman ve İmkâna Sahip Olması
- Sanığın, Bizzat veya Müdafî Aracılığıyla Kendini Savunma Hakkı (Avukat Tutma ya da Avukat Yardımından Faydalanma Hakkı)
- Tanıkların Dinlenmesinde Eşitliğin Sağlanması (Tanık Dinleme ve Sorgulama Hakkı)
- Sanığın, Tercümandan Ücretsiz Yararlanma Hakkı

⁴⁵ Aliefendioğlu (1993) *a. g. e.*, s. 359.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

I. MAKUL SÜRE İÇERİSİNDE YARGILANMA HAKKI

“Adâletin gecikmesi adâletsizliktir.”

W. S. Landor

A. Kavram

AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından bir tanesi de *“yargılamanın makul süre içerisinde bitirilmesi”* ilkesidir. Bir yargılamanın adil olabilmesi, her şeyden önce yargılamanın makul sürede bitirilmesini gerektirir.⁴⁶ Toplumun yargı organlarına olan güveninin korunabilmesi, hakkın gerçek sahibine bir an önce tesliminin sağlanması ve uyuşmazlığın taraflarının en kısa süre içerisinde tatmin edilebilmesi açısından yargılamanın makul süre içerisinde bitirilmesi ilkesi son derece önemlidir.⁴⁷

Tüm hak arayanlar için geçerli olan bu ilkenin amacı; uyuşmazlığın taraflarını yargılanma işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak, uyuşmazlık konusu hakka bir an önce ulaşabilmelerini sağlamak ve tarafların, davanın nasıl sonuçlanacağı konusunda endişe ile yaşamalarını önlemektir.⁴⁸

Anayasa'nın 141. maddesinde *“Davaaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir”* denilmek suretiyle davaların makul bir süre içerisinde bitirilmesi gerekliliği açıkça düzenlenmiştir. Aynı şekilde, HUMK'nın 77. maddesinde hâkim; *“tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sürat ve intizam dairesinde yürütülmesine dikkatle yükümlü”* kılınmıştır.⁴⁹

Makul sürede, geciktirilmeden yargılanma hakkı, insanlık tarihinin her döneminde önemini korumuştur. Bu temel hak; insanlık tarihinin ilk yazılı anayasası olarak bilinen 19 Haziran 1215 tarihli *Magna Carta Libertatum*'da, *“Kimseye hakkı ve adâleti satmayacağız, menetme-*

⁴⁶ Çelik (2006) a. g. e., s. 111'deki dn. 375'ten dolayı atıfla.

⁴⁷ Demircioğlu, Yaşar, *Medeni Usûl Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara 2001, s. 387.

⁴⁸ Çelik (2006) a. g. e., s. 42.

⁴⁹ Çelik (2006) a. g. e., s. 111.

yeceğiz ve geciktirmeyeceğiz"⁵⁰ sözleriyle ifadesini bulmuştur. Davaların makul süre içerisinde bitirilememesi, tarafların yargıya olan güvenini sarsmakta ve özellikle de davanın gecikmesinde yararı olana *cesaret* vermektedir. Devletin, yargıya olan güveni sağlamak ve bu güveni devam ettirmekteki ödevini gecikmeksizin yerine getirmesi gerekir. Makul süre içerisinde bitirilemeyen davanın sonunda hakkını elde eden taraf, bu gecikme sebebiyle ya hakkını tam olarak elde edemeyecek ya da bu gecikmeden dolayı zarar görecektir. Yargılama makul süre içerisinde bitirilemez ise bu, yargıdan kaçışa sebep olacak, buradaki boşluk ise zorla hak elde etme şeklinde yasal olmayan biçimde doldurulacaktır.⁵¹

Davaların yargılama makamları önünde zaman içinde uzayıp gitmesi, sürüncemede kalması, pek çok ülkede şikayetlere neden olmaktadır. Gecikmiş adalet, adaleti zedelediğine göre, adil yargılama taahhüdünde bulunmuş Sözleşme'ye taraf devletlerin bu duruma çare bulmaları kaçınılmaz bir zorunluluktur.⁵²

AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası, Sözleşme'ye taraf devletleri, kendi hukuk sistemlerini ve mahkemelerinin işleyişlerini, bu fıkra gereklerinden her birini yerine getirecek şekilde düzenlemeler yapmaya mecbur tutmaktadır.⁵³ Adil yargılama güvencesini gerçek kılmak için Sözleşme'ye taraf devletler, gerekli önlemleri almak zorundadırlar.⁵⁴ Örneğin, yargılamanın makul süre içerisinde bitirilebilmesi için yeterli sayıda mahkeme kurulması yahut yargıç görevlendirilmesi bu zorunluluklar arasında gösterilmiştir.⁵⁵ Devletin, hakkı ihlâl edilen kimselerin başvuracağı etkin bir kanun yolu sağlama yükümlülüğü vardır.⁵⁶

AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan *makul sürede yargılama ilkesi* hem medenî hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzlukların,

⁵⁰ Bkz. *Magna Charta Libertatum* m. 40.

⁵¹ Pekcanitez, Hakan, "Adil Yargılama Hakkı", *İzmir Barosu Dergisi*, 1997, s. 41.

⁵² Gölcüklü / Gözübüyük a. g. e., s. 257.

⁵³ Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi*, İstanbul 1999, s. 269.

⁵⁴ Bkz. Bunkate-Hollanda davası, 26.5.1993 A-248-b § 20-23; Barbara Jabardo-İspanya davası, 6.12.1988 A-146 s. 33 § 78.

⁵⁵ Gölcüklü / Gözübüyük a. g. e., s. 240 ile 257.

⁵⁶ Gözlügül, Said Vakkas, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Hukukumuzda Etkisi*, Ankara 1999, s. 133.

hem de bir suç isnadının karara bağlanması açısından bağlayıcıdır.⁵⁷

“Makul sürede yargılama ilkesi” medenî yargılama hukuku sisteminde; “usûl ekonomisi ilkesi”⁵⁸ kapsamında yer almaktadır. Hukukumuzda, usûl ekonomisi ilkesinin kanunî dayanağı mevcuttur (HUMK m. 77; AY m. 141) ve bu ilke anayasal sosyal hukuk devletinin (AY m. 2; m. 10/II; m. 31/I) bir sonucudur. Davaların, sonuçta elde edilecek hükmün yararını ortadan kaldıracak kadar uzaması sosyal hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Hâkim, usûl hükümlerini yorumlarken ve adâletli karar verilmesinin sağlanmasında bu ilkeyi her zaman göz önünde bulundurmalıdır. Söz konusu ilke, adalet dağıtımının çabuk ve ucuz olmasına hizmet ettiği için sadece mahkemeler değil, taraflar bakımından ve dolayısıyla da toplum açısından önem taşıyan bir ilkedir. Devlet eğer, “adaletli devlet” olduğu iddiasında ise, halkına sunduğu yargılama hizmetiyle hak dağıtırken kişilerin en az gecikme ve en az giderle ve en az zahmetle hakkına kavuşmasını sağlamak yükümlülüğündedir.⁵⁹

Diğer yandan, her dava konusu ve her olay için geçerli, her ihtimâli kapsayan standart bir “makul süre” tespiti oldukça zordur. Her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi ve makul sürenin aşıp aşılmadığının tespiti mümkündür.⁶⁰ Nitekim, Strasbourg organları bu konuda pragmatik davranmakta “makul süre”yi takdirde, her somut olayın ayrıntılı özelliklerini göz önünde tutup değerlendirerek sonuca varmaktadır.⁶¹

Makul süre, davaların çabuk sonuçlandırılmasını, özellikle *her ne pahasına olursa olsun* çabuk bitirilmesini amaçlayan bir ilke değildir.⁶² Eğer böyle olsaydı, yargılama sonunda verilen kararın doğru bir karar olmasından *ferâgat edilmiş* olurdu. Bu nedenle yargılamanın çabuk de-

⁵⁷ İnceoğlu (2002) *a. g. e.*, s. 356.

⁵⁸ Usûl ekonomisi (dava ekonomisi, çabukluk, basitlik ve ucuzluk) ilkesi; davaların maddi gerçekliğe uygun olarak çabuk, ucuz, basit, her türlü bürokratik engelden uzak ve adil (tarafları tatmin eden) bir yargılama sonunda çözümlenmesi kuralıdır. [Çelik (2006) *a. g. e.*, s. 113'teki dn. 386'dan dolayı atıfla.]

⁵⁹ Çelik (2006) *a. g. e.*, s. 113'teki dn. 387'den dolayı atıfla.

⁶⁰ Pekantez (1997) *a. g. e.*, s. 41; Gölcüklü / Gözübüyük *a. g. e.*, s. 240 ile 257.

⁶¹ Bkz. Buncholz-Almanya davası, 6.5.1981 Seri-A-42 § 49; Dobertin-Fransa davası, 25.6.1993 A-256-d § 42; Erkner et Hofauer-Avusturya davası, 23.4.1987 A-117 § 66.

⁶² Pekantez (1997) *a. g. e.*, s. 43.

ğil, makul süre içinde bitirilmesi amaçlanmıştır. Zira makul süre, önceden belirlenebilen bir süre veya azamî bir süre değildir. Bu, her dava ya da iş için ayrı ayrı uygulanması gereken *akılcı* bir tutumun ifadesidir. Hukuk devleti ilkesi de, bir taraftan gerçek anlamda hukukî korunmayı, öteki taraftan hukukî güvenliğinin sağlanması ve uyuşmazlık konusunun makul süre içinde sonuçlandırılmasını gerekli kılmaktadır. Kanunkoyucu bir taraftan gerçek ve adil yargılamayı, diğer taraftan da uyuşmazlığın makul süre içerisinde sonuçlanmasını telif eder şekilde düzenleme yapmalıdır.⁶³

Makul sürede yargılama yapılması, aynı zamanda delillerin hakaniyete en uygun bir şekilde değerlendirilebilmesinin de garantisidir. Yargılamanın uzun sürmesi durumunda, tanıkların hafızaları zayıflayabilir, tanıklar bulunamayabilir, diğer deliller tahrip olabilir. Bu gibi olumsuz durumların önlenmesi için de makul sürede yargılamanın yapılması gerekmektedir.⁶⁴

1. Makul Sürenin Değerlendirilmesinde Kullanılan Ölçütler

Makul sürede yargılanmanın sağlanmasında, üç temel ölçütten hareket edilmektedir. Bunlar; dava konusunun niteliği, yargılama sırasında tarafların tutumu ve ulusal yargılama makamlarının (mahkemelerin) davranışlarının, makul sürede yargılamayı etkileyip etkilemediğidir.⁶⁵

a. Dava Konusunun Niteliği

Dava konusunun niteliği; gerek hukukî meselenin çözümündeki güçlük gerekse dava ile ilgili kanıtların toplanmasında karşılaşılan engel ve karmaşık durumlar yahut hastalık veya tutukluluk gibi ilgilinin özel hâline ilişkin hususlardır.⁶⁶

AİHM, işin niteliğini değerlendirirken davanın hızla sonuçlandı-

⁶³ Pekcanitez (1997) *a. g. e.*, s. 43.

⁶⁴ Uluslararası Af Örgütü, *Adil Yargılanma Hakkı*, çev.: Fadıl Ahmet Tamer / Erol Kaplan, 1. baskı, İstanbul 2000, s. 202.

⁶⁵ Çelik (2006) *a. g. e.*, s. 43.

⁶⁶ Pekcanitez (1997) *a. g. e.*, s. 42. Ayrıca bkz. Buchholz-Almanya davası, 6.5.1981 A-42 § 52; Tomasi-Fransa davası, 27.5.1992 A-241-a § 8.

rılmasının ilgililer yönünden önemini, işin karmaşıklık derecesini,⁶⁷ tanık ya da sanığın sayısal miktarını, delillerin toplanmasında karşılaşılan güçlüğü göz önünde tutmaktadır.⁶⁸ Basit bir tahliye davası ile büyük bir şirketin feshi davası aynı sürede bitirilemeyecektir.⁶⁹ Dolayısıyla, yargılamaya konu olan olayın çok karmaşık olması⁷⁰ ve bu karmaşıklık nedeniyle soruşturma dosyasının çok yönlü bulunması mâkul sürenin tayininde ilk nedendir.⁷¹

⁶⁷ Çelik (2006) a. g. e., s. 117'deki dn. 399'dan dolayı atfla: "Olayın olağanüstü karmaşıklığı ve gecikmeye neden olan diğer kaçınılmaz sebepler, yargılananın olağanüstü uzunluğunu haklı kılmaktadır. Bununla birlikte ilk derece mahkemelerinin davayı mazeretsiz er-telemeleri ve duruşmaları aşırı geciktirmeleri de mâkul sürenin asılmasına neden olmuştur. Bkz. Wemhoff-Almanya davası, 21.2.1975 Seri- A 18, § 62-63."

⁶⁸ Çelik (2006) a. g. e., s. 117'deki dn. 400'den dolayı atfla: "Sadı Mansur-Türkiye davasında, 1.11. 1984'de başlayıp, 30.4.1991'de sona eren ve 6 yıl 6 ay süren davanın mâkul sürede yargılama ilkesiyle bağdaşmadığı yolundaki itirazlara karşılık Türk Hükümeti; uyuşturucu trafiği ile ilgili olan bu davada, Türkiye ile Yunanistan arasında adli yardımlaşmaya ilişkin olan kuralların pek uygulanamadığı, Yunanistan'da devam etmekte olan davadaki bilirkişi raporunun geç intikâl ettiği, Yunan makamlarının dava belgelerinin elde edilmesinde ihmalkâr davranışlarının ileri sürmüştür. Buna karşılık şikâyetçi, Türk mahkemelerinde yeminli tercüman bulunmaması nedeniyle Yunanistan'dan intikâl eden belgelerin bir türlü zamanında çevrilemediğini ileri sürmektedir. İnsan Hakları Komisyonu, mâkul bir süre içerisinde nihai bir karar verilmesine elverecek şekilde hukuk sistemini örgütlemenin, sözleşmecî devletlere düştüğünü vurgulamaktadır. Bkz. Sadı Mansur-Türkiye, 28.2.1994, 16026/90, § 80-92; Pugliese-İtalya, 24.5.1991, Seri A 206-A, §19."

⁶⁹ Pekcanitez (1997) a. g. e., s. 42.

⁷⁰ Çelik (2006) a. g. e., s. 117'deki dn. 402'den dolayı atfla: "Nasup Mitap, Abdullah Müftüoğlu-Türkiye davasında Türk Hükümeti, mâkul sürede yargılama ilkesinin ihlâlî ile ilgili iddialara karşı, davanın karmaşıklığının yanı sıra, başvuruçuların mensup oldukları örgütün 99 cinayetten sorumlu olduğu, 600'ü aşkın duruşma yapıldığı, çok büyük sayıda (703 kişi) sanığın davada yargılandığını ileri sürerek, mâkul sürenin aşılmasında bu nedenlerin etken olduğunu ve uyuşmazlık konusunun niteliğinin kısa sürede yargılama yapmaya müsait olmadığını ileri sürmüştür. İnsan Hakları Komisyonu ise bu nedenleri kabul etmekle birlikte Hükümetin yargılama sırasında mâkul sürenin aşılmasında rolü bulunduğu ve sırf hükmün gerekçesinin yazılmasının 3 yıl sürmesinin ve iki üst derece mahkemesinde geçen altı yıllık uzun ve hareketsiz dönemin mâkul sürede yargılama ilkesiyle bağdaşmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. Nasup Mitap ve Abdullah Müftüoğlu-Türkiye davası, 8.12.1994, 15530/89, 15531/89 § 70-75."

⁷¹ Donay, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, Ankara 1994, s. 102.

b. Başvurucunun Tutumu

“Ex iniuria non oritur ius.”⁷²

AİHS organları önünde şikâyetçi durumundaki kişinin (bunlar davacı, davalı veya sanık olabilir) yargılamadaki davranış ve tutumu da makul sürenin aşılıp aşılmadığının belirlenmesinde Divan tarafından dikkate alınmaktadır.⁷³ Hukuk davalarında her ne kadar işin takibi taraflara ait bir sorun ise de, Divan’a göre bu husus; mahkemenin davayı gerekli süratle yürütmesi yükümünü ortadan kaldırmaz.⁷⁴ Ni-

⁷² “Haksızlıktan hak doğmaz.”

⁷³ Çelik (2006) a. g. e., s. 118’deki dn. 404’ten dolayı atfla: *“Nabi Yağcı, Nihat Sargın-Türkiye Davasında, Türk Hükümeti; başvurucuların ve avukatlarının tavrının, duruşmaların ve dolayısıyla davanın ciddi şekilde uzamasına yol açtığını savunmuştur. Hükümet, başvurucuların her bir duruşmada çok sayıda avukat tarafından temsil edildiklerini belirtmektedir. Sadece duruşmalarda hazır bulunan avukatların isimlerinin kaydedilmesi bile epeyce zaman almıştır. Başvurucuların avukatları, duruşmalara giriş sırasında alınan güvenlik önlemlerine itiraz etme bahanesiyle birçok kez duruşmaları terk etmişler ki; bu durum, duruşmaların kesintiye uğramasına ve ertelenmesine yol açmıştır. Dava dosyasının 40 cilt tuttuğu ve başvurucuların avukatlarının istemiyle dava dosyasındaki tüm belgesel delillerin okunmasının 18. duruşmadan 48. duruşmaya kadar (21.4.1989- 10.7.1991 tarihleri arasında) devam ettiği ve uzun zaman aldığı düşünülecek olursa, başvurucuların kendi tavırları bu davanın uzamasına yol açmıştır. Bkz. Nabi Yağcı, Nihat Sargın-Türkiye, 30.10.1993, 16419/90, 16426/90. Lechnerr-Hess-Avusturya Davasında, ayıp nedeniyle taşınmaz satış sözleşmesinin iptali, semenin istirdadı ve mülkiyetin iadesi istemiyle açılan davada Viyana Bölgesel Mahkemesinde yargılamanın 7 yıl 3 ay 19 gün sürmesi ile ilgili olarak açılan davada Hükümet, başvurucuların hızlı karar verilmesini önlemek ve davayı karmaşıktırmak için bir dizi girişimde bulduklarını ileri sürmüştür. Buna göre başvurucular öncelikle davalarını ıslâh etmişler, davaya bakmakta olan hâkimi reddetmişler, avukatlarını sürekli azletmişler, satıcılar aleyhine sahtecilik iddiası ile ceza davası açılmasına sebep olmuşlardır. Buna karşılık, Komisyon’a göre; ‘Başvurucular, iç hukukun onlara tanıdığı yasal yolları tam olarak kullanmaları nedeniyle kınanamaz. Onların bu davranışı objektif bir olgudur ve davalı devlete atfedilemez. Mâkul sürenin aşılıp aşılmadığının tespitinde, bu husus dikkate alınmamalıdır. Başvurucuların öncelikle hukuk davası ve ardından da ceza davası açtıkları bir vakiadır. Bu durumda Bölgesel Hukuk Mahkemesinin, hukuk davasını, başvurucuların açtığı ceza davasının sonucunun beklenmesine talik etmesi; anlaşılabilir bir şeydir. Bunun yanında, sık tekrarlanan yargıç değişikliği, yargıçlardan her birinin davayı yeni baştan öğrenme zorunluluğu nedeniyle, yargılama hızını yavaşlatmıştır. Fakat bu durum devleti, adâletin idaresinde uygun organizasyon yapmak zorunluluğundan kurtarmaz. Bu nedenle, ulusal yargılama makamlarının davranışlarının, davanın gecikmesine sebep olduğunu kabul etmek gerekir.”*

⁷⁴ Gölcüklü / Gözübüyük a. g. e., s. 259-260. Ayrıca Bkz. Buchholz-Almanya davası, 6.5.1981 A-42 § 50; Guincho-Portekiz davası, 10.7.1984, A-81 § 32; Baraona-Portekiz davası, 8.7.1987 A-122 § 48.

tekim HUMK'un 77. maddesinde hâkim, tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sürat ve intizam dairesinde yürütülmesine dikkatle yükümlü kılınmıştır. Anayasamıza göre de yargı organları davaları mümkün olan en kısa sürede karara bağlamakla görevlendirilmişlerdir (AY m. 141/IV).⁷⁵

Komisyon ve Divan şikâyetçinin davadaki tutum ve davranışını da özel olarak değerlendirmekte ve yerine göre makul sürenin aşıldığına ilişkin şikâyeti reddetmektedir.⁷⁶ İlgilinin, yargılamada sürati sağlamak için kendine düşeni yaptığını kanıtlaması gerekir.⁷⁷

Ceza davalarında şikâyetçinin kendisine açık kanunyollarını sonuna kadar kullanması (örneğin, susma hakkı gibi) ve bu yüzden yargılamanın uzaması hâlinde, makul sürenin aşılmasından şikâyetçiyi sorumlu tutmak mümkün değil ise de; Divan, benzeri durumlarda, sanığın kötü niyetli manevralarını da hesaba katmaktadır.⁷⁸ Bu nedenle sanığın gereksiz taleplerle soruşturmanın uzamasına bizzat sebebiyet vermesi durumunda makul süre ilkesinin zedelenmeyeceği görüşü egemendir. Sanık yargılamanın yürütülmesinde yetkili organlara yardım etmeyip aksine geciktirici davranışlarda bulunmuşsa sürenin uzaması 6. maddeye *aykırılık* oluşturmamaktadır. Örneğin, susma hakkının makul süre ilkesini zedelemeyeceğini kabul etmek gerekir. Bu hak elbette ki yargılamayı uzatacaktır. Susma hakkını kullanan sanık hakkındaki delillerin araştırılması ve tespiti zaman alacaktır. Bütün bu süre uzamaları olağan ve yasal nedenlere dayandığından yargılamanın makul süre içinde sonuçlandığını kabul etmek gerekir.⁷⁹

c. Ulusal Yargılama Makamlarının Tutumu

Yargılamanın, yetkili makamların hatalı davranışları nedeniyle uzamış olması da makul süre kavramı ile bağdaşmaz. Buna göre yargılama yetkisi olanların kusurlu davranışları yargılamayı uzatmış-

⁷⁵ Demircioğlu (2001) *a. g. e.*, s. 128.

⁷⁶ Ünal, Şeref, *AİHS ve AİHK ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumu*, Ankara 1995, s. 168.

⁷⁷ Bkz. Monet-Fransa davası, 27.10.1993 A-273-a § 27-30; K.Preto-İtalya davası, 8.12.1983 A-71 § 33; Martins Moreira-Portekiz davası, 26.10.1988 A-143 § 46.

⁷⁸ Donay (1994) *a. g. e.*, s. 103.

⁷⁹ Donay (1994) *a. g. e.*, s. 102-103.

sa, makul süre aşılmış sayılır. Ancak, *yetkili makam* tabirinden mutlak hâkimleri ve bunların doğrudan sebep oldukları hataları anlamamak gerekir. Örneğin, mahkeme kalemlerinde bazı evrakların bulunmaması, resmî mercilere sorulan sorulara zamanında cevap verilmesi gibi durumlar da bu süreyi makul olmaktan çıkarır.⁸⁰ Divan, yetkili makamların tutumu nedeniyle gecikmeden dolayı devleti, ancak *ihmâl* veya *kusuru* nedeniyle sorumlu tutmaktadır.⁸¹

Bununla beraber yargılama makamlarının kendilerinden bekleneni yapmış olmalarına rağmen görev dışı başka nedenlerle (örneğin, yargıç açığı, siyasî ortam, ulusal hukuktaki boşluklar, iş yükünün ağırlığı... vb) makul sürenin aşılması hâlinde devlet, yine sorumlu tutulmaktadır.⁸²

Diğer taraftan, makul sürede yargılama ilkesinin ihlâl edilip edilmediğinin belirlenmesinde dava sonucunun önemi yoktur. Yani, iş süratle görülmüş olsaydı da sonucun değişmeyeceği, devlet lehine *mazeret* değildir.⁸³

Nitekim Zimmermann-Steiner-İsviçre davasında⁸⁴ İsviçre Hükümeti, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ağır iş yükü altında bulunduğunu ileri sürerek bunu, istatistiksel bilgilerle de ortaya koymuş ve davaların, önemlerine göre sıraya konulup incelendiğini, bu nedenle söz konusu şikâyetçilerle ilgili olarak dosya üzerinde uzun süre işlem yapılamadığı savunmasında bulunmuştu. Ancak bu savunma AİHM tarafından kabul edilmemiş ve İsviçre Hükümeti, tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir.⁸⁵

Weisinger-Avusturya davasında⁸⁶ bir arazi tapulaştırma işleminin dokuz yıl sürmesinde Divan, olayın karmaşıklığını ve şikâyetçinin tutumunu değerlendirdikten sonra, gecikmenin belediye ve yerel arazi komisyonları arasında bürokratik işlemlerden kaynaklandığını tespit

⁸⁰ Donay (1994) *a. g. e.*, s. 101-102.

⁸¹ Bkz. Monet-Fransa davası, 27.10.1993- A-273-a, § 32-34; B-Avusturya davası, 28.3.1990 A-175 § 54.; H-Fransa davası, 24.10.1989 A-162-a § 55.

⁸² Gölcüklü / Gözübüyük *a. g. e.*, s. 259-260. Ayrıca Bkz. Martins Moreira-Portekiz davası, 26.10.1988 A-143 § 52.

⁸³ Çelik (2006) *a. g. e.*, s. 120'deki dn. 414'ten dolayı atıfla.

⁸⁴ Bkz. Zimmermann-Steiner-İsviçre davası, 13.7.1983 A-66 § 24.

⁸⁵ Çelik (2006) *a. g. e.*, s. 121.

⁸⁶ Ünal (1995) *a. g. e.*, s. 168.

ederek 6. maddenin ihlâl edildiği kararına varmıştır.⁸⁷

Adil yargılama kavramı, adli mekanizmanın yalnız işleyişini değil, bunun aynı zamanda organizasyonunu da kapsadığından,⁸⁸ hâkimlerin sayısının yetersiz olması, bazı hâkimlerin, iş dağılımı nedeniyle işlerinin çok fazla olması, sürenin uzatılması için haklı bir neden olarak kabul edilmemektedir.⁸⁹ Bu nedenle AİHS'ne taraf olan devletler yargı teşkilâtlarını, davaları makul sürede bitirecek şekilde örgütlemek ve düzenli olarak çalışmalarını sağlamak yükümlülüğü altındadır.⁹⁰ Devlet, yeterli sayıda hâkim ve mahkemeyi görev başında tutmak zorundadır.⁹¹

2. Makul Sürenin Başlangıcı ve Sonu

Medenî hak davalarında süre, ilke olarak, *davanın yetkili yargılama makamı önüne götürüldüğü tarihte* başlar.⁹² Nitekim AİHM, 1981 yılında vermiş olduğu Buchholz-Almanya davasıyla ilgili kararında, haksız yere işine son verilmesi iddiasıyla, başvuru ile işvereni arasındaki davada, Anayasa Mahkemesinin uyuşmazlığı çözme yetkisine sahip olmadığını gerekçe göstererek, bu mahkeme bakımından 6. maddenin uygulanabilir olmadığına karar vermiştir.⁹³ Daha sonra 1989 yılında vermiş olduğu Bock-Almanya davasıyla ilgili kararında ise, Anayasa Mahkemesi önündeki yargılamanın, makul sürenin hesabında göz önünde tutulması gerekip gerekmediği hususunun, bu mahkemenin vereceği kararın, yerel mahkeme önündeki davayı etkileyip etkilemediğine göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁹⁴

Bununla birlikte, mahkemeye başvurmadan önce başka bir makama (örneğin, idarî bir makama) başvurarak karar alma gibi özel bir durum öngörülmüşse; süre, bu tarihten itibaren işlemeye başlayabilecektir.⁹⁵

⁸⁷ Çelik (2006) *a. g. e.*, s. 121.

⁸⁸ Bkz. Golder-İngiltere davası, 21.2.1975, Seri-A 18 § 33.

⁸⁹ Donay (1994) *a. g. e.*, s. 101.

⁹⁰ Ünal (1995) *a. g. e.*, s. 167.

⁹¹ Çelik (2006) *a. g. e.*, s. 121'deki dn. 420'den dolayı atfla.

⁹² İnceoğlu (2002) *a. g. e.*, s. 363.

⁹³ Bkz. Buchholz-Almanya davası, 6.5.1981 A-42 paragraf 47-48.

⁹⁴ Bkz. Bock-Almanya davası, 29.3.1989 Seri-A 150, paragraf 48.

⁹⁵ Bkz. Golder-İngiltere davası, 21.2.1975 A-18 § 32.

Yargılamanın sona erme tarihi ise, *son yargı merciinin karar verdiği veya kanun yolunu kullanmak için öngörülen sürenin sona erdiği tarihtir*. Dolayısıyla, kural olarak, hükmün kesinleştiği veya kesin hükmün yazıldığı tarih yargılamanın sona erdiği tarih olacaktır. Bir mahkeme kararı ancak belli bir süre sonra kesinleşiyorsa; AİHM, bu tarihi dikkate almaktadır. Ayrıca, kararın icra edildiği tarih, yargılamanın sona erdiği tarih olabilmektedir.⁹⁶

Büker-Türkiye davasında da, Kayseri Erciyes Üniversitesi'nde iki yıllık sözleşme ile asistan olarak çalışmakta olan başvurucunun, üniversite tarafından sözleşmenin yenilenmemesine ilişkin kararına karşı açtığı davanın sona erme tarihi, Üniversitenin, Danıştay'ın nihaî kararına uygun olarak eski görevine iade edildiğini resmî olarak tebliğ ettiği tarih olarak kabul edilmiştir.⁹⁷

Ceza davalarında ise, makul süre çoğu zaman olayın yargıç önüne götürülmesinden çok önce, polis veya savcılık soruşturmasına başlandığı tarihte veya yetkili makam tarafından kişinin suç işlediğine dair iddianın resmî bildirim ile işlemeye başlamaktadır. Bu durumda başlangıç tarihi, gözaltına alınma tarihi, tutuklanma günü, ilk soruşturmanın açıldığı gün, suç isnadı ile hazırlık soruşturmasının başladığı tarih olabilmektedir.⁹⁸

Ceza yargılamasının sona erdiği tarih, suç isnadının veya verilen cezanın kesinleştiği tarihtir.⁹⁹ Bu tarih son kanun yolunun sonuçlanma veya yazılı kesin hükmün tebliğ edilme tarihine bakılarak belirlenmektedir. Sanık beraat ettiğinde ve savcılık temyiz etmediğinde, makul süre güvencesi temyiz süresinin sonuna kadar devam etmektedir.¹⁰⁰

⁹⁶ İnceoğlu (2002) *a. g. e.*, s. 363.

⁹⁷ Bkz. Büker-Türkiye davası, 24.10.2000, paragraf 34.

⁹⁸ İnceoğlu (2002) *a. g. e.*, s. 364; Gölcüklü / Gözübüyük *a. g. e.*, s. 258.

⁹⁹ Gölcüklü / Gözübüyük *a. g. e.*, s. 258.

¹⁰⁰ İnceoğlu (2002) *a. g. e.*, s. 364.

Sonuç

“Derin olan kuyu değil; kısa olan iptir.”
Çin Atasözü

Adil yargılanma hakkı, söz konusu ihtilafa konu olan her iki tarafı da yakından ilgilendirmektedir. *“Adil yargılama”*, devlet açısından bir görev ve yetki iken; *“adil yargılanma”*, kişiler açısından bir haktır. AİHS, adil yargılanma hakkı ile ilgili asgarî standartları belirlemiştir. Türkiye, bu Sözleşmeye ve eki olan protoköllere katılmakla bu standartları, kendi vatandaşlarına ve ülkesinde bulunan yabancılara tanıma yükümlülüğü altına girmiştir.¹⁰¹

Ne yazık ki, AİHM’ne Türkiye hakkında açılan davalardan birçoğu, *“adil yargılanma hakkı”* ve bu hakkın dâhilindeki *“makul süre”* ile ilgilidir ve açılan davaların çoğu da *“adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği...”* şeklinde sonuçlanmaktadır. AİHM’nin verdiği kararlarda, yasal düzenlemelerdeki eksikliklerden ziyâde, kanunlarla tanınmış olan hakların etkin ve verimli şekilde taraflara kullanılmamasından dolayı ihlâl kararları verdiği görülmektedir. Diğer bir deyişle, ihlâl sebeplerinin yasal eksikliklerin ve farklılıkların yanında önemli ölçüde yargılama organlarının hatalarından da kaynaklandığı görülmektedir.¹⁰²

İncelenen kararların büyük çoğunluğunda ısrarla vurgulanan bir konu özellikle dikkati çekmektedir. Sözleşmenin ihlâl edildiğini tespit eden bu kararlarda *“Türk iç hukukunun yapılan haksızlığı telâfi edecek düzeyde olduğu, ancak bu hukuku işletecek mekanizmanın çalıştırılmadığı”* belirtilmektedir. Bu olumsuz durumun önlenmesi için idarî ve adli makamların inceleme ve soruşturmasını özen göstererek ciddi ve eksiksiz olarak tamamlamaları zorunludur.¹⁰³

Türkiye’de, *“hukuk devleti”* anlayışının ve etkin bir yargılama faaliyetinin *olmazsa olmaz* koşulları olarak kabul edilen hususların eksik olması, hukuk devletine olan güveni sarsmaktadır. Hiç şüphe yok ki, yargılama hizmetinin iyi işlemediği kanaati, Türkiye’de en yaygın düşüncelerden biridir. Genel olarak toplum, yargıdan ve adâletin işle-

¹⁰¹ Erşen (2007) a. g. e., s. 138.

¹⁰² Erşen (2007) a. g. e., s. 138.

¹⁰³ Erşen (2007) a. g. e., s. 139.

yişinden hoşnut değildir. “Bu ülkede adalet yok...” ya da “yapanın yanına kâr kalıyor...” gibi düşünceler, çok yaygın biçimde dile getirilmektedir. Yargıya duyulan güvenin azalması, buna bağlı olarak yargıya saygının azalmasına da yol açmakta; yargının giderek bir *ayak bağı* gibi algılanmasına yol açmaktadır. Bunun, toplumsal yaşamda yol açtığı en büyük tehlikelerden birisi, kişilerin uyuşmazlıklarını yargıyla görmekten çok, başka yollara yönelmeleri tehlikesi ve tehdidini getiriyor olmasıdır. Özellikle, *hızlı ve adil yargılama* gerçekleşmeyince; yasa dışı gruplar, yol ve yöntemler ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁴

Adil yargılanma ilkeleri bakımından Türkiye’deki anayasal ve yasal durum, bugünkü hâlini sürdürmeye devam ettiği takdirde, Yargıya karşı sarsılmış olan güvenin, giderek daha da azalması; uluslararası yargı kuruluşlarına başvuruların artması ile birlikte, yargı sisteminin ve siyasal sistemin, daha fazla açmaza girmesi kaçınılmaz görülmektedir. Bu nedenle, uluslararası sözleşmelere atılan imzalara ve verilen taahhütlere sadık kalınması ve ciddi olarak *hukuk ve yargı reformu* çalışmalarına gecikmeksizin başlanması zorunludur.

Adil yargılanma hakkının hukukî metinlerde düzenlenmiş olması adaletin, adil olarak yürütülmesine yetmemektedir. Devletler, adil yargılanma hakkının uygulamada da korunabilmesi için gerekli tedbirleri almalıdırlar. Bu nedenle, adil yargılanma ile birlikte yargıç güvencesinin ve bağımsızlığının *tam* ve de *mutlak* olarak sağlanabilmesi için öncelikle;¹⁰⁵

- Etkin bir hukuk mekanizması ve yargı örgütlenmesini gerçekleştirelmesi, kişilerin yargı yerlerine ulaşma hakkını güvence altına alınması,¹⁰⁶
- Adil yargılamada etkin rol alabilmeleri açısından, yargı yerleri-

¹⁰⁴ TÜSİAD, «Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından» Başlıklı Raporu, İstanbul 2003, s. 11-12.

¹⁰⁵ Çine’nin, bu konudaki önerilerine genel itibariyle katılmakla birlikte, ek bazı hususlar da işlenmiştir. Bkz. Çine, Özcan, “Bağımsız ve Yansız Yargılanma Hakkı”, *Türkiye’de İnsan Hakları (Derleme Kitabı)*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü - İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Yayın No:18, Birinci Baskı, Ankara 2000, s. 121-123.

¹⁰⁶ Başaran, Başar, *Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara 2007, s. 159-160.

nin bağımsızlıklarını sağlanması,¹⁰⁷

- Adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin, olağanüstü hâller süreci de dâhil olmak üzere, cezaî, medenî, idarî ve diğer yargılama usûlleri uygulamalarında her zaman uygulanmasının temin edilmesi; adil yargılanma hakkının, *hiçbir koşulda sınırlandırılmayacak haklarla birlikte mütalaa edilmesi,*

- “*Geciken adâlet, adâlet değildir*” ilkesinden hareketle; yargılamanın süre, süreç ve kademelerinin (temyiz, istinaf... gibi)¹⁰⁸ makul düzeye indirilmesi ve indirgenmesi için gereken her türlü önlemin alınması, mahkemelerin iş hacminin (iş yükünün) mutlaka azaltılması hususunda gereken yasal düzenlemelerin yapılması,

- Yargılama işlevinin yerine getirilmesi sırasında, gerek hukuk mahkemelerinde, gerek ceza mahkemelerinde, gerekse idarî yargıda tüm önlemlerin (tutuklama işlemleri, soruşturma safhaları, hatta birliktelik ve tebligat gibi kurumların) son derece karmaşık ve süreci uzatan nitelikten ve prosedürlerden bir an önce arındırılarak *hantallık* oluşturan işbu yapının, ortadan kaldırılması,

- Teknik alt yapı sorunlarının (bina, araç, gereç yetersizlikleri...) giderilmesi,

gerekmektedir.

Son söz olarak, ülkemizin iç hukukunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve diğer uluslararası sözleşmelerde yer alan hakların yasalarla kabul edilerek mevzuatta yer alması; söz konusu olan bu hakların yerleşmesi ve ülkemizdeki insan hakları standartlarının yükseltilmesi için *yeterli değildir*. Asıl önemli olan, yapılan bu düzenlemelerin *uygulanması ve hayata geçirilmesidir*. İnsan hakları ve özgürlükleri ile ilgili düzenlemeler hangi alanda yapılırsa yapılsın hiçbir zaman lüks değildir. Türkiye, uluslararası çağdaş toplum içerisinde yerini almak istiyorsa, yapılan yasal ve anayasal düzenlemeler harfiyen ve de fiilen uygulanmalıdır. Bu haklar ve özgürlükler uluslararası toplumun

¹⁰⁷ Başaran (2007) a. g. e., s. 159-160.

¹⁰⁸ Adil yargılanma hakkıyla ve pek tabii ki mâkul süre ile doğrudan bağlantılı olan yargı kademelenmesi (temyiz, istinaf... gibi), her dönemde eleştiriye açık bir yapılanmada olmuştur. Bu nedenle yargının yavaş işlemesi ve hantallığı, çoğu kez eleştirilmiştir. Bununla birlikte, bu eleştiriye bazen, yargıç ve savcılarının nicelik ve nitelikleri (yargıç ve savcı sayısının azlığı... gibi) de söz konusu yapılmıştır.

isteği veya baskısı için değil; halkımız, bu hak ve özgürlüklere lâyık olduğu için uygulanmalıdır. Unutulmamalıdır ki; insan olmanın en doğal sonucu, bu haklara *sahip olmayı* gerektirir.¹⁰⁹

Umudumuz, herkesin, hakkına razı olduğu; herkese ve de her seye, hakkının verildiği bir dünya...

KAYNAKLAR

- Akad, Mehmet, *Genel Kamu Hukuku*, 2. baskı, İstanbul 1997.
- Akıllıoğlu, Tekin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü Başvuru Bilgileri*, Ankara 2002.
- Akıllıoğlu, Tekin, "İnsan Hakları", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:17, Ankara 1995.
- Akıllıoğlu, Tekin, *İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler*, Ankara 1995.
- Akıllıoğlu, Tekin, "İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku: Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Rolü".
- Makalenin internet erişim adresi:
www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm (10.01.2009).
- Akıllıoğlu, Tekin, "İnsan Haklarının Uygulanmasında İki Farklı Dil: Biz ve Onlar", *Türkiye'de İnsan Hakları (Derleme Kitap)*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü - İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Yayın No:18, Birinci Baskı, Ankara 2000.
- Aliefendioğlu, Yılmaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Açısından Adil Yargılanma Hakkı", *Anayasa Yargısı 10*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1993.
- Aybay, Rona, *Yabancılar Hukuku*, İkinci Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2007.

¹⁰⁹ Çörez, Özgür, *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Askerî Yargı (Ceza) Sistemi (Yüksek Lisans Tezi)*, İzmir 2007, s. 132.

- Başaran, Başar, *Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara 2007.
- Batum, Süheyl, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye*, İstanbul 1996.
- Bıçak, Vahit, *Yeni Yapısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2005.
- Çavuşoğlu, Naz, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Özel Dizi No.1*, Ankara 1994.
- Çeçen, Anıl, *İnsan Hakları Rehberi*, Ankara 1999.
- Çelik, Adem, *1982 Anayasası'nda Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara 2006.
- Çine, Özcan, "Bağımsız ve Yansız Yargılanma Hakkı", *Türkiye'de İnsan Hakları (Derleme Kitap)*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü - İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Yayın No:18, Birinci Baskı, Ankara 2000.
- Çörez, Özgür, *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Askerî Yargı (Ceza Sistemi) (Yüksek Lisans Tezi)*, İzmir 2007.
- Demircioğlu, Yaşar, *Medeni Usûl Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara 2001.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi*, İstanbul 1999.
- Donay, Süheyl, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, Ankara 1994.
- Dönmezer, Sulhi, *Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri*, CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999.
- Dönmezer, Sulhi, *İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, Ekim 2000.
- Eroğlu, Cem, "(...) ilgili makalesi", *Çağdaş Hukuk Dergisi*, Aralık 1997.
- Erşen, Serkan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi)*, Kırıkkale 2007.
- Gölcüklü, Feyyaz / Gözübüyük, A.Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Ankara 1996 / 2002 / 2003.

- Gözlügöl, Said Vakkas, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Hukukumuzun Etkisi*, Ankara 1999.
- İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2002.
- Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 6.Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1981 / 1993.
- Karakehya, Hakan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma (Doktora Tezi)*, Eskişehir 2007.
- Kaşıkar, M.Serhat, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı*, Konya 2008.
- Kaşıkar, M.Serhat, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Elde Etme Yasakları*, Konya 2008.
- Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14.bası, İstanbul 2006.
- Mole, Nuala / Harby, Catharina, *Adil Yargılanma Hakkı - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Birinci Baskı, Avrupa Konseyi - İnsan Hakları Kitapçıkları, No.3, Almanya 2001. Eserin internet erişim adresi: www.i-hop.org.tr/dosya/coe/adil_yargılanma.pdf (10.01.2009).
- Pekcanitez, Hakan, "Adil Yargılanma Hakkı", *İzmir Barosu Dergisi*, 1997.
- Soydan, Billur Yatlı, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 143, Ağustos 2000.
- Toklu, Erdinç, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi)*, Kocaeli 2001.
- Tunç, Hasan, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl 2000, C. 17.
- Türmen, Rıza, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuzun Etkileri*, Anayasa Mahkemesi'nin 38. Kuruluş Yıldönümü Dolayısıyla Düzenlenen Panel.
- TÜSİAD, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından" Başlıklı Raporu , İstanbul 2003. Ra-

porun internet erişim adresi: [http://www.tusiad.org/tusiad_cms.nsf/LHome/30AE18FEF31A895DC225733E0041961D/\\$FILE/yargi.pdf](http://www.tusiad.org/tusiad_cms.nsf/LHome/30AE18FEF31A895DC225733E0041961D/$FILE/yargi.pdf) (10.01.2009).

Uluslararası Af Örgütü, *Adil Yargılanma Hakkı*, Çev.: Fadıl Ahmet Tamer / Erol Kaplan, 1.baskı, İstanbul 2000.

Ünal, Şeref, *AİHS ve AİHK ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükmülerinin Açıklanması ve Yorumu*, Ankara 1995.

Versan, Rauf, *Adil Yargılama Üzerine*, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl:1990/1-2-3, İstanbul 1990.

Zabunoğlu, Yahya, *Adil Yargılanma Hakkı ve İdarî Yargı*, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Ekim 2000.

AİHM - Karar Arama (Ulusal ve Uluslararası Kaynaklar)

- <http://www.echr.coe.int/echr/>
- <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>
- <http://ihami.anadolu.edu.tr/ana.asp>
- <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>
- <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/select.php>

YASAMA DOKUNULMAZLIĞININ KAPSAMI

Kadir AKTAŞ*

1. Giriş

Yasama dokunulmazlığı kurumu, milletvekillerinin yasama görevlerini her türlü endişe ve baskıdan uzak, tam olarak yerine getirebilmeleri amacını güder. Kurumun esas gayesi, milletvekillerinin şahsını değil, yasama fonksiyonunu koruyarak kamu yararını sağlamaktır.¹ Yasa koyucu, yasama dokunulmazlığının varlığında gözetilen kamu yararını, dokunulmazlık nedeniyle oluşan kanun önünde eşitsizliğe -hatta milletvekillerinin dokunulmazlığa dayanarak birtakım suiistimallere karışması durumuna- tercih etmiştir.

Dokunulmazlık kurumu, geçmişte İngiltere örneğinde görüldüğü gibi iktidar gücünü elinde tutan monarşik otoriteye karşı halkın iradesini yansıtan meclisleri korumakta iken, günümüzde ise demokratik sistemlerin yaygınlaşmasına bağlı olarak iktidar gücünü elinde tutan baskıcı yönetimlere veya odaklara karşı olanları (ve özellikle muhalefeti) koruma işlevi görmektedir.² Demokratik ülkelerin çoğunda, nitelikleri farklı da olsa bu kuruma yer verilmesi bu zorunluluğun bir neticesidir. Dolayısıyla, hukuk devleti ilkesinin, demokratik sistemin ve demokrasi kültürünün tam yerleşmediği ülkelerde dokunulmazlık kurumu işlevini daha çok yerine getirmektedir.

Belirtilen gereklilikten dolayı 1982 Anayasası'nın 83. maddesin-

* Yasama Uzmanı, TBMM Kanunlar ve Kararlar Dairesi.

¹ AYMK, E. 1994/21, K. 1994/40, K.T.21.3.1994, <http://www.anayasa.gov.tr>, E.T. 5.11.2004.

² Muhalefeti koruma işlevi için bkz. Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, 1991, s. 384; Arsel, İlhan, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, Mars Matbası, Ankara, C. 1, 1965, s. 261.

de düzenlenen yasama dokunulmazlığı bir birine yakın içerikleriyle, 1876, 1924 ve 1961 anayasalarında da yer almıştır.

Yasama dokunulmazlığı kurumu gerek kapsamı gerekse sonuçları itibariyle tartışılması güncelliğini yitirmeyen bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Konunun hukuki boyutunun yanı sıra siyasi hatta devletin uluslararası itibarı gibi çok yönlü neticelerinin olması, bu kurumun kapsamının belirlenmesini daha da önemli kılmaktadır. Son dönemde yaşanan “Cumhurbaşkanı Dokunulmazlığı” tartışmaları bu tespitimizin haklılığını gösteren en çarpıcı örnek olmuştur. Bu çalışmada yasama dokunulmazlığının kişiler, fiiller ve süre bakımından kapsamına ışık tutulmaya çalışılmıştır. Çalışmada meselenin hukuki değerlendirmesi yapılmaya çalışılmıştır. Meselenin diğer yönleriyle değerlendirilmesi ise başka bir çalışmaya bırakılmıştır.

2. Kişiler Bakımından Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı

Anayasa (AY), yasama dokunulmazlığını, yasama sorumsuzluğuyla birlikte “Üyelikle İlgili Hükümler” başlığı altında düzenlemiştir. AY’nin dokunulmazlığı düzenleyen 83. maddesinde ve TBMM İçtüzüğü’nün 131 ilâ 134. maddelerinde, sadece milletvekillerinden söz edilmektedir. Ancak, dokunulmazlık ayrıcalığı sadece milletvekillerine tanınmış değildir.

1982 Anayasası’na göre, yasama dokunulmazlığından faydalanan kişileri, üç grupta inceleyebiliriz. Bunlar; milletvekilleri, TBMM üyesi olmayan bakanlar, Cumhurbaşkanı ve Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyeleridir. Bu sıfatlara haiz olmadan, Meclis’te konuşma yapan veya görev icra eden bir kimse, –mesela, komisyon çalışmalarına iştirak eden bürokratlar, uzmanlar– bu haktan yararlanamazlar.³

³ Arsel, İlhan, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, Mars Matbası, Ankara, C. 1, 1965, s. 268; 1924 Anayasası’nın 41/2. maddesinde “...Cumhurbaşkanının özlük işlerinden dolayı sorumlu olması gerekirse Anayasanın millettekilliği dokunulmazlığı ile ilgili 17 nci maddesi hükümlerine uyulur” denilmek suretiyle dokunulmazlığın kişi bakımından kapsamına Cumhurbaşkanı da alınmışken sonraki anayasalarda bu hükme yer verilmemiştir. Gözübüyük, Şeref / Killi, Suna, *Türk Anayasa Metinleri*, 2. Baskı, Ankara, 1982 s. 121.

2.1. Milletvekilleri (Başbakan ve Meclis Üyesi Bakanlar)

Dokunulmalıktan amaç, yasama fonksiyonunun tam anlamıyla yerine getirilmesini sağlamak olduğuna göre, doğal olarak dokunulmazlıktan yararlanacak kişilerin başında, bu fonksiyonu yerine getirmekle yükümlü milletvekillerinin olması gereklidir.

Dokunulmazlık, yasama faaliyetini yerine getiren parlamento üyelerine bir koruma sağlar. İştirak halinde işlenen suçlarda üyenin dokunulmazlığının kaldırılmasına karar verilmemiş olsa bile, üye dışındaki şerikler için her türlü muhakeme işlemleri yapılabilir. Yargıtay, Parlamento üyesi Kasım Gülek ve şeriklerinin yargılandığı bir davaya ilişkin verdiği "...milletvekilinin seçilmekle kazandığı dokunulmazlık nedeni ile hakkındaki davanın durdurulmasına, diğer sanıklar için devam ettirilmesine..." şeklindeki kararıyla,⁴ dokunulmazlığın, diğer suç şeriklerini korumayacağını kabul etmiştir.

Başbakan ve bakanlar görev suçlarından dolayı dokunulmazlık korumasına tabi midir?

Anayasa'nın 100. maddesinde Meclis soruşturması kurumu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre Başbakan ve bakanların görevleriyle ilgili işledikleri suçların soruşturulması, Meclis soruşturması yoluyla olmaktadır. Meclis soruşturmasına tabi görev suçlarının dokunulmazlık kapsamında olup olmadığı ise özellikle Yüce Divan'ın son dönem içtihatlarıyla tartışma konusu olmuştur.⁵

Örneğin, Yüce Divanın Bayındırlık ve İskan eski Bakanı Yaşar Topçu'nun yargılandığı davada verdiği kararında;

"...Bakanların görevleriyle ilgili suçlarla ilgili değerlendirmeye gelince; Başbakan ve bakanlar aynı zamanda milletvekili olmaları nedeniyle Anayasa'nın 83. maddesindeki yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığından yararlanmaktadırlar. Bakanlık sıfatı milletvekilliği sıfatını ortadan kaldırmamaktadır. Başbakan ve bakanlar hakkındaki Meclis soruşturma yöntemini düzenleyen Anayasa'nın 100. maddesinde, bu kişilerin görevleriyle ilgili"

⁴ YCGK'nın, 31.03.1946 tarih ve K. 28 sayılı kararı, Saymen, Ferit Hakkı, Erman, Sahir, Elbir, Halit Kemal, *Türk İchtihatları Külliyyatı*, C. 1-2, 1956, İstanbul, s. 657.

⁵ 23.06.2006 tarihli ve 2004/2 esas, 2006/3, karar sayılı Yüce Divan Kararı, s. 322-323; 29.5.2006 tarihli ve 2004/5 esas, 2006/2 karar sayılı Yüce Divan Kararı, s. 140-151, <http://www.anayasa.gov.tr>. E.T.09.09.2009.

li suçları yönünden zamanaşımının düzenlenmemiş olması, bu kişilerle ilgili eylemler bakımından genel zamanaşımı kurallarının uygulanması gerektiği anlamına gelmemelidir.

...Bir başka ifade ile Anayasa'da bakanlar ve milletvekilleri için geçerli olan tek bir dokunulmazlık vardır. O da Anayasa'nın 83. maddesinde düzenlenen yasama dokunulmazlığıdır. Milletvekilleriyle bakanların dokunulmazlıkları konusundaki farklılık, dokunulmazlıkların kaldırılması usul ve şartları bakımındandır. Bu konunun, milletvekilleri ile bakanların görev suçları açısından Anayasada farklı düzenlenmesi, dokunulmazlığın esası bakımından bir farklılık bulunduğu anlamında yorumlanamaz. Bu nedenle milletvekilleri, Başbakan ve bakanlar aynı dokunulmazlığa sahiptirler ve bu dokunulmazlık nedeniyle TBMM üyelikleri süresince haklarında zamanaşımı da işlemez. Anayasa'nın 100. maddesindeki farklı düzenleme yalnızca dokunulmazlığın kaldırılması bakımından getirilen bir farklılıktır. Diğer hükümler yönünden milletvekili olmaları nedeniyle Başbakan ve bakanlar da milletvekillerinin tabi olduğu kurallara tabi tutulmalıdır. Zamanaşımının bu şekilde uygulanmaması, haklı ve mantıklı bir izahı olmaksızın suç ve suçlular arasında ayrımlar yapılması gibi sonuçlara neden olacaktır. TBMM üyeleri arasından seçilen Başbakan ve bakanların dışında, Anayasa'nın 100. maddesinin sağladığı olanakla TBMM dışındaki milletvekili seçilme yeterliği olanlar arasından seçilen bakanların da yasama dokunulmazlığına sahip olduklarının Anayasa'nın 112. maddesinin dördüncü fıkrasında ayrıca belirtilmesi bu görüşün açık kanıtıdır..."

denilerek, esasta görev suçları bakımından da Başbakan ve bakanların Anayasa'nın 83. maddesindeki dokunulmazlık kapsamında olduğunu açıkça kabul etmiştir. Yüce Divan kararında; Anayasa'nın 100. maddesindeki düzenlemenin dokunulmazlığın kaldırılması bakımından özel hüküm içerdiğini, dolayısıyla Anayasa'nın dokunulmazlığa ilişkin 83. maddesinin kaldırmaya ilişkin hükümlerinin haricindeki diğer hükümlerinin -özellikle zamanaşımına ilişkin kuralının- Başbakan ve bakanların görev suçları bakımından sonuç doğurmaya devam edeceğini belirtmiştir.

Yüce Divan'ın bu yaklaşımına katılmak mümkün değildir. Öncelikle, Yüce Divan'ın azınlık görüşünde de belirtildiği üzere, Meclis soruşturmasının birincil amacı, göreve ilişkin suç ihbar ve şikâyetleri ile bunların soruşturulması ve karara bağlanması konusunda Bakanlar Kurulu üyelerine güvence sağlamaktır. Anayasa bu düzenlemeyle soruşturma görev ve yetkisini genel yetkili savcılara değil TBMM'ye bı-

rakmuştur. Başbakan ve bakanlara görev suçlarında yasama dokunulmazlığından farklı böyle bir güvence sağlandığı için Anayasa'nın 83. maddesinde yer alan yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerin uygulanması olanaksızdır.⁶ Anayasa'nın 100. maddesiyle TBMM'nin üstlendiği inisiyatif, dokunulmazlık kurumuyla Meclis'e yüklenen yetki ve görevi kapsar niteliktedir. Yani dokunulmazlık kurumuyla Meclis'e tanınan bir takım muhakeme işlemlerinin yapılmasına izin verme yetkisi, Meclis soruşturmasında izin vermenin ötesinde, soruşturmayı bizatihi yapma ve neticesine karar vermeyi de içermektedir.

Dokunulmazlığın düzenlendiği Anayasa'nın 83. maddesinde, genel yargılama ve soruşturma makamlarının görevleri dâhilideki işlerde bir takım muhakeme işlemlerini yapabilmeleri için TBMM'nin kararını beklemeleri kuralı getirilmiştir. Anayasa'nın 83/3. maddesinde belirtilen "zamanaşımının işlemeyeceğine" ilişkin kuralın dava zamanaşımına şamil yorumu kabul edilse bile;⁷ bu kural muhakeme işlemlerini yapmak için başka bir makamın (TBMM'nin) kararının beklenmesi durumu için geçerlidir. Yoksa dava zamanaşımının durmasına ilişkin kurallar, bir başka makamın kararına/iznine ihtiyaç duymadan muhakeme işlemlerini yapabilen adli makamlar için söz konusu değildir. Bir adli makamın muhakeme işlemlerini yapmaması olsa olsa görevde ihmal sonucunu doğurur ki bu da 'zamanaşımına uğrama' kuralının ana gerekçesidir. Dolayısıyla, bakanların görev suçlarında Anayasa'nın 83. maddesinin -genel hüküm niteliği olmadığı için- uygulanmasının yeri yoktur.

⁶ Başkan Tülay Tuğcu ile üyeler Fulya Kantarcıoğlu, Mehmet Erten, A. Necmi Özler ve Şevket Apalak'ın karşı oy yazıları, 29/5/2006 tarihli ve 2004/5 esas, 2006/2 karar sayılı Yüce Divan Kararı, s. 146-151, <http://www.anayasa.gov.tr>. E.T.09.09.2009.

⁷ Doktrinde ve yargı içtihatlarında, Anayasanın 83/3 üncü maddesinde belirtilen "zamanaşımı işlemmez" hükmünün dava zamanaşımını da kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. Bu kuralın dava zamanaşımını da kapsadığını belirten karar ve görüşler için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, C. 24, Sayı 2, Şubat 1998, s. 442-443; "dokunulmazlık kaldırılıncaya kadar hiçbir surette süre işlemeyeceği gözetilmeden sanık hakkında açılan davanın düşürülmesi, kararı bozmayı gerektirir." Y.4.CD. T.18.09.1981, E. 5135, K.5295, YKD, Kasım-1981, s. 497; Arslan Çetin, "Yasama Dokunulmazlığının Zamanaşımına Etkisi", AÜHFD, C. 57, S. 1, Ankara, 2008, s. 35-93; Dönmezer, Erman, a. g. e., C. III, s. 275; Erem, Faruk, Danışman, Ahmet, Artuk, Mehmet Emin, *Türk Ceza Hukuku -Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 14.Baskı, 1997, s. 1015; Ayrıksı görüş için bkz. Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 8.6.2000 tarih ve 2000/114-114 Esas-Karar sayılı kararı (yayımlanmamış); Feyzioğlu, "Yasama...", s. 33; Özgen, Eralp, *Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi*, Eskişehir, 1988, s. 100

TBMM'nin Anayasa'nın 100. maddesi çerçevesindeki soruşturma işlemlerinde gecikmesi, bu görevini ihmal etmesiyle nitelenecek bir durumdur. Bu ise mevcut statüden –yani görev suçlarında bakanların dokunulmazlığının olmadığı ve zamaşımının işlediği kuralından– farklı bir sonuç çıkarmanın değil, Meclis soruşturmasının gerekliliğini tartışmanın ve Anayasa'nın bu kuralının değiştirilmesinin konusunu teşkil eder.⁸

Kaldı ki Başbakan ve bakanların görev suçları hakkında, genel yetkili adli makamların soruşturma ve kovuşturma yetkisi bulunmadığından, böyle bir suçlamadan dolayı, Meclis'çe verilen dokunulmazlığın kaldırılması kararının bir işlevi olmayacak, dokunulmazlık kaldırılrsa bile adli mercilerin herhangi bir işlem yapması mümkün olmayacaktır. Meclis'in, adli görev niteliğinde yürüttüğü Meclis soruşturması sonucunda vereceği karar, Yüce Divan'a sevk yönünde olursa, ilgili bakan veya Başbakanın Yüce Divan'da yargılanmasının yolu açılacaktır. Başbakan ve bakanlar hakkında görev suçlarıyla ilgili, Meclis soruşturması sonucu, yargılanmak için Yüce Divan'a sevk kararı verilmişse ayrıca dokunulmazlığın kaldırılması kararına gerek yoktur.⁹

Görev suçlarının dışında işlemiş oldukları suçlardan dolayı, Başbakan ve bakanların tutulması, sorguya çekilmesi ve yargılanması, diğer milletvekilleri gibi, Meclis tarafından, dokunulmazlığın kaldırılmasına karar verilmesine bağlıdır.¹⁰ Yani bu fiillerinden dolayı Başbakan ve bakanların dokunulmazlıkları bulunmaktadır.

2.2. Meclis Dışından Atanan Bakanlar

1982 Anayasası'nın 109. maddesinin üçüncü fıkrasıyla, TBMM üyesi olmayan kimselerin de bakan olarak atanabileceği kabul edilmiştir. Yine, Anayasa'nın 112. maddesinin 4. fıkrasında "*Bakanlar Ku-*

⁸ Farklı yaklaşım için bkz. Arslan Çetin, *a. g. e.*, s. 67-69 .

⁹ Meclis soruşturması hakkında geniş bilgi için bakınız; Şahin, Ali Oğuz, *Başbakanların ve Bakanların Görevleriyle İlgili Cezai Sorumlulukları*, Palme Yayıncılık, Ankara, 1999.

¹⁰ 23.06.2006 tarihli ve 2004/2 esas, 2006/3, karar sayılı *Yüce Divan Kararı*, s. 322-323; 29/5/2006 tarihli ve 2004/5 esas, 2006/2 karar sayılı *Yüce Divan Kararı*, s. 140-151, <http://www.anayasa.gov.tr>. E.T.09.09.2009; Gözübüyük, Abdullah Pulat, "Mebuslar ve Bakanlar Hakkında Soruşturma ve Kovuşturma Usulü", *Adalet Dergisi*, C. 45, Sayı 10, s. 1954; "Bakanlarında TBMM üyesi olmaları itibarıyla sorumsuzluk ve dokunulmazlık haklarına malik olmaları tabiidir." Arsel, *a. g. e.*, C. 1, s. 350.

rulu üyelerinden milletvekili olmayanlar;... bakan sıfatını taşıdıkları süreçte milletvekillerinin tabi oldukları kayıt ve şartlara uyarlar ve yasama dokunulmazlığına sahip bulunurlar..." denilmek suretiyle, TBMM üyesi olmayan bakanlar da dokunulmazlık kapsamına alınmıştır. Meclis dışından atanan bakanların görev suçlarından dolayı soruşturulması ve kovuşturulması, Meclis soruşturmasına tabidir.¹¹ Bu itibarla bu kişiler, yukarıda da belirttiğimiz üzere sadece kişisel suçlarından dolayı dokunulmazlık korumasından faydalanırlar.

Doğal olarak, bu kişilerin dokunulmazlıkları "seçim" tarihinde değil "bakan olarak atandıkları" tarihte başlar ve "bakanlık sıfatları sona erince de" Meclis kararına gerek olmaksızın, kendiliğinden ortadan kalkar.¹²

2.3. Cumhurbaşkanlığı ve Cumhurbaşkanlığı Konseyi Üyeleri

1982 Anayasası'nın geçici 2. maddesinin 3. fıkrasında "Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp göreve başladıktan sonra, Millî Güvenlik Konseyi, altı yıllık bir süre için Cumhurbaşkanlığı Konseyi haline dönüşür ve Millî Güvenlik Konseyi üyeleri, Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyesi sıfatını alırlar. Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyeleri, Anayasada Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin haiz buldukları özlük hakları ile dokunulmazlığına sahip olurlar. Altı yıllık süre sonunda Cumhurbaşkanlığı Konseyinin hukukî varlığı sona erer." denilmek suretiyle, MGK üyeleri de yasama dokunulmazlığına kapsamına alınmıştır. 1989 yılında görev süreleri sona erene kadar Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyeleri yasama dokunulmazlığından yararlanmışlardır. Yasama çalışmalarıyla ilgileri bulunmayan bu kimselere, dokunulmazlık hakkının tanınması, kurumun amaciy-

¹¹ Kunter/Yenisey, bakanların sahip olduğu bu dokunulmazlığı, "bakanlık dokunulmazlığı" olarak adlandırmaktadır. Yazar, bakanların görevinin yürütmeyle ilişkin olduğunu belirterek, yasama faaliyetinin baskı, engelleme ve kesinti olmadan yerine getirilmesi için tanınmış yasama dokunulmazlığının bu gerekçesini, bakan dokunulmazlığının da gerekçesi olarak ileri sürmenin mümkün olamayacağını ifade etmiştir. Yine milletvekili olmayan bakanların da varlığı, milletvekilleri için kullanılan yasama dokunulmazlığı kavramını karşılamamaktadır. Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, 10.Baskı, İstanbul, 1998, s. 96.

¹² Gönenç, Levent / Ergül, Ozan/Kontacı, Ersoy, "1982 Anayasasına Göre Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı", <http://www.yasayanayanayasa.ankara.edu.tr/index.html>, E.T. 23.09.2004, s. 11.

la çelişmektedir.¹³ Bu düzenlemenin altında yatan saiki, 1980 darbesini yapan askeri üst yönetimin, sonraki dönemde, icraatlarından dolayı, kendilerini sistem içinde koruyucu bir mekanizmayı koyma gayretlerinin bir türü olarak değerlendirmek yerinde olacaktır.

Peki, Cumhurbaşkanının Dokunulmazlığı var mıdır?

Konuyu öncelikle Cumhurbaşkanının sorumluluğunu düzenleyen anayasal metinlerin tarihsel yorumlarını yaparak ve Anayasa koyucunun amacını tespit ederek ele almak yerinde olacaktır.

Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili işlemlerinden dolayı sorumlu tutulamayacağı (sorumsuzluğu) bir birine yakın içeriğiyle bütün anayasalarda geçerli bir kural olarak benimsenmiştir. Ancak, görev dışındaki suç isnatlarından dolayı Cumhurbaşkanının sorumlu olup olmadığı veya bu sorumluluğa karşı nasıl hareket edileceği yorumlanması gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

1924 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu Teklifi'nin Genel Kurul görüşmelerinde, Cumhurbaşkanının sorumluluğunu düzenleyen 41. maddenin, diğer maddelerin görüşmelerine göre nispeten daha çok tartışma ve inceleme konusu yapıldığı görülmektedir. Dönemin Cumhurbaşkanının karizmatik liderliği karşısında maddenin çeşitli yönleriyle tartışılması, Meclis'in konuya karşı hassasiyetini yansıtmaktadır. Bu hassasiyetin altında ise yapılması öngörülen düzenlemenin, bütün dönemlere sâri ve ihtimalleri gözeten gayri şahsi bir nitelik taşıması gerektiği yönündeki gayretler ile en büyük inkılâp olan Cumhuriyetin bir gereği olarak, Kanunu Esasi'nin "*Zatı Hazreti Padişahi nefsi hümayunu mukaddes ve gayri mesuldür.*" şeklindeki 5. maddesi hükmüyle paralel içerikteki bir düzenlemeden kaçınma gayretleri yatmıştır.¹⁴

1924 Anayasası'nın 41. maddesinde, şahsi hususlarda Cumhurbaşkanının dokunulmazlığının olduğu açık olarak belirtilmiştir. Hal böyle olmakla birlikte, Teşkilatı Esasiye Kanunu Teklifi'nde ve Kanunu Esasi Encümeninin Genel Kurul görüşmelerine esas olan ilk metninde, Cumhurbaşkanının dokunulmazlığına ilişkin özel bir nitelime-

¹³ Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 4.Baskı, Ankara, 1995, s. 252-253.

¹⁴ Konuya ilişkin Dersim mebusu Feridun Fikri Bey ile Saruhan Mebusu Reşat Bey'in açıklamaları dikkat çekicidir. *TBMM Zabıt Ceridesi*, D.2, İÇT.2, C. 8/1, T.13.4.1340, s. 611-614.

ye ihtiyaç duyulmamıştır. Teklifin 41. maddesinin “*Reisicumhur, ancak hiyaneti vataniye halinde Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı mesuldür*”¹⁵ şeklindeki ilk halinde yer alan “*ancak*” vurgusundan, Cumhurbaşkanının sorumluluğunun sadece vatana ihanet haliyle sınırlı olduğu ve bu sorumluluğun da TBMM’ye karşı olduğu anlaşılmaktadır.¹⁶ Doğal olarak, tek istisna dışındaki diğer hallerde sorumsuzluğun esas olduğu böyle bir düzenleme karşısında dokunulmazlık korumasına da ihtiyaç bulunmamaktadır.

Encümen raporunun Genel Kurul görüşmeleri sırasında, Teklif’in bu maddesi, “*Cumhurbaşkanının cezai veya siyasi yönden sorumluluğunun olup olmadığının, varsa cezai mesuliyetinin sınırının, cezai mesuliyetine ilişkin ithamın nasıl yapılacağı ve olası muhakemenin nerede yapılacağı belirsizliği*” iddialarına konu olmuştur. Madde, verilen önergelelerin kabul edilmesiyle ‘*mesuliyetin kapsamının belirlenmesi*’ için Esas Encümene tekrar görüşülmek üzere geri gönderilmiştir.¹⁷ Maddeyi tekrar düzenleyen Encümenin, bu eleştirilere karşı çözümü ise, şahsi hususlarda Cumhurbaşkanının da dokunulmazlığının olduğunu madde metninde açıkça belirterek olmuştur. Encümenin nihai metni de genel bir uzlaşıyla Genel Kurul’da kabul edilmiştir.¹⁸ Sonuç olarak, yukarıda belirtilen “*ancak*” vurgusu maddeden çıkarılarak, vatan hainliği dışındaki kişisel suçlardan Cumhurbaşkanının sorumlu olduğu, ancak bu sorumlulukta milletvekili dokunulmazlığındaki esasların uygulanacağı kurala bağlanmıştır. Bir başka ifadeyle bir yandan “*ancak*” vurgusu çıkartılarak sorumsuzluğun kapsamı daraltılırken, diğer yandan dokunulmazlık kurumu benimsenmiştir.

1961 Anayasası’nda ise sorumsuzluk ve sorumluluk halleri 98 ve

¹⁵ TBMM Zabıt Ceridesi, D.2, İÇT.2, C. 8/1, T.13.4.1340, s. 611.

¹⁶ Kanuni Esasi Encümeni Reisi Celal Nuri Bey’in açıklamaları da maddenin bu şekildeki anlaşılmasını destekler niteliktedir; “*Hatır ve hayale varit değildir ki Riyaseticumhur gibi yüksek makamata isat edilen zevat ceraimi adiyeye irtikap edebilsin... Mamefih böyle bir cürüm ikai varit bile görülse o vakit istifaya davet edilir ve efradı adiyeye gibi cezasını görür*”.

¹⁷ TBMM Zabıt Ceridesi, D.2, İÇT.2, C. 8/1, T.13.4.1340, s. 614.

¹⁸ “*Madde 41- Reisicumhur, hiyaneti vataniye halinde Büyük Millet Meclisine karşı mesuldür. ...Reisicumhurun hususatı şahsiyeden dolayı mesuliyeti lazım geldikte iş bu Teşkilatı Esasiye Kanununun masuniyeti teşriyeye taallük eden 17 nci maddesi mucibince hareket edilir. (Cumhurbaşkanının özlük işlerinden dolayı sorulanması gerekirse Anayasanın milletvekilliği dokunulmazlığı ile ilgili 17 nci maddesi hükümlerine uyulur.)*”

99.¹⁹ maddelerde ayrı düzenlenmiştir. Anayasa Teklifi'nin Temsilciler Meclisi görüşmeleri sırasında, Cumhurbaşkanının vatana ihanetin yanı sıra, yemine sadakatsizlikten, anayasayı ihlal suçundan, nüfuzunu kötüye kullanmak hallerinden de sorumlu tutulmasına ilişkin 3 ayrı önerge verilmiş ve bu önergeler reddedilmiştir.²⁰ Dolayısıyla TM'nin maddeyi ele alış tarzından, Cumhurbaşkanının sorumluluğunun vatana ihanetle sınırlı algılandığı ve bu sınırlamanın başka istisnaları da içerecek şekilde genişletilmesine çalışıldığı sonucu çıkmaktadır. Bu Anayasa'da Cumhurbaşkanı için dokunulmazlık korumasına ihtiyaç duyulmaması da bu algılamayı destekler niteliktedir.

Konuyu düzenleyen 1982 Anayasası Teklifi'nin 105. maddesinin Danışma Meclisi tarafından hazırlanan gerekçesinde "...Devlet Başkanının görevi sırasında TBMM önünde vatan hainliği dışında herhangi bir sorumluluğu yoktur... Cumhurbaşkanının sorumluluğu, vatan hainliği dolayısıyladır; eski metinde bir değişiklik yoktur." denilmiştir. Teklifin gerekçesinde, Cumhurbaşkanının kişisel sorumluluğunun olup olmadığını açıklayıcı net ifadeler bulunmamakla birlikte, 1961 Anayasası'nda geçerli olan algının burada da devam ettiği düşünülebilir.²¹

1961 ve 1982 anayasaları bakımından, Cumhurbaşkanının kişisel suçlardan sorumlu olduğuna dair açık bir hüküm yoksa da, hukukçular tarafından büyük çoğunlukla kişisel suçlardan sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Yukarıdaki analizimizi de dikkate aldığımızda, tartışmaya son derece açık bu kabulün benimsenmesi durumunda, bu kez Cumhurbaşkanının dokunulmazlığının olup olmadığı sorunsalı karşımıza çıkmaktadır.

Bazı yazarlara²² göre Cumhurbaşkanının kişisel suçları için dokunulmazlık, 1924 Anayasası'nda olduğu gibi meri Anayasa için de geçerli olmalıdır. Örneğin, Feyzioğlu'na göre Cumhurbaşkanı kişisel suçlardan dolayı sorumludur ancak dokunulmazlığa da sahiptir. Tabii ki bu dokunulmazlık görev süresiyle sınırlı ve nispi dokunulmazlıktır. Milletvekilliğine ilişkin kurallar uygulanmalıdır. O'na göre bu

¹⁹ "Madde 99.- Cumhurbaşkanı, vatan hainliğinden dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az üçte ikisinin Meclislerin birleşik toplantısında vereceği kararla suçlandırılır".

²⁰ Öztürk, a. g. e., s. 2907-2918.

²¹ TC Anayasası Madde Gerekçeli, TBMM Yayını, Ankara, Ocak,2008,s. 195-196

²² Özbudun, a. g. e., s. 290.

dokunulmazlığa 'Cumhurbaşkanlığı dokunulmazlığı' denilmesi yerinde olacaktır.²³

Bu görüşler doktrinde tartışma yaratmıştır. Karşıt görüş sahiplerine göre, 1961 ve 1982 Anayasası Cumhurbaşkanının dokunulmazlığına ilişkin düzenlemeye gitmediğine göre, bu boşluğu, yorumla, kıyas yoluyla doldurmanın imkânı yoktur.²⁴ 1961 Anayasası'nın 98. maddesi ve 1982 Anayasası'nın 105. maddesi, Cumhurbaşkanının sadece görev suçlarından sorumsuzluğunu düzenlemiştir. Bu düzenlemelerin karşıt anlamlarından çıkan sonuç, Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olduğudur.²⁵

Diğer yandan devletin başı ve birliğini temsil eden Cumhurbaşkanının basit bir usulle kovuşturmaya tabi tutulabilir olması, muhakerme hukukundaki görev ve statü gereği tanınan istisnalara bakıldığında, Türk hukuk sisteminin mantığına pek de uygun düşmemektedir. En başta taşıdığı statü gereği basit bir memur bile soruşturma ve yargılama bakımından özel izin ve usullere tabidir. Üst düzey bazı görevleri icra edenlere bakıldığında, bu özel izin ve usullerin görev harici suçlar için de geçerli olduğu görülmektedir. Cumhurbaşkanının amiri olmadığına göre, O'nun genel soruşturma ve yargılama usul ve esaslarına tabi olduğu fikri kendi içinde bir çelişkiyi yansıtmaktadır. Belki, Anayasa'nın 102. maddesinin 2007 değişikliğinden önceki ilk halinde, Cumhurbaşkanının TBMM tarafından seçildiğinden yola çıkarak, Cumhurbaşkanının soruşturulmasının TBMM'nin iznine bağlı olduğu ileri sürülebilir ki; bunun anlamı Cumhurbaşkanının dokunulmazlığının kabulüdür.

²³ Feyzioğlu, Metin, "Yasama Dokunulmazlığı", *AÜHFD*, C. 42, Sayı 1-4, 1991-1992, s. 28

²⁴ Gözübüyük, a. g. e., s. 230; aynı yönde görüş için bkz., Sevinç, Murat, *Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları*, Kurlangıç Yayınevi, Ankara, 2004, s. 130;

²⁵ Dönmezer/Erman, cumhurbaşkanın kişisel suçlarından dolayı sorumluluğunu kabul etmekle beraber, yargılanma prosedürünün vatana ihanet halinin kovuşturulmasındaki esaslara göre olması gerektiğini ileri sürmüştür. Çünkü O'na göre her isteyenin dava açabilmesini düşünmek uygun düşmez. Dönmezer/Erman, 1924 Anayasası'ndan farklı olarak 1982 ve 1961 anayasalarında bu hükme yer verilmemesinin sebebini, Anayasa koyucunun bu makama duyduğu saygıda aranması gerektiğini belirtmiştir. Anayasaya böyle bir hüküm koymak, nezaket kurallarına uygun sayılmamıştır. Uygulamada gerçekleşmesi pek uzak bir ihtimal yüzünden anayasaya hüküm koymak, cumhurbaşkanı makamına karşı gösterilmesi gereken saygıyla bağdaşır sayılmamıştır. Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Basımevi, 12. B., C. I, İstanbul, 1997, s. 262.

Hiç şüphesiz ki 1924 Anayasası'ndan farklı olarak, 1961 ve 1982 anayasalarında Cumhurbaşkanı için dokunulmazlığın öngörülmemesi, kişisel suçların işlenme ihtimalinin pek mümkün görülmemesi ve bu makamın saygınlığıyla böyle bir ithamın bağdaştırılamamasıdır. Kaldı ki Cumhurbaşkanının dokunulmazlığına lâfzî olarak yer vermeden 1961 Anayasası'na²⁶ göre, görev süresi biten Cumhurbaşkanı, yaş tahdidiyle bağlı olmaksızın tabii senatör olarak TBMM üyesi statüsünü kazanmakta ve dokunulmazlıktan yararlanmaktadır. Dolayısıyla görev niteliği bakımından daha alt ve daha pasif bir görevdeyken yaşam boyu tanınan dokunulmazlığı; bu dokunulmazlığın müsebbibi sayılabilecek daha üst bir görevin icrası sırasında olmadığını kabul etmek diğer bir çelişkiyi yansıtacaktır.

Benzer çıkarımları, 1982 Anayasası içinde yapmak mümkündür. 1982 Anayasası'nın diğer anayasalara göre ayırıcı en temel özelliği, Devlet yapısı içinde yürütmenin başı sıfatıyla Cumhurbaşkanlığı makamının güçlendirilmesidir. Dolayısıyla anayasanın hazırlanmasında ki temel yaklaşım ve felsefe, Cumhurbaşkanının dokunulmazlığının olması olgusunu destekler mahiyettedir.

Anayasa'nın 106. maddesinde²⁷ Cumhurbaşkanına vekillik etme görevi Meclis başkanına verilmiştir. Meclis Başkanı vekâlet görevi sırasında aslın bütün yetkilerine haizdir ve milletvekili sıfatıyla dokunulmazlığa da sahiptir. Bu maddeyi dikkate aldığımızda, Cumhurbaşkanının dokunulmazlığının olmadığını ileri sürmek, vekilde olan bir hakkın aslında olmadığını ileri sürmek anlamına gelecektir.

²⁶ "Madde 70- (1)Cumhuriyet Senatosu, genel oyla seçilen yüz elli üye ile Cumhurbaşkanınca seçilen on beş üyeden kuruludur. (2)13 Aralık 1960 tarihli ve 157 sayılı Kanunun altında adları bulunan Millî Birlik Komitesi Başkanı ve üyeleri ile eski Cumhurbaşkanları, yaş kaydı gözetilmeksizin, Cumhuriyet Senatosunun tabii üyesidirler. Tabii üyeler, Cumhuriyet Senatosunun diğer üyelerinin tâbi oldukları hükümlere tâbidirler. Ancak, haklarında, bu Anayasanın 73'üncü maddesinin 1'inci ve 2'nci fıkraları ve 10'uncu geçici maddesinin 1'inci fıkrası hükümleri uygulanmaz. Tabii üye olarak Cumhuriyet Senatosuna katıldıktan sonra bir siyasî partiye girenlerin tabii üyelik sıfatı, partiye girişlerinden sonraki ilk Cumhuriyet Senatosu üyeliği seçimi tarihinde sona erer."

²⁷ "Madde -106 Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde, görevine dönmesine kadar; ölüm, çekilme veya başka bir sebeple Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması halinde de yenisi seçilinceye kadar, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Cumhurbaşkanlığına vekillik eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır."

Anayasa'nın Cumhurbaşkanının sorumluluğunu düzenleyen 105/3. maddesine göre Cumhurbaşkanı vatana ihanet gibi ağır bir ithamda bile bulunabilmek, TBMM'nin nitelikli teklif ve kabul çoğunluğuna bağlanmıştır. Dolayısıyla maddenin özünden, vatan hainliğine nispeten daha hafif ithamların hayli hayli bu prosedüre tabi tutulması gerektiği yönünde bir sonuç çıkmaktadır.

Yine, mer'i Anayasa'nın Geçici 2. maddesiyle Milli Güvenlik Konseyi üyelerinin, Cumhurbaşkanlığı Konseyi Üyesi sıfatıyla dokunulmazlık korumasına alındığı düşünüldüğünde, bu konseyin başı sıfatıyla Cumhurbaşkanının dokunulmazlığının olmadığını kabul etmek, anayasa koyucuların yaklaşımlarıyla pek de bağdaşmamaktadır.

Bütün bu değerlendirmeler ışığında, Anayasa Koyucunun bilerek bıraktığı bu boşluğun, yasal düzenleme veya yargı içtihatlarıyla doldurulması çözülmesi gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Mer'i metinler çerçevesinde konuya bakılırsa, metinlerin salt lâfzî yorumu ile tarihsel, mantıksal ve sistematik yorumu sonucunda farklı sonuçlara ulaşılması mümkündür. Şüphesiz ki metinlerin yorumlanması adına öğreti ve yasama organı tarafından çeşitli değerlendirmelerle katkı sağlanabilir. Ancak şu anki meri uygulamaya göre yasama metinlerinin yorumunda son sözü söyleme yetkisi yargı organlarındadır. Şurası bir gerçektir ki Cumhurbaşkanının kişisel bir suçlamayla karşı karşıya kalması siyasi, ekonomik ve devlet itibarı yönüyle çok yönlü etkileri ve sonuçları olabilecek bir meseledir. Dolayısıyla meselenin yorumu bir mahkemenin nitelemesine bırakılmayacak kadar da önem arz etmektedir. Bu da bize TBMM'nin yasal düzenleme veya (1924 Anayasası döneminde geçerli olan) yorum kararı şeklinde inisiyatif üretmesinin tartışmaya açılmasının gerekliliğini göstermektedir.²⁸

3. Yasama Dokunulmazlığının Suç Fiilleri Bakımından Kapsamı

Milletvekilinin yasama göreviyle ilgili oy, söz veya düşünce açıklaması fiilleri, sorumsuzluk kapsamına girmektedir. Oy, söz veya dü-

²⁸ Teşkilatı Esasi Kanunu'nun 26. maddesinde Meclis'in yetkileri arasında belirtilen kanunların yorumlanması diğer anayasalarda TBMM'ye görev olarak verilmemiştir. Dolayısıyla TBMM'nin kanunları yorumlayabilmesi için anasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

şünce açıklaması dışında kalan fiiller, yasama sorumsuzluğundan yararlanmazlar.²⁹ Dokunulmazlık ise milletvekilinin yasama göreviyle ilgili olmayan fiillerini himaye eder. Dokunulmazlık kapsamına giren cezalandırılabilir fiiller açısından, Almanya gibi bazı ülkeler hiçbir ayırım yapmadan bütün suçları dokunulmazlığın kapsamına almışlar, Fransa gibi bazı ülkeler kabahatler gibi hafif suçları dokunulmazlığın kapsamından çıkarmışlar, yine Portekiz gibi bazı ülkeler ise ağır suçları dokunulmazlık kapsamı dışında tutmuşlardır.³⁰

Amerika Birleşik Devletleri, Avustralya, İngiltere, İrlanda ve Kanada'da yasama dokunulmazlığının istisnaları yoktur. Ancak hatırlatalım ki, bu ülkelerde yasama dokunulmazlığı sadece hukukî alanda tanınmıştır; parlamento üyeleri hukukî takiplere karşı korunmaktadır. Dolayısıyla parlamento üyelerinin, zaten suç teşkil eden fiilleri bakımından kendilerine tanınmış herhangi bir dokunulmazlığı yoktur. Yasama dokunulmazlığını cezaî alanda tanıyan ülkelerin hepsinde (Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, İspanya, İsveç, İsviçre, İsrail, İtalya, İzlanda, Japonya, Lüksemburg, Norveç, Portekiz ve Yunanistan) yasama dokunulmazlığının bazı istisnaları vardır.³¹

Bu istisnalardan en yaygını *suçüstü halidir*. Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, İspanya, İsveç, İsviçre, İsrail, İtalya, İzlanda, Japonya, Lüksemburg, Norveç, Portekiz ve Yunanistan'da suçüstü hali yasama dokunulmazlığının istisnası durumundadır. Lüksemburg

²⁹ Laferriere, Julien, *Manuel de droit constitutionnel*, 2. Baskı, Paris, 1947, s. 711; Örneğin yasama çalışmaları sırasında, bir parlamento üyesi, diğer bir parlamento üyesini veya bir görevliyi döver, yaralar veya öldürürse, burada yasama sorumsuzluğu yoktur. Buna karşılık yapılan eylem, oy, söz ve düşünce açıklaması şeklinde ise içeriği ne olursa olsun yasama sorumsuzluğu kapsamına girer. Örneğin hakaret ve sövme fiilleri de meclis çalışmaları sırasında işlenmek şartıyla kural olarak yasama sorumsuzluğu kapsamındadır. Gözler, Kemal, "Yasama Dokunulmazlığı: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 56, No. 3, Temmuz-Eylül 2001, www.anayasa.gen.tr/dokunulmazlik.htm, E.T.10.10.2004; Zira hakaret ve sövme de sözle yapılan bir fiildir. Şüphesiz bir ülkenin anayasası küfür fiillerini, yasama sorumsuzluğunun kapsamı dışında kalmasını öngörebilir. Yasama sorumsuzluğu oy, söz veya düşünce açıklamasının "yasama çalışmaları" sırasında yapılmış olması şartıyla parlamento üyelerine tam, mutlak bir koruma sağlar. Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, s. 251.

³⁰ Kıratlı, Metin, *Parlamentar Muafiyetler -Bizde ve Yabancı Memleketlerde-*, Sevinç Matbaası, 1961, s. 83.

³¹ Gözler, "Yasama...", s. 91.

(ağır cezayı gerektiren) ve Portekiz (en az üç yıl cezayı gerektiren suç) Anayasalarına göre, suçüstü halinde yakalanan meclis üyesinin işlediği suçun belirli bir ağırlıkta olması gerekmektedir.

Finlandiya (en az altı aydan fazla hapis cezası gerektiren suç) ve İsveç'te (suçun minimum cezasının iki yıl haptisten fazla olması gerekir) ise sadece belirli bir miktardan fazla hapis cezası gerektiren bir suçun işlenmesi durumunda, yasama dokunulmazlığı işlememektedir.

İsviçre'de sadece kaçma şüphesi altında bulunma, dokunulmazlığın istisnasını teşkil etmekte ve parlamento üyesi bu durumda tutuklanabilmektedir.

İsveç Anayasasına göre ise parlamento üyesinin, suçunu itiraf ettiği durumlarda yasama dokunulmazlığı işlememektedir,

1958 Fransız Anayasası'na (m. 26/2) ve 1947 İtalyan Anayasası'na (m. 68) göre, kesin hükümlerle mahkûmiyet halinde yasama dokunulmazlığı işlemez. Yani bu durumda infaz engeli dokunulmazlık işlememektedir.³²

1982 Anayasası'nın 83/2. maddesinde "... Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili..." denilmek suretiyle suç grupları arasında bir ayırım yapılmamıştır.³³

Doktrinde kimi yazarlar, dokunulmazlığın amacının milletvekilinin uzun süreli ve keyfi alıkoymalara karşı korunması olduğundan bahisle, mülga TCK'da geçerli olan kabahat suçlarının dokunulmazlık kapsamına girmesini eleştirmiştir. Bu eleştirilere karşılık, Özgen, dokunulmazlığın amacının, üyenin Meclis çalışmalarına katılımının uzun sürelerle engellenmesini önleme olmayıp, aynı zamanda kısa süreli de olsa hapis tehditli suç isnatlarıyla, üye üzerinde kurulacak manevi baskının kullanacağı oylara etkisini de ortadan kaldırmak olduğunu belirtmiştir. Yazara göre, kısa süreli de olsa üyenin Meclis çalışmalarına katılamaması bazen çok önemli bir yasama görevini yerine getirmeyi engeller. Kaldı ki, kabahat fiilleri için mülga TCK'nın 21.³⁴

³² A. g. e., s. 91.

³³ Konuya ilişkin, 1924, 1961 ve 1982 anayasalarının düzenlemelerinin, karşılaştırılması ve eleştirisi hakkında "Kurumun Türkiye'deki Tarihi Gelişimi" bölümüne bakınız.

³⁴ 5237 sayılı TCK'da suçlara yani cürüm-kabahate göre ceza ayırımı terkedilmiş ve cezalar hapis cezaları ve adli para cezaları olarak ikiye ayrılmıştır. (TCK m. 45) Hapis cezaları ise "ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası", "müebbet hapis cezası", "süreli ha-

maddesinde öngörülen hafif hapis süreleri, 1 günden 2 yıla kadardır ve uzun süreyle milletvekilinin yasama görevinden alıkonulması sonucunu doğurabilirler. Bu nedenlerle dokunulmazlık, kabahatlerden dolayı da yasama görevinin yerine getirilmesini engelleyecek ve baskı oluşturacak kovuşturma yapılmasını engeller.³⁵ Günümüzde ceza kovuşturmalarının (özellikle kabahat suçlarında) yıllar aldığı düşünüldüğünde, Özgen'in görüşlerine katılmamak mümkün değildir. Tabii yaptığımız bu analiz, 5237 sayılı yeni Ceza Kanunu'yla kabahat-cürüm ayırımına son verildiği ve kabahat fiillerinin suç olmaktan çıkarılıp, Kabahatler Kanunu'yla idarî işlem konusu yapılması nedeniyle, sadece mülga Ceza Kanunu uygulamaları için geçerli olacaktır.

1982 Anayasası'nda, dokunulmazlığın kapsamı bakımından kabahatlerle, cürümler arasında bir ayırım yapılmadıysa da, madde 83/3'te "... Ağır cezayı gerektiren suçüstü ve seçimden önce soruşturulmasına başlanmış olmak kaydıyla, Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır..." denilmek suretiyle, bazı fiiller dokunulmazlık kapsamından çıkarılmıştır.

Anayasada belirtilen dokunulmazlığın istisnası fiiller dışındaki -bağlantılı olsa bile-³⁶ başka suç fiilleri hakkında, soruşturma ve kovuşturma muhakeme engeli devam eder. Yargılama sürecinde suç fiilinin vasfı değişir ve dokunulmazlığın istisnası özelliğini kaybederse, fiil dokunulmazlık kapsamı içerisinde olacağı için kovuşturma makamı "durma" kararı vermeli ve dokunulmazlık kapsamındaki herhangi bir muhakeme işlemi yapmamalıdır.³⁷

pis cezası" şeklinde üçe ayrılmıştır. (TCK m. 46) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası hükümlünün hayatı boyunca devam eder, kanun ve tüzükte belirtilen sıkı güvenlik rejimine göre çektirilir. (TCK m. 47) Müebbet hapis cezası ise hükümlünün hayatı boyunca devam eder. (TCK m. 48) Süreli hapis cezaları şu şekilde düzenlenmiştir:

"Madde 49. - (1) Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hâllerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. (2) Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır."

Yeni kanunda öngörülen kısa süreli hapis cezası, hafif hapis cezasıyla benzer niteliktedir. <http://www.tbmm.gov.tr>, E.T.,11.01.2005

³⁵ Özgen, Eralp, "Yeni Anayasamız ve Milletvekili Dokunulmazlığı", AÜHF, C;18, S. 2, s. 250.

³⁶ Kıratlı; "kovuşturulmasına izin verilen fiil ve vakalara dayanan murtabit suç için de ayrıca Meclisten yeni bir izin alınmasına lüzum yoktur" demektedir. A. g. e., s. 124.

³⁷ Benzer görüş için bakınız; Feyzioğlu, Metin, "Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler", <http://hukuk.ankara.edu.tr/yazi>, E.T.15.8.2004, s. 9.

Anayasa'nın mevcut düzenlemesine göre yasama dokunulmazlığının Meclis kararıyla kalkması kural, kendiliğinden kalkması ise istisnadır. İstisnai hükümler yorum yoluyla genişletilemeyeceğinden, Anayasa'da belirtilen durumlara yenileri eklenemez.³⁸

Şimdi dokunulmazlığın suçlar itibariyle istisnalarını teşkil eden bu durumları inceleyelim.

3.1. Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Hali

Ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde fail, suç fiilini herkesin önünde işlemiştir. Failin suçluluğu kuşku ve tereddüde yer bırakmayacak kadar açıktır.³⁹ Özbudun, ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin dokunulmazlığın kapsamı dışında bırakılmasının sebebini, bu durumda isnadın ciddiliği konusunda, kuvvetli bir karinenin varlığına bağlamıştır.⁴⁰ Bu koşullarda faili dokunulmazlık hakkından yararlandırmak, dokunulmazlık ilkesinin amacıyla bağdaşmaz. Artık, asılsız, uydurma veya siyasi amaçlara dayalı suç isnat edildiği iddiası ortadan kalkmaktadır. Suç fiilini işlediği konusunda kimsenin kuşkusu olmadığı bir kişi hakkında, parlamento üyesi olsa bile, takibat yapılmaması kamu vicdanını rahatsız eder; kamunun adalet duygularını ve kamuoyunun tepkisine neden olur. Dolayısıyla kamu güvenliği ciddi tehlikeye maruz kalır.⁴¹ Suçüstü halinde, kamu yararı olmadığı için, dokunulmazlığın kendiliğinden kalkacağı hükme bağlanmıştır.⁴²

Kunter, dokunulmazlığın istisnası olan suçüstü halinin tüm suçlar hakkında geçerli olmasının, kurumun amacı bakımından daha uygun olacağı görüşündedir. O'na göre istisnanın dar tutulması her şeye rağmen suçluyu koruma anlamına gelir. Bu ise toplum değerlerinde gideilmesi güç yaralar açar.⁴³

³⁸ Feyzioğlu, "Yasama...", s. 39.

³⁹ Arsel, *a. g. e.*, s. 259.

⁴⁰ Özbudun, *a. g. e.*, s. 251.

⁴¹ Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, İstanbul, 1991, s. 379; Kıratlı, *a. g. e.*, s. 100.

⁴² Gören, *a. g. e.*, s. 215; Feyzioğlu, *a. g. e.*, s. 41.

⁴³ Kunter, "Milletvekili Dokunulmazlığı", *İleri Hukuk Dergisi*, 1952, s. 4.

Tahkikat konusu fiilinin nitelendirilmesi ise yargı yerinin takdirindedir.⁴⁴

Dokunulmazlığın, Meclis kararı olmaksızın, kendiliğinden kalktığı bu istisnai durumun söz konusu olabilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre, milletvekili suçüstü halinde yakalanmalı ve işlediği iddia edilen suç ağır cezayı gerektirmelidir.

3.2.1. Ağır Cezayı Gerektiren Suç

Anayasa, sadece ağır cezalı suçları dokunulmazlığın kapsamı dışında tutmuştur. Bunun gerekçesi, anayasa koyucunun, milletvekilinin temsil görevini ağır cezayı gerektirmeyen suçlar nedeniyle, Meclis'in kontrolü dışında kendiliğinden kesintiye uğramasını istememesidir.⁴⁵

Anayasa'da "Ağır cezayı gerektiren suç" tabirinin tanımı yapılmamıştır. Bu konuda mülga CMUK'taki ve diğer kanunlardaki tanımı esas kabul etmek, yürürlükteki pozitif hukuk bakımından yerinde olacaktır.

Mülga CMUK'nın 421. maddesinde ağır cezayı gerektiren suçlar belirtilmiştir. Maddeye göre, ağır hapis ve on seneden fazla hapis cezalarını gerektiren suçlar ağır cezalıdır. 5271 sayılı CMK sisteminde mahkemelerin görevleri -bu arada ağır cezayı gerektiren suçlar- tanımlanmamış; bütün mahkemelerin görevleri '5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunda' ayrıca düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun'un 12. maddesinde Ağır ceza mahkemesinin görevleri "Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir" şeklinde belirtilmiştir.⁴⁶

Buradaki ceza, ceza maddelerindeki yukarı haddeki cezadır. Buna göre birçok suç, örneğin TCK'da yer alan devletin şahsiyetine karşı suçların hemen hemen hepsi ağır cezalı suçlara girerler. Gözler, dokunulmazlığın istisnası olan suçların bu kadar geniş tutulmasını eleş-

⁴⁴ Gözübüyük, *a. g. e.*, s. 178.

⁴⁵ Feyzioğlu, "Yasama...", s. 40.

⁴⁶ Yeni TCK'da ölüm cezası ve ağır hapis cezası, ceza şekli olarak öngörülmemiş, cezalar hapis cezası ile adli para cezası olarak ikiye ayrılmıştır.

tirmiş, bu durumun dokunulmazlık ilkesine ters düşeceğini belirtmiştir. O'na göre dokunulmazlık bir anayasa hukuku kurumudur ve "ağır cezalık suç" ibaresini ceza hukuku açısından değil, anayasa hukuku bakımından tanımlamak ve "adam öldürme suçu" olarak anlamak gerekir.⁴⁷

Gözler'in bu önerisine katılmak mümkün değildir. Çünkü anayasa-geçen ve tanımlanmamış kavramların, genel hükümlerdeki tanımlarının esas alınması, hukukta boşluk doldurma ve yorum yapma tekniğine ve kurallarına uygun olacaktır. Yasadaki tanımın anayasaya aykırılığı ileri sürülüyorsa, çözüm mercii AYM içtihadı olacaktır.

Suçüstü halinde, milletvekilinin birden çok suç fiili birlikte gerçekleşmişse, dokunulmazlığın bulunup bulunmadığı konusunda karar verilirken, suç fiillerinin toplam cezasına değil, her bir fiilin cezasına bakılmalıdır.⁴⁸

⁴⁷ Gözler; Anayasa'da geçen "ağır cezalık suçüstü" ibaresinin ceza kanunları açısından tanımlanması durumunda yasama dokunulmazlığı ilkesinin zedeleneceğini ileri sürmüştür. O'na göre, bu ibareyi ceza hukuku açısından değil, anayasa hukuku açısından tanımlamak gerekir. Zira anayasa hukuku kavramları bağımsız kavramlardır. Ağır cezalık suçüstü hali yetkili makamlar tarafından, "suçüstü adam öldürme cürmü" olarak yorumlanmalıdır. Eğer Anayasa'da geçen kavramların ceza kanunlarına göre tanımlanması gerektiği görüşü kabul edilirse bundan "anayasanın üstünlüğü ilkesi" zarar görebilir. Zira ceza kanunları Meclisin salt çoğunluğu ile değiştirilebilen kanunlardır. İktidar, muhalefet milletvekillerinin yasama çalışmalarına katılmalarını engellemek için ceza kanunlarında değişiklik yaparak "ağır cezalık" halini, örneğin bir yıl hapis cezası gerektiren suçlar olarak tanımlarsa yasama dokunulmazlığı kurumu anlamını büyük ölçüde yitirmiş olur. Bu nedenle Anayasa'da geçen "ağır cezalık suçüstü hali" ceza kanunlarına bakılarak tanımlanamaz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 324; karşı yönde yani mülga CMUK'nın 421. maddesindeki tanımın esas alınması yönündeki görüş için bakınız, Feyzioğlu, "Yasama...", s. 40; Erem, Faruk, Danışman, Ahmet, Artuk, Mehmet Emin, *Türk Ceza Hukuku -Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 14. Baskı, 1997s. 177; Sevinç, ağır ceza gerektiren suçların çokluğunun ve özellikle bu suçların çoğunluğunun siyasi suçları kapsamamasının, yasama dokunulmazlığının amacıyla ters olduğu görüşüne katılmış, ancak bu sorunun anayasal kavramların, olduğundan farklı yorumlamakla değil, buna ilişkin ağır cezalık suçların yapılacak yasal düzenlemelerle azaltılmasıyla mümkün olduğunu belirtmiştir. A. g. e., s. 136.

⁴⁸ Feyzioğlu, "...Düşünceler", s. 10.

3.2.2. Suçüstü Halinde Bulunma

Dönmezer/Erman, istisnanın suçüstü haliyle (meşhut suç) sınırlandırılmasının, dokunulmazlık kurumun sağlam tutulması bakımından yerinde olduğunu belirtmiştir.⁴⁹

Mülga CMUK'nun 127. maddesinde düzenlenen suçüstü hali (meşhut suç), hemen hemen aynı içeriğiyle 5271 sayılı CMK'nın 2. maddesinde, *"işlenmekte olan suç; henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç; fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç"* şeklinde ifade edilmiştir.

Konu tamamıyla adli bir mesele olduğu için, ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin bulunup bulunmadığına karar vermek yetkisi adli mercilere aittir.⁵⁰

Buna ilişkin bir örnek, 23 Mart 1989'da yaşanmıştır. Meclis'te çıkan bir tartışma sonucunda, Milletvekili Mehmet Abdurrezzak Ceylan diğer milletvekili İdris Arıkan'ın silahından çıkan kurşunla öldürülmüştür. Ateş eden Arıkan, 30.3.1989 tarihinde, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali gerekçesiyle Ankara 3. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından tutuklanmış ve 7 Nisandaki duruşmanın ardından, Ankara Merkez Kapalı Cezaevi'ne gönderilmiştir. Arıkan'ın mahkemede *"suçüstü"* hükmüne göre işleyen yargılamasında *"kasten adam öldürdüğü"* gerekçesiyle TCK'nın 450. maddesi gereğince cezalandırılması istenmiştir. Mahkeme heyeti yaptığı incelemeler sonucunda, Arıkan'ın kasten adam öldürmediği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre Arıkan, TCK'nın 450. maddesinde belirtilen *"dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu ölüme sebebiyet vermek suçundan"* yargılanmalıdır. Mahkemenin bu kararıyla, Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrasındaki *"ağır cezayı gerektiren suçüstü hali"* istisnasının koşullarından biri olan, ağır cezayı gerektirme koşulu uygulanamaz hale gelmiştir. Bunun üzerine, Arıkan, 4.4.1990 tarihinde tahliye edilerek, hakkındaki dava, üyelik sıfatının sona ermesine kadar durdurulmuştur.⁵¹

⁴⁹ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, s. 274.

⁵⁰ Kıratlı, *a. g. e.*, s. 102.

⁵¹ Sevinç, *a. g. e.*, s. 138.

3.3. Anayasa'nın 14. Maddesinde Belirtilen Amaçları Gerçekleştirmek İçin İşlenen Suç Fiilleri

1982 Anayasası'yla Türk hukukuna giren⁵² dokunulmazlığın 2. istisnası, Anayasa'nın 14. maddesiyle yasaklanmış amaçlar doğrultusunda suç fiillerinin işlenmesidir. 1982 Anayasası'nın 14. maddesi⁵³ şu şekilde düzenlenmiştir: *"Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.*

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir."

Anayasa'nın 14. maddesinde, bir suç tanımı yapılmış, bir suç ihdas edilmiş veya birtakım suçlar isimli olarak sayılmış değildir. 14. maddede birtakım kavramlar, ilkeler ve faaliyetler belirtilmiştir.⁵⁴ Anayasa'nın bu maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin varlığı için olmazsa olmaz unsurları ortaya koymaktadır. Anayasa koyucu, milletvekilinin, Türkiye Cumhuriyetinin varlığına kasteden bir suçu işlemekle suçlanmasına rağmen, dokunulmazlıktan yararlanmaya devam etmesini kamu yararına aykırı görmüştür.⁵⁵

⁵² Ayrıntılı bilgi için "Yasama Dokunulmazlığının Türkiye'deki Tarihi Gelişimi" bölümüne bakınız.

⁵³ Anayasa'nın 14. maddesi 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce belirsiz ve düşünce özgürlüğüne aykırı bir çok yasak bulunmaktaydı. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesine uyumun amaçlandığı düzenlemeyle, bir çok yasak maddeden çıkarılıp, kötüye kullanım, faaliyet şeklinde çıkan fiiller için öngörülerek, maddenin kapsamı daraltılmıştır. Madde değiştirilmeden önce şu şekildedir: *"Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk devletinin ve cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımını yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzeni kurmak amacıyla kullanılamaz".*

⁵⁴ Gözler, *Türk...*, s. 326.

⁵⁵ Feyzioğlu, "Yasama...", s. 43.

Bu maddede belirtilen faaliyetler, doktrinde siyasi suçlar olarak adlandırılmaktadır. Mülga TCK'nın 125. ilâ 173. maddeleri arasında yer alan cürümler, yine 5237 sayılı TCK'nın da 299 ve devamı maddelerindeki suçlar siyasal suçlardandır. Siyasal suçlar, TCK'nın dışında Askeri Ceza Kanunu, Siyasi Partiler Kanunu, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanun, Dernekler Kanunu, Sendikalar Kanunu gibi kanunlarda da düzenlenmiştir.⁵⁶

Gözler, dokunulmazlığın istisnası olarak atıf yapılan 14. maddede düzenleme şeklinin, ceza hukukundaki kanunilik ve kıyas yasağı ilkeleriyle çeliştiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, bu maddede geçen kavram ve ilkelerin birçoğu muğlaktır. Bu nedenle hangi suçun, Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlarla ilgili olduğu, hangi suçun bu durumlarla ilgili olmadığı sorusu objektif olarak yanıtlanabilecek bir soru değildir. Ceza hukukunda kanunilik ve kıyas yasağı ilkelere geçerlidir. Suç türlerinin, Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlarla ilgili olduğu yolunda, hangi yöntem kullanılarak bir saptama yapılırsa yapılsın, kanunilik ve kıyas yasağı ilkeleri kaçınılmaz olarak ihlal edilmiş olacaktır.⁵⁷

Yazarın kanunilik ve kıyas yasağına ilişkin tespitine katılmak mümkün değildir. Çünkü Anayasa'nın 14. maddesine aykırı bir durumu saptayanlar, salt saptadıkları duruma göre değil, o durumun ceza kanunundaki suç tipikliğinin varlığına göre muhakeme işlemlerine başvuracaktır. Eğer tespit edilen durum, ceza kanunlarında tipikliğe kavuşturulmamış ise ortada suç yoktur ve dokunulmazlığa da müdahale edilmemelidir. İşte kanunlarda belirtilmeyen –söz konusu amaçlara ters olsa bile– bir durum üzerine, yapılacak dokunulmazlık kapsamındaki bir müdahale kıyas yasağına ve kanunilik ilkesine ters düşen bir uygulama olacaktır. Ayrıca, Ekim 2001'de yapılan düzenlemeyle, maddenin kapsamı daraltılmış, muğlak ifadeler, eylemin faaliyet şeklinde olmasına bağlanarak, büyük ölçüde somutlaştırılmıştır.

Anayasa'nın getirdiği bu yasaklamaların uygulanmasını sağlayan ceza maddelerinden mülga TCK'nın 141, 142 ve 163. maddeleri 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 23. maddesinin (a) bendiyle yü-

⁵⁶ Siyasi suç kavramı analizi için bakınız, Sevinç, *a. g. e.*, s. 144; Kanunlarda geçen siyasi suçlar için bakınız, Bayraktar, Köksal, *Siyasal Suç*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 106.

⁵⁷ *A. g. e.*, s. 326.

rürlükten kaldırıldığından dolayı, Anayasa'nın 14. maddesi kapsam açısından daraltılmıştır.⁵⁸

Kanuniliğe ilişkin yaptığımız bu çıkarıma karşın, Gözler'in 14. maddenin muğlaklığına ilişkin tespitine katılmamak mümkün değildir. Anayasa Koyucu hangi suçların Anayasa'nın 14. maddesi kapsamına gireceğine ilişkin somut bir nitelendirme yapmamış, bunun kapsamının belirlenmesini yargı içtihatlarına bırakmıştır. Milletvekili üzerinde yapılacak kovuşturmayla yönelik tasarrufların başta siyasi ve toplumsal olmak üzere pek çok etki ve sonuçlarının olabileceği düşünüldüğünde, meselenin bir mahkemenin yorumuna bırakılmayacak kadar önem taşıdığı ortadadır. Dolayısıyla maddenin kapsamının yasal düzenlemeyle somutlaştırılması ve sınırlandırılması bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasa'nın 14. maddesindeki yasaklanmış amaçlar dahilinde faaliyet gösterip, ceza kanunlarının suç saydığı fiillerden birini işleyenler hakkında yapılacak takibat, Anayasa'nın 83/2. maddesi gereği, bu fiilin *"seçimden önce işlenmiş ve soruşturmasına seçimden önce başlanmış olması"* koşuluyla mümkündür. Yani, bu koşulların olması durumunda milletvekili hakkında, seçilmeden önce başlanmış olan takibat, milletvekili seçildikten sonra da devam edebilecektir.⁵⁹ İddia edilen suçun soruşturmasına seçimden önce başlanmış olması şartı, isnadın ciddiliğini sağlamak içindir.⁶⁰ Bu koşulların gerçekleşmesi durumunda, milletvekiline karşı dokunulmazlık kapsamındaki (tutuklama, tutulma, sorguya çekilme ve yargılama) muhakeme işlemleri, Meclisin dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin bir kararı olmadan yapılabilecektir.

Örnek olay 23. Dönem içerisinde yaşanmıştır. Bağımsız İstanbul Milletvekili olarak seçilip daha sonra DTP'ye geçen Sebahat Tuncel'in bölücü terör örgütü olduğu suçlamasıyla yargılandığı ve 15 yıla kadar hapsi istenen davada mahkeme, milletvekilinin yargılanmasının devamına karar vermiştir. İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi, Tuncel hakkındaki soruşturmanın seçimlerden önce başladığı, kamu davasının da milletvekili seçilmesinden önce açıldığını vurgulayarak, davalının yargılamanın durdurulması yönlü taleplerinin reddine karar vermiştir.

⁵⁸ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. 1, s. 274.

⁵⁹ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. 1, s. 274.

⁶⁰ Feyzioğlu, *"Yasama..."*, s. 43.

Özbudun, ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin, dokunulmazlığın kapsamı dışında bırakılmasının sebebini, bu durumda isnadın ciddiliği hakkında kuvvetli bir karinenin olmasına bağlarken, Anayasa'nın 14. maddesinde zikredilen suçların da dokunulmazlıktan istisna tutulmuş olmasını, dokunulmazlık müessesesinin mahiyetiyle bağdaştıramamaktadır. Çünkü isnat edilen suçun ağırlığı, mutlaka isnadın ciddiyetini gerektirmez.⁶¹ Anayasa koyucu bu sakıncayı önlemek için soruşturmanın seçimden önce başlamasını şart koşturmuştur. Yalnız bu şart yeterince güvence sağlamamaktadır. Çünkü kişinin milletvekili seçileceğinin önceden tahmin edilebildiği günümüzde, siyasi saiklerle hareket eden veya bu saiklerle hareket edenlerce (özellikle iktidar partilerince) yanıltılan soruşturma organının, söz konusu şartın yerine getirilmesini sağlaması suretiyle, maddedeki güvencenin aşılması mümkündür.⁶²

Burada bir şart olarak belirtilen “*seçimden önce başlanan soruşturmanın*” ne zaman başlamış sayılacağı da önemli bir sorundur. Bilindiği gibi, hazırlık soruşturması gizlidir ve çalışmalarının bir kısmı araştırma niteliğindedir, resmiyet kazanmamıştır. Bu şartın gerçekleştiğini varsaymak için bazı somut faaliyetler yapılması gerekir. Yoksa milletvekili hakkında seçimden önce başlanmış bir soruşturma olmadığı halde, seçimlerden sonra –önceden soruşturmaya başlanmıştı şeklinde– madde düzenlemesinin amacına aykırı olan iddialarla karşılaşılabilir.

Feyzioğlu, soruşturmanın başlangıcını “*isnadın resmileştiği an*” olarak kabul etmektedir. Isnadın resmileştiği anı da, sanık sıfatının kazanıldığı an olarak tanımlamakta ve sanık sıfatının kazanılmasını da şüpheli hakkında sulh hakimliğince, sorgulama veya tutuklama işlem-

⁶¹ Özbudun, *a. g. e.*, s. 251.

⁶² Feyzioğlu, “...Düşünceler”, s. 12; Aynı yönde görüş sahibi, Gözler’de, kurumun mantığından ve amacından yola çıkarak bu düzenlemeyi eleştirmiştir. Yazar konuyla ilgili, “*Hangi suç türlerinin Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlarla ilgili olduğu saptanabilse bile böyle bir istisnanın öngörülmüş olmasını yasama dokunulmazlığı kurumunun mantığıyla bağdaştırmak mümkün değildir. Yasama dokunulmazlığı milletvekillerinin suç iddialarıyla rahatsız edilmemesini amaçlamaktadır. Bu isnadın ciddiliği nedeniyle ağırcezalık suçüstü hali istisna getirilmiştir. Oysa Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlarla ilgili suçlarda isnadın ciddiliği aranmamaktadır. Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlarla ilgili olduğu düşünülen bir suçtan dolayı milletvekilleri yasama çalışmalarından alınabilecektir.*” demiştir. *A. g. e.*, s. 326.

lerinin yapılmasına bağlamaktadır.⁶³

Kanımca, Anayasa'nın 83/3. maddesinde belirtilen bu şartı, daraltıcı yorumla sulh hakimince yapılan işlemlerle sınırlamak, maddenin lafzî yorumuna aykırı olacaktır. Maddede "...seçimden önce soruşturulmasına başlanmış" denilmekle, şartın gerçekleşmesi için soruşturma sırasında belli işlemlerin varlığı aranmamıştır. Burada, soruşturmanın seçimden önce yapıldığını ve devam ettiğini gösteren vakiaların ve delillerin varlığı yeterli sayılmalıdır. Bu çerçevede söz konusu kişi hakkında soruşturma yapıldığını gösteren ifade alma, şüphelinin tutuklanmasını veya sorgulanmasını isteme,⁶⁴ arama, el koyma, delilleri araştırma ve muhafaza etme işlemleri gibi savcılıkça soruşturma yapıldığını gösteren ve somut olarak ispatlanabilen olguların ve işlemlerin varlığını, soruşturmanın varlığı bakımından yeterli saymak, Anayasa'nın lafzi ve sistematik yorumu bakımından doğru olacaktır.

3.4. Yetkili Makamın İstisnai Durumu TBMM'ye Bildirme Zorunluluğu

Anayasa, istisnai durumun varlığı halinde, yetkili makama, doğrudan doğruya durumu TBMM'ye bildirme ödevi yüklemektedir. Bildirim ödevinin sebebini, Feyzioğlu, TBMM'nin, üyesinin neden toplantılara katılmadığını öğrenmesindeki menfaatinin varlığıdır, şeklinde açıklamıştır.⁶⁵ Bu bildirim yapılmamasının, istisnai hallerin varlığında, dokunulmazlığın kalkmasında kurucu etkisi yoktur. Bildirimin yapılmaması, sadece yetkili makamın görevini yapmaması; yani, görevini ihmal etmesi anlamına gelecek eğer unsurları varsa görevi ihmal suçu oluşacaktır.⁶⁶ Madde, muhakeme işlemlerini yapan makamın, hemen ve doğrudan doğruya durumu TBMM'ye aktarmasını ön-

⁶³ A. g. e., s. 44 .

⁶⁴ Toroslu, şüphelinin sanık olması için, resmi olarak suç isnadını içeren işlemin varlığını aramış, savcının sulh ceza yargıcından şüphelinin tutuklanmasını veya sorguya çekilmesini talep etmesini, nihai olarak da şüpheli hakkında dava açılmasını, sanıklık sıfatının kazanılması için yeterli görmüştür. Toroslu, Nevzat, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 1999, s. 121.

⁶⁵ Teziç, bu düzenleme biçiminin, kovuşturmanın Meclis iznine tabi olduğunu akla getirebileceğini, ancak bu halde dokunulmazlık kendiliğinden kalktığı için milletvekilinin re'sen kovuşturulabileceğini ve dokunulmazlık kapsamındaki muhakeme işlemlerinin yapılabileceğini belirtmiştir. a. g. e., s. 379.

⁶⁶ Feyzioğlu, "Yasama...", s. 39.

görmektedir. Kanımca, dokunulmazlığın kaldırılması talebinde olduğu gibi Adalet Bakanlığını ve Başbakanlığı aracı olarak kullanmaya lüzum olmadığı gibi aksi tutum düzenlemenin amacına da ters düşecektir. Adalet Bakanlığı'nın da bu doğrultuda genelge yayımladığı uygulamada görülmektedir.⁶⁷

Teamül şeklindeki uygulamayla, söz konusu bildirim Meclis Bakanlığı'nca bilgi edinilmesiyle yetinilmemekte, ayrıca Genel Kurul'un bilgisine de sunulmaktadır.⁶⁸ Bu şekilde temsil yetkisi olan Başkanın yanı sıra asli organın da bilgi edinmesi sağlanmaktadır.

3.5. İstisna Durumlarının Bulunması Halinde Meclisin Tahkikatı Erteleyip Erteleyemeyeceği Sorunu

Teziç'e göre, yetkili makam tarafından TBMM'ye bildirim yapılmasına dair Anayasa hükmü, Meclis'in söz konusu milletvekili hakkındaki soruşturma ve kovuşturmayı erteleyebileceği anlamına gelmektedir.⁶⁹ Kıratlı da, 1924 ve 1961 anayasaları çerçevesinde yaptığı incelemede "*(Anayasa'da) Meclis'in, suçüstü kovuşturmasını durdurabileceğine dair açık bir hüküm yoksa da, bu maddelerin genel anlamından, Meclis'in böyle bir yetkisinin bulunduğu kabul etmek gerekir. Zira aynı maddeler, kesinleşmiş cezaî bir hükmün infazını bile otomatikman milletvekilliğinin sonuna talik ettiğine göre, kovuşturmaları talik etmek Meclis için çok daha mümkün olmalıdır*" demiştir.⁷⁰

⁶⁷ Adalet Bakanlığının 20.1.2006 tarihli ve 100 sayılı genelgesinde savcılara istisnai durumun varlığı halinde keyfiyetin en süratli şekilde doğrudan Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ve Adalet Bakanlığına bildirilmesi ve gereksiz yazışmalardan kaçınılması istenmiştir. www.cigm.adalet.gov.tr E.T 20.5.2006.

⁶⁸ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 23. Dö. 2.YY, 43.B., T.27.12.2007, s. 12-13; /www.tbmm.gov.tr

⁶⁹ Teziç'e Meclis'in bu takdir yetkisini kullanmasının sebebini, çok zayıf bir ihtimal de olsa suçüstü halinde, bir siyasi komplonun bulunup bulunmadığının incelemesi için olabileceğini belirtmiştir. *A. g. e.*, s. 380; aynı yönde görüş için bkz. Dönmezer/Erman, C. 1, s. 274; Gözübüyük'te konunun tartışmasına girmeden, Meclis'in isterse milletvekilinin tutukluluğunun ve kovuşturulmasının ertelenmesi kararı alabileceğini belirtmiştir. *A. g. e.*, s. 176 .

⁷⁰ Ancak Kıratlı, mevcut anayasa düzenlemesinin bu yönde olmasına karşın "müşterek hukuka istisna teşkil eden bütün hükümler dar bir şekilde uygulanmalıdır" gerekçesiyle, Anayasa tarafından Meclise böyle bir yetkinin verilmesinin yanlış olduğunu ileri sürmektedir. Kıratlı, *a. g. e.*, s. 102.

Bize göre, maddede istisna olarak sayılan bu hallerde, Meclisin, bir karar almak suretiyle, milletvekilinin dokunulmazlığının varlığını tanıma yetkisi yoktur. Çünkü Feyzioğlu'nun da belirttiği gibi, Anayasa'nın 6. maddesinin "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" şeklindeki hükmü uyarınca, Meclisin, kaynağını Anayasa'dan almayan erteleme yetkisine sahip olduğu fikri savunulamaz. Anayasa'da, bildirim üzerine Meclis'in bir karar almak suretiyle milletvekiline yeniden dokunulmazlık tanıyabileceğine, böylece soruşturma ya da kovuşturmayı erteleyebileceğine dair bir hüküm yer almamaktadır.⁷¹

Ayrıca, Anayasa'nın 138. maddesinde, yasamanın yargıya müdahalesi kesin olarak yasaklanmıştır. Maddede, her ne kadar, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat verilemeyeceğinden, genelge gönderilemeyeceğinden, tavsiye ve telkinde bulunulamayacağından söz edilse de, bu yasak, adli faaliyetin bütününe kapsamakta olup, yasama organının, savcılığın yürüttüğü bir soruşturma veya kovuşturmayı durdurmak ya da ertelemek gibi bir yetkisinden söz edilemez. Ceza mahkûmiyetinin infazının, bir anayasa hükmünün doğrudan doğruya uygulanması nedeniyle milletvekilliği sıfatının sona ermesine, ertelenmesi, yasamanın yargıya müdahalesi anlamına elbette gelmeyecektir. Ancak, Meclis'in, başlamış bir kovuşturmayı ertelemesi, kuşkusuz, yargıya bir müdahale olacaktır. Dolayısıyla, ceza mahkûmiyetinin infazının dahi ertelendiği bir halde, Meclisin kovuşturmaları erteleme yetkisi öncelikle vardır demek doğru değildir; mahkûmiyetin infazını erteleyen Meclis değil, doğrudan doğruya Anayasa'nın ilgili hükmüdür. Başka bir ifadeyle, Meclisin, mahkûmiyetin infazını erteleme yetkisi yoktur ki, soruşturma ve kovuşturmayı erteleme yetkisinin öncelikle olduğu tartışılsın.⁷²

İnceleme konusu ülkelerden Almanya, Avusturya, Belçika, Fransa ve Japonya'da, meclislerin, yasama dokunulmazlığı kapsamı dışında tutuklanmış üyelerinin tutukluluğunu veya üyeleri hakkında yapılan kovuşturmayı erteleme yetkisi bulunmaktadır.⁷³

⁷¹ Aynı yönde görüş için bkz., Feyzioğlu, "...Düşünceler", s. 11.

⁷² A. g. e., s. 12.

⁷³ Belçika'daki sistem ilginçtir. 1994 Belçika Anayasasına göre Belçika'da Parlamento üyelerinin istinaf mahkemesi başkanının kararıyla tutuklanabilmesi mümkündür. Keza Belçika'da Parlamento üyelerinin dokunulmazlıklarının kaldırılmadan

4. Yasama Dokunulmazlığının Süre Bakımından Kapsamı

Yasama fonksiyonunun etki ve baskı olmadan yerine getirilmesini sağlayan yasama dokunulmazlığı, sorumsuzluk gibi sürekli değildir. Milletvekili, sadece dokunulmazlığın mevcut olduğu zaman diliminde, dokunulmazlığın sağladığı ayrıcalıklardan yararlanır. Dokunulmazlığın ortadan kalkmasıyla bu ayrıcalıklar da ortadan kalkar. Örneğin, görev süresi içinde dokunulmazlık nedeniyle yapılamayan tutuklama, zorla getirme gibi muhakeme işlemleri, görev süresinin bitiminden sonra yapılabilir.

Dokunulmazlık nedeniyle yapılamayan tahkikat ve infaz işlemlerinin ne kadar bir süre için erteleneceğinin belirlenmesi, tatil ve ara verme sırasında dokunulmazlığın varlığının belirlenmesi, dokunulmazlığın süre bakımından kapsamını gösterir. Bu sürenin kapsamı hususunda başlıca iki sistem vardır:

Birinci sistem, dokunulmazlık süresini sınırlamakta, sadece içtima (toplantı) sırasında dokunulmazlığın varlığını kabul etmektedir. Bu sisteme göre dokunulmazlık müessesesinin amacı, parlamento üyesinin yasama görevini yerine getirmesine engel olunmasını bertaraf etmektir. Toplantı dışında parlamento üyesi böyle bir görevde bulunmadığı için, bu esnada müşterek hukukun işlemesine engel olunmaya lüzum yoktur.⁷⁴

Bu anlayışa uygun olarak, Amerika Birleşik Devletleri, Avustralya, Belçika, İngiltere, İrlanda, İsviçre, İzlanda, Japonya, Kanada ve Lüksemburg'ta dokunulmazlık toplantı dönemiyle sınırlı tutulmuştur.⁷⁵ İngiltere'de parlamento üyelerinin bu haktan yararlanma süresi Avam Kamarası toplantılarının 40 gün önce ve sonrasıyla sınırlanmıştır. Amerikan hukukunda, Senato ve Temsilciler Meclisi üyeleri, toplantı süresi boyunca ve toplantılara katılmak için gerekli geliş-gidiş zamanları müddetince, dokunulmazlık hakkından yararlanırlar.

haklarında kovuşturma açılması da mümkündür. Bununla birlikte Parlamento üyesinin istemesi durumunda, ait olduğu meclis, kovuşturmanın askıya alınmasına karar verebilir. İlgili meclis bu konudaki kararını kullanılan oyların üçte iki çoğunluğuyla alabilir. Meclis, üyesinin tutukluluğu veya bir mahkeme tarafından yargılanması askıya alınmasına da karar verebilir. Gözler, "Yasama...", s. 79.

⁷⁴ Kıratlı, *a. g. e.*, s. 91-92.

⁷⁵ Gözler, "Yasama...", s. 90.

Toplantılara katılmak için geliş ve gidiş süreleri, toplantının başlamasından önce ve sona ermesinden sonraki 14 günle sınırlandırılmıştır. İrlanda'da (1937 Anayasası m. 13) dokunulmazlık, sadece parlamento üyesinin parlamento içinde bulunduğu ve parlamento ile meskeni arasındaki seyahati sırasında mevcuttur.⁷⁶

Süreyi sınırlı tutan anlayışa karşılık, yasama dokunulmazlığını bütün yasama dönemi boyunca kesintisiz olarak kabul eden anayasal düzenlemeler de vardır. Bu şekilde düzenlemeye sahip ülkeler Almanya, Avusturya, Danimarka, Finlandiya, Fransa, İspanya, İsrail, İsveç, İtalya, Norveç, Portekiz ve Yunanistan'dır.⁷⁷

Ülkemizde, Kanuni Esasi diğer Türk anayasalarından farklı olarak dokunulmazlığın geçerli olduğu süreyi, sadece Heyeti Mebusan'ın içtima müddetiyle sınırlı tutmuştur. 1924, 1961 ve 1982 anayasalarında ise yasama dokunulmazlığının, milletvekilline -bu sıfatın devam etmesi şartıyla- tüm yasama dönemi boyunca koruma sağlayacağı kabul edilmiştir.

Dokunulmazlık süresi için milletvekilliği müddetinin esas alınması, bizde Meclis'in devamlılığı (müstemirliği) fikriyle izah edilmiştir. Meclis'in devamlılığı, belirli bir toplantı süresiyle sınırlı olmaksızın tüm yasama dönemi süresince (1982 Anayasası'na göre 4 yıl) Parlamento'nun hukuken toplantı halinde sayılmasıdır. Bu sistemde dokunulmazlık, tatil ve ara verme süresince, milletvekilinin bir disiplin cezasıyla Meclis'ten geçici olarak uzaklaştırılması halinde ve milletvekilinin izinli olduğu süre içinde de devam eder.⁷⁸

Doktrinde, hukukçularımız arasında dokunulmazlığın toplantı zamanları dışında da varlığını sürdürüp sürdürememesi konusunda tartışmalar söz konusudur.

Başgil, Meclis'in devamlılığı ilkesinin, milletvekilinin yasama görevini yerine getirdiği sürenin dışında (Meclisin tatil ve ara verme sırasında) dokunulmazlığının bulunmasını gerektirmeyeceği düşüncesindedir. Yazara göre dokunulmazlık, milletvekilinin kişisel ayrıcalığı olmayıp, yasama fonksiyonunun yerine getirilmesi için yapılan görev gereği tanınan bir hak ve yetkidir. Meclisin toplantıda bulunmadı-

⁷⁶ Gözler, *a. g. e.*, s. 77-89; Kıratlı, *a. g. e.*, s. 92.

⁷⁷ Kıratlı, *a. g. e.*, s. 93.

⁷⁸ Teziç, *a. g. e.*, s. 395.

ğı sırada, milletvekili fiili olarak görevde sayılamaz. Demokrasilerde, göreve bağlı olmayan bir ayrıcalık ve istisna düşünülemez. Meclis'in toplantı sürelerinin dışında kalan dönemlerde, ilgili üye hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilirdir.⁷⁹

Arsel de, iktidarın kendi durumu ve kendi takip ettiği siyaseti bakımından, mevcudiyetini tehlikeli addettiği milletvekillerini ancak Meclis toplantı halinde iken baskı altına almaya çalışacağı düşüncesiyle, Meclis'in toplantı halinde bulunmadığı zamanlarda milletvekillerinin dokunulmazlık imtiyazından yararlanmasının doğru olmayacağını belirtmiştir. Aksi halde, dokunulmazlık imtiyazının getirilmesindeki kamu yararı zedelenecek ve dokunulmazlık, milletvekillerinin şahsi menfaatleri adına kullanılabilen bir vasıta konumuna düşecektir.⁸⁰

Benzer görüş sahibi, Aybar'a göre ise, dokunulmazlık amacına uygun olarak dar bir biçimde yorumlanmalıdır. Amaca uygun yorumlama ve uygulama da, dokunulmazlığın sadece Meclis'in toplantıda bulunduğu sürelerde milletvekillerini koruması gerekir. Meclisin tatilde bulunduğu sürelerde bu hakkı geçerli saymak, suç işleyen milletvekillerinin diğer vatandaşlardan farklı bir uygulamaya tabi tutulmaları sonucuna neden olacağından, dokunulmazlığın amacıyla çelişektir. Bu nedenle, yazar, tatil dönemlerinde dokunulmazlıkların uygulanmaması gerektiği düşüncesindedir.⁸¹

Dokunulmazlık süresinin içtima müddetiyle sınırlı tutulmasının, bu kurumun gayesine daha uygun olacağı yönündeki görüşlere karşılık, dokunulmazlığın, Meclis'in toplantı süresiyle sınırlı tutulmasının hukuken söz konusu olamayacağını savunan görüşler de vardır. Bu görüşlerin temel dayanaklarına bakıldığında göze çarpan temel unsurlardan birisi de, yasama ve yürütme fonksiyonları arasındaki sıkı ilişkidir.

Duran ve Dönmezer/Erman gibi bazı yazarlar da, Anayasa'nın Meclis'in devamlılığı ilkesini benimsediğinden yola çıkarak, dokunulmazlığın kapsamının Meclis'in toplantı süresiyle sınırlı tutulamayaca-

⁷⁹ Başgil, Ali Fuat, "Teşriî Muafiyet Meselesi Teşkilatı Teşkilat-ı Esasiye Kanununun 17. Maddesi Üzerine Bir Etüd", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. VII, Sayı: 1, İstanbul, s. 25-26; 1982 Anayasası'nın 93/2 nci maddesine göre "Meclis, bir yasama yılında en çok üç ay tatil yapabilir".

⁸⁰ Arsel, a. g. e., s. 263.

⁸¹ Aybar, M. Ali, *Teşriî Masuniyet Esası ve Tatbik Şekilleri*, İstanbul, 1937, s. 137-138.

ğını belirtmişlerdir. Bu yazarlara göre, hukuken 4 sene devamlı toplantı halinde olduğu kabul edilen bir Meclis'in üyelerinin, bütün dönem boyunca, hatta yeniden seçilmek kaydıyla milletvekilliğinin devam ettiği sürece yasama görevi yürüttükleri kabul edilir. Anayasa'nın sistemi değişmeden, dokunulmazlığı toplantı süresiyle sınırlamak mümkün değildir. Bu nedenle dokunulmazlık, Meclis'in tatil ve ara vermelerinde de milletvekillerini korumaya devam eder.⁸² Bu suretle, Meclis'in tatilde olduğu sırada, milletvekilinin yasama dokunulmazlığı daha da kuvvetli olmaktadır; çünkü, milletvekilinin Meclis'in toplantı halinde her zaman dokunulmazlığının kalkması mümkün olduğu halde, tatil sırasında Meclis toplantı halinde bulunmadığı için buna imkan yoktur.⁸³

Yukarıdaki karşıt görüşlerin varlığına rağmen, kanımızca ister Meclis'in devamlılığı ilkesinden yola çıkılsın, isterse Anayasa'nın ve Meclis İçtüzüğü'nün ilgili maddelerinin lafzî ve sistematik yorumundan yola çıkılsın, mevzuatta bir karışıklık söz konusu değildir. Çünkü, 1982 Anayasası'nın 83/2-3. maddesinde "...suç işlediği ileri sürülen bir milletevkele, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz... Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, ...verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, **üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez**" ve Meclis İçtüzüğü'nün 133. maddesinde "*kovuşturma ertelenmiş ve bu karar Genel Kurulca kaldırılmamış ise, dönem yenilenmiş olsa bile milletvekili sıfatı devamlı olduğu sürece ilgili hakkında kovuşturma yapılamaz*" denilmekle, dokunulmazlık süresi sınırlandırmaya tabi tutulmadan, milletvekili sıfatının varlığına, geçerliliğine bağlanmıştır. Kaldı ki, anayasa koyucu,⁸⁴

⁸² Duran, Lütfü, "Tatil Esnasında Teşriî Masuniyet", *Vatan Gazetesi*, 6.6.1955; Dönmezer/Erman, "Muvakkat dokunulmazlık bütün üyelik süresinde ve Meclis tatilde olduğu sırada da devam eder. Meclisin devamlılığı fikri muvakkat dokunulmazlığı bütün üyelik müddetince devamlı olmasını emreder ve yerindedir." demiştir. *a. g. e.*, s. 273; Doktrinde çoğu yazar konunun tartışmasına girmeden dokunulmazlık süresinin milletvekili sıfatının devamı müddetince geçerli olduğu görüşünü benimsemiştir. Özbudun, *a. g. e.*, s. 252.

⁸³ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, s. 273.

⁸⁴ Anayasa taslağının yasama dokunulmazlığına ilişkin maddesinin TM görüşmeleri sırasında, dokunulmazlığın sadece Meclis'in toplantıda olduğu süreçte geçerli olmasına yönelik önerge verilmiş, önerge Meclis'in çalışmalarının devamlı olduğu ve fevkalade toplantı diye bir toplantının olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. 1961 Anayasası koyucusu, Meclis'in devamlılığı ilkesinden yola çıkarak yasama dönemi boyunca dokunulmazlığın varlığını kabul etmiştir. 1982 Anayasası'nın ka-

Meclis'in devamlılığı ilkesini kabul etmiştir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, Meclis'in devamlılığı, belirli bir toplantı süresiyle sınırlı olmaksızın tüm yasama dönemi süresince Meclis'in hukuken toplantı halinde sayılmasıdır. Yani, tartışmanın odak noktası olan toplantı dışı zaman hukuken mevcut değildir. Gerçekten de anayasa koyucu, dokunulmazlığın sadece Meclis'in toplantı süresiyle sınırlı olarak geçerli olacağını kabul etseydi, yukarıda belirttiğimiz ülke anayasalarında olduğu gibi açıklıkla bunu belirtirdi.

Dokunulmazlık kurumunun konulmasındaki kamu yararının varlığı noktasından da konu ele alındığı zaman, yasama dönemi boyunca, dokunulmazlığın geçerli olmasını kabul etmek yerinde olacaktır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, kurumun esas gayesi milletvekillerinin şahsını değil, yasama fonksiyonunu korumaktır. Milletvekilini, yasama görevi yapmadığı veya pek az yaptığı toplantı dışında, vatanla aynı müşterek hukuka tabi kılmak bugünün eşitlikçi demokrasisine uygun düşer. Ancak, ferdi hürriyetlerin tam bir teminat altında bulunmadığı memleketlerde parlamentonun bağımsızlığını sağlamak için dokunulmazlığın geniş tutulması bir ihtiyaçtır. Ferdi hürriyetlerin memleketimizde tam bir teminat altında bulunduğunu söylemek güçtür. Bu itibarla, yasama dokunulmazlığını toplantı haliyle sınırlamak, Meclis'in bağımsızlığını azaltmak tehlikesini de beraberinde taşımaktadır.⁸⁵ Bu nedenle, ülkemizin bugünkü koşullarında, bütün yasama dönemi boyunca dokunulmazlığın varlığını kabul etmek, kamu yararının gerçekleşmesi bakımından daha yerinde olacaktır.

Şimdi, yasama dokunulmazlığının süresinin başlaması ve sona ermesi anlarını tespit edelim.

4.1. Yasama Dokunulmazlığı Süresinin Başlangıcı

Milletvekilliği sıfatı seçimlerle kazanıldığı için dokunulmazlığın da buna bağlı olarak kazanılması doğaldır. Bir de, milletvekili sıfatı kazanıldıktan sonra dokunulmazlığın kaldırılması işlemiyle askıya alınan dokunulmazlığın, henüz seçim olmadan tekrar kazanılması du-

bul edilme safahatında 1961 Anayasası'nda mevcut dokunulmazlık ilkeleri kabul edildiğinden, 1982 Anayasası için de aynı çıkarımda bulunabiliriz. Geniş bilgi için yukarıda anlattığımız 1961 ve 1982 Anayasası dönemleri kısmına bakınız.

⁸⁵ Kıratlı, *a. g. e.*, s. 95.

rumları vardır. Bunun için konu bu farklı durumları kapsayacak şekilde ayrı ayrı ele alınacaktır.

4.1.1. Seçimlerden Sonra Dokunulmazlığın Başlangıcı

Dokunulmazlığın ne zamandan itibaren hüküm ifade etmeye başlayacağı, yani, seçilmiş olan bir milletvekilinin ne zamandan itibaren dokunulmazlıktan faydalanma hakkını kazanacağı, bu konuda doğrudan ya da dolaylı olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların giderilmesi açısından önemlidir. Dokunulmazlığın başlama anıyla ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüş, milletvekilinin seçildiği an, seçim mazbatasının tasdik edildiği an, Meclis'in ilk toplantı günü ve milletvekili yemininin yapıldığı an gibi çeşitli zamanlar, farklı yazarlarca, dokunulmazlığın başladığı an olarak ileri sürülmüştür.

Aybar, dokunulmazlığın başlama anının, milletvekillerinin seçildikleri an değil, Meclisin ilk toplantı günü olduğunu savunmaktadır. O'na göre, dokunulmazlık milletvekilinin asılsız suç bahaneleriyle Meclis görüşmelerinden alıkonulmaması gayesi taşıdığına göre, Meclis görüşmeye başlamadan ona böyle bir himaye tanımaya lüzum yoktur.⁸⁶

Doktrinin geneline kabul edilen ikinci görüşe göre, dokunulmazlığın başlama anı, milletvekilliğinin hukuki açıdan hüküm ifade etmeye başladığı an, yani milletvekili sıfatının kazanıldığı andır.

Ancak, doktrinde, milletvekili sıfatının kazanıldığı an hakkında da tartışmalar mevcuttur. Arsel'e göre, milletvekili sıfatı oy verme günü nihayet bulup da oylar tasnif edildiği anda iktisap olunmuş ve milletvekilliği o anda başlamış sayılır. O'na göre, milletin iradesi o anda tecelli etmiştir.⁸⁷ Gözler'e göre de, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 35. maddesinde⁸⁸ öngörülen, il seçim kurulu tarafından düzenlenmesi gereken tutanakla milletvekilliği sıfatını başlatmak

⁸⁶ Aybar, *a. g. e.*, s. 131.

⁸⁷ Arsel, *a. g. e.*, s. 238.

⁸⁸ "Madde 35- İl seçim kurulu başkanı, alınan sonuçlara göre, o seçim çevresinde; siyasi parti aday listelerinden ve varsa bağımsız adaylardan seçilenleri tespit eder ve tutanağın bir suretini o seçim çevresinde ilan ettirir. Diğer bir suretini, bir hafta süre ile il seçim kurulu kapısına astırır".

en uygun çözüm tarzıdır.⁸⁹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, milletvekili sıfatının, dolayısıyla milletvekili hak ve ayrıcalıklarının, 2839 Sayılı Kanununun 36. maddesinde belirtilen, milletvekilinin, seçim bölgesindeki il seçim kurullarından, seçildiklerine dair mazbatayı (tutanağı) aldıklarında kazanılacağı görüşündedir.⁹⁰ Gönenç/Ergül/Kontacı'ya göre ise seçim sonuçlarının Yüksek Seçim Kurulu tarafından resmen ilan edildiği tarihte milletvekili sıfatının kazanıldığı kabul edilmesi yerinde olacaktır.⁹¹

Kanımca, oy verme işleminin tamamlanmasından sonra yapılan seçim işlemleri, tecelli eden milletin iradesini –seçim sandığında hangi adayın kazandığını– belli etmeye, yani, var olan bir olguyu ortaya çıkarmaya yönelik işlemlerdir. Bunun için milletvekili dokunulmazlığının başladığı anı, oy verme işleminin bittiği andan itibaren geçerli saymak gerekir. Tabii, hangi adayın seçildiği, seçim sonuçlarının kesinleşmesinden itibaren belli olacaktır. Oy verme işlemleri tamamlandıktan itibaren, seçim sonuçları kesinleşinceye kadar geçen süreçte, hangi adayın seçimi kazandığı belli olmadığı için, milletvekili adayları hakkında yasama dokunulmazlığı kapsamındaki soruşturma ve kovuşturma işlemleri yapılabilecek; ancak, seçim sonuçlarının kesinleşmesiyle seçimi kazanan milletvekili adayı hakkında –oy verme işlemi tamamlandıktan sonra– yasama dokunulmazlığı kapsamında yapılmış olan muhakeme işlemleri, geçersiz sayılacaktır. Günümüz koşullarında, henüz seçim sonuçları kesinleşmeden, seçim günü anketi vs. yollarla, kimin seçimi kazanacağını belli edildiği düşünüldüğünde, bu doğrultuda konuyu ele almakla, dokunulmazlık kapsamına gireceği henüz belli olmamış, ama seçileceği bilinen kişilerin, art niyetli kişilerce, adli takibe uğratarak baskı altına alınmasının, önüne geçilmiş olacaktır.

⁸⁹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 297.

⁹⁰ Tanör, Bülent, Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 234; Aynı yönde görüş sahipleri; Bilir, Faruk, a. g. e., s. 201; Kubali, Hüseyin Nail, *Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, İstanbul, Tan Matbası, 1960, s. 177; Seçim Kanunu “Madde 36- Milletvekili seçilenlere il seçim kurulu tarafından, milletvekili seçildiklerine dair derhal bir tutanak verilir. Bu tutanaklardan iki örneği de Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığına en seri vasıta ile gönderilir. (...) Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığı tutanaklardan birini Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına verir.” Sevinç, a. g. e., s. 168.

⁹¹ Gönenç/Ergül/Kontacı, a. g. e., s. 4.

Yüksek Seçim Kurulu'nca bir seçim bölgedeki milletvekili seçimlerinin iptal edilmesi durumunda, o bölgeden milletvekili seçilen kişinin milletvekili sıfatı kendiliğinden sona ereceğinden yasama dokunulmazlığı koruması da kendiliğinden sona erecektir.⁹²

Ayrıca, belirtmek gerekir ki, ant içmenin milletvekili sıfatının kazanılması üzerinde hiçbir etkisi yoktur.⁹³ Ant içmenin, göreve başlamanın şartı olarak düşünülmesi gerekir. Milletvekili sıfatının kazanılması için yemin etme şart olarak kabul edilirse, önünde yemin edilecek kurul, henüz TBMM olmayacağı için, ant içmenin anlamı da kalmamaktadır; çünkü milletvekillerinden oluşmayan yetkisiz bir kurul önünde ant içilmiş olacaktır.⁹⁴ Bunun için, mantiken, milletvekili sıfatının daha önceden kazanıldığına kabulü gerekir.

4.1.2. Meclis Kararıyla Kaldırılan Dokunulmazlığın Yeniden Kazanılması Durumunda Dokunulmazlığın Başlangıcı

Dokunulmazlığın Meclis kararıyla kaldırılması işlemine karşı, Anayasa'nın 84. maddesiyle, dokunulmazlığı kaldırma işlemine karşı iptal başvurusu hakkı düzenlenmiştir. Böyle bir başvuru üzerine, AYM'nin Meclis'in kararını iptal etmesi durumunda dokunulmazlık ne zaman kazanılacaktır?

Dokunulmazlığın kaldırılmasına dair Meclis kararının Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi halinde, bu karar verildiği anda, milletvekili, yasama dokunulmazlığına tekrar kavuşur. AYM kararlarının *Resmi Gazete*'de yayımlanır olması, dokunulmazlığa ilişkin kararın yayımla yürürlüğe gireceğinin şartı değildir.⁹⁵

⁹² Gönenç/Ergül/Kontacı, *a. g. e.*, s. 5.

⁹³ Gözler, *a. g. e.*, s. 297.

⁹⁴ Bakırca, Fahri, *TBMM'nin Çalışma Yöntemi*, Ankara, İmge Yayınevi, 2000, s. 252.

⁹⁵ "Anayasa'nın 153 üncü, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 54 üncü maddeleri bir ayırım yapmaksızın bütün kararların Resmi Gazetede yayımlanacağından söz ettiğine göre, Anayasa Mahkemesinin dokunulmazlığın kaldırılması kararına ilişkin olarak verdiği karar da Resmi Gazetede yayımlanır. Ancak, bu yayımlama, kararın yürürlüğe girmesinin bir şartı değildir. Çünkü, Anayasa'nın 153 üncü ve adı geçen Kanununun 53 üncü maddesine göre kararın yayımlanması, yalnızca, kanun, kanun hükmünde kararname, İçtüzük hükümlerinin iptaline dair verilen kararlar neticesinde söz konusu hükmün yürürlükten kalkmasının bir şartıdır." Feyzioğlu, "...

Dokunulmazlığı kaldırılan milletvekili hakkında hazırlık soruşturmasında takipsizlik kararı, son soruşturmada ise beraat veya düşme kararı verilirse, takipsizlik kararı verilir verilmez, beraat ve düşme kararları ise kesinleşir kesinleşmez, milletvekili yeniden yasama dokunulmazlığına sahip olur; bunun için Meclisin ayrıca bir karar almasına gerek yoktur.⁹⁶

4.2. Dokunulmazlığın Sona Erme Anı: (Bu konunun incelenmesi dokunulmazlığın kaldırılmasıyla bağlantılı olduğundan, konunun genişliği dikkate alınarak başka bir çalışmaya bırakılmıştır.)

5. Sonuç

Özellikle bazı dönemlerde yaşanan yolsuzluklar ve bu yolsuz işlere bazı milletvekillerinin de isimlerinin karışması, yasama dokunulmazlığı kurumunun gerekliliği ve kapsamı konusunda tartışmalara yol açmıştır. Bu çerçevede başka ülke örneklerinden yola çıkan yaklaşımlar bulunmaktadır. Ancak, konuyu öncelikle Türkiye şartları bakımından ele almak gerekir. Siyasi kurumların gerekliliği, içinde bulunduğu toplumun siyasal ve toplumsal şartlarına göre değerlendirilmelidir. Bir memlekette milletvekili dokunulmazlığının dar veya geniş tutulması veya tamamen kaldırılması, Meclis'in, yürütme erki ve baskı odakları karşısında bağımsız kalabilmesi imkanına ve derecesine bağlıdır.⁹⁷

Ülkemiz demokrasisinin her on, on beş yıllık dönemlerle askıya alındığı, Meclis'in dağıtılıp, halkın temsilcilerinin baskı altına alındığı düşünülürken, milletvekili dokunulmazlığı demokrasinin sağlıklı yürümesi için bir ihtiyaç olma özelliğini devam ettirmiş ve bu gerçeklikten dolayı anayasalarımızda da milletvekili dokunulmazlığı varlığını korumuştur. Örneğin, mevcut demokratik sistemi askıya alıp Meclis'i dağıtan 1980 askeri yönetiminin etkisiyle hazırlanan 1982 Anayasası, yürütmenin yasama aleyhine gücünü artırmasına karşın, yasama dokunulmazlığı kurumunun varlığını önemli bir sınırlandır-

Düşünceler", s. 23-24.

⁹⁶ "Dokunulmazlığı kaldırılan üye kovuşturma sonucu beraat ederse, başkaca bir işleme gerek kalmadan tekrar dokunulmazlığa kavuşur." Teziç, a. g. e., s. 387.

⁹⁷ Kıratlı, Metin, a. g. e., s. 95.

maya tabi tutmadan koruması yukarıda bahsettiğimiz gerekliliğin bir yansımasıdır.

Aslında hukuk devleti ilkesinin yerleştiği, demokratik sistemin istikrara kavuştuğu günümüz çağdaş ülkelerinde, eşitlik ve sorumluluk ilkeleri çerçevesinde bu kurumun içeriği ve kapsamı itibariyle daha dar bir biçimde düzenlenmesi konusunda bir eğilimin varlığına işaret etmek gerekir. Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde ferdi hürriyetlerin teminat altına alınması, hukuk devleti ilkesinin ve mahkemelerin bağımsızlığının her türlü baskı gruplarına karşı sağlanması ve bu çerçevede ülke demokrasisinin yerleşip, rüştünü belli bir zaman sürecinde ispat etmesi oranında dokunulmazlık korumasına ihtiyaç kalmayacak; dokunulmazlık korumasının Anayasa'dan kaldırılması veya sınırlandırılması konusunda yasa koyucu daha cesaretli adımlar atacaktır.

KAYNAKLAR

- Arsel, İlhan, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, Mars Matbası, Ankara, C.1, 1965.
- Arslan Çetin, "Yasama Dokunulmazlığının Zamanaşımına Etkisi", *AÜHFD*, C.57, S.1, Ankara, 2008. auhf.ankara.edu.tr (E.T. 05.8.2009)
- Aybar, Mehmet Ali, *Teşriî Masuniyet Esası ve Tatbik Şekilleri*, İstanbul, 1937.
- Bakırcı, Fahri, *TBMM'nin Çalışma Yöntemi*, Ankara, İmge Yayınevi, 2000.
- Başgil, Ali Fuat, "Teşriî Muafiyet Meselesi Teşkilatı Teşkilat-ı Esasiye Kanununun 17. Maddesi Üzerine Bir Etüd", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.VII, Sayı:1, İstanbul.
- Bayraktar, Köksal, *Siyasal Suç*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Bilir, Faruk, *Türkiye'de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi*, Ankara, 2001.
- Centel, Nur, Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2003.
- Centel, Nur, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta, İstanbul, 2001.
- Çağlayan, Muhtar, "Yasama Dokunulmazlığı", *Adalet Dergisi*, Sayı 3-4, 1977.
- Dal, Kemal, *Esas Teşkilat Hukuku*, Ankara, 1984.
- Dönmezer, Sulhi, Erman, Sahir, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Basımevi, 12. B.,C. I, İstanbul, 1997.
- Duran, Lütfü, "Tatil Esnasında Teşriî Masuniyet", *Vatan Gazetesi*, 6.6.1955.
- Erem, Faruk, Danışman, Ahmet, Artuk, Mehmet Emin, *Türk Ceza Hukuku -Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 14. Baskı, 1997.
- Feyzioğlu, Metin, "Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler", <http://hukuk.ankara.edu.tr/yazi>, E.T.15.8.2004.

- Feyzioğlu, Metin, "Yasama Dokunulmazlığı", *AÜHFD*, C.42, Sayı 1-4, 1991-1992.
- Gönenç, Levent/Ergül, Ozan/Kontacı, Ersoy, "1982 Anayasası'na Göre Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı", <http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/index.html>, E.T. 23.09.2004.
- Gören, Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, İzmir, 1997.
- Gözler, Kemal, "Yasama Dokunulmazlığı: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 56, No. 3, Temmuz-Eylül 2001, www.anayasa.gen.tr/dokunulmazlik.htm, E.T.10.10.2004.
- Gözübüyük, Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Yayınevi, 6.Baskı, Ankara, 1997.
- Gözübüyük, Şeref/Killi, Suna, *Türk Anayasa Metinleri*, 2. Baskı, Ankara, 1982.
- Kıratlı, Metin, *Parlamentar Müafiyetler -Bizde ve Yabancı Memleketlerde-*, Sevinç Matbaası, 1961.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, 10.Baskı, İstanbul, 1998.
- Kunter, Nurullah, "Milletvekili Dokunulmazlığı", *İleri Hukuk Dergisi*, 1952.
- Önbilgin, Gürbüz/Oytan, Muammer, *T.C. Anayasasının İlke ve Kuralları ile Anayasa Mahkemesi Kararları Dizini*, Ankara, 1977.
- Özbudun, Ergün, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 4.Baskı, Ankara, 1995.
- Özgen, Eralp, *Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi*, Eskişehir, 1988.
- Saymen, Ferit Hakkı/Erman, Sahir/Elbir, Halit Kemal, *Türk İçtihatları Külliyesi*, C.1-2, İstanbul, 1956.
- Sevinç, Murat, *Türkiye'de Milletekilerinin Dokunulmazlıkları*, Kırılgaç Yayınevi, Ankara, 2004.
- Şahin, Ali Oğuz, *Başbakanların ve Bakanların Görevleriyle İlgili Cezaî Sorumlulukları*, Palme Yayıncılık, Ankara, 1999.
- Tanilli, Server, *Anayasalar ve Siyasal Belgeler*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.
- Tanör, Bülent, Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Hukuku: 1982 Anayasası'na Göre*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001.
- TBMM Zabıt Ceridesi.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, İstanbul, 1991.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 1999.

ALMAN CEZA HUKUKUNDA ŞERİAT

Silvia TELLENBACH*

Çev.: Ahmet MUMCU**

Özel hukukta bir yabancı hukuku atıf kuralları yoluyla uygulamak pek de olağanüstü bir durum değildir. Bu uygulama şeriat için de, hiç olmazsa kamu düzeni açısından geçerli olabilir.¹ Buna karşılık Alman ceza hukukunda şeriatın uygulanıp uygulanamayacağı sorusu üzerinde fazla düşünülmemiştir. Elbette yasaların mülkiliği ilkesi uyarınca Alman Federal Cumhuriyeti'nde işlenen bir suç için, fail Alman veya yabancı olsun, Alman Ceza Yasası uygulanır (Alman CK m. 3). Buna rağmen şu soruyu da yanıtlamak gerekir: Alman hukukunun uygulanmasına yabancı hukukun etkili olabileceği bazı durumlar var mıdır. Bu sorunun yanıtı sadece şeriat değil bütün yabancı hukuklar için de geçerlidir.² Aşağıda, şeriatın yapısı ve içeriği açısından doğan belli soruların açıklanması söz konusu edilecektir. Ayrıca, İslam hukukundan çok kültürel İslamın yol açtığı belli sorunlar üzerinde de durulacaktır.

Alman ceza hukuku “*yasasız ceza olmaz*” (*nulla poena sine lege*) ilkesine dayanır; daha tam bir deyişle Alman ceza hukukunda “*yazılı olmayan hukuk dışında ceza konulamaz*” (*nulla poena sine lege scripte*) kuralı geçerlidir.³ Bu da cezalandırılacak eylemlerin Alman yasa koyucu-

* Dr., Max-Planck Uluslararası Ceza Hukuk ve Kriminoloji Enstitüsü Türkiye ve Ortadoğu Ülkeleri Ceza Hukuku Bölümü Başkanı.

** Prof. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölüm Başkanı.

1 İslam hukukunun Alman hukukunda olası uygulanma alanları için bkz., Mathias Rohe, *Islamisierung des deutschen Rechts?*, JZ 62, 801-806.

2 Bu konuda temel bilgiler için bkz., Karin Cornils, *Die Fremdenrechtsanwendung im Strafrecht*, Berlin 1977.

3 Alm. CK, “Bir eylem ancak, işlendiği zaman suç sayılan işlemler için cezalandırılır”.

su⁴ tarafından saptanabilmesi demektir. Bu ilkenin sonucu da, bir yabancı hukukta yer alan ve suç sayılan bir eylemin Alman yasa koyucusu tarafından öngörülmemiş ise herhangi bir cezanın söz konusu edilmemesidir. Ama yabancı hukuk, örneğin araştırmamızda söz konusu edilen şeriat Alman hukukunu dolaylı biçimde etkileyebilir. Tipiklik unsuru, bir mazeret sebebinin yahut bir hukuksal hatanın varlığı yahut cezanın takdiri gibi konularda İslam hukukunun veya İslam hukuk kültürünün etkileri kendini gösterebilir. Gene Alman uluslararası ceza hukukunun anlamlı ilkesi olan “*eylemin yapıldığı yere göre suçluluğun saptanması*” sırasında da (Alman CK m. 7/2) İslam hukuku önem kazanabilir. Bu sorunlar üzerinde aşağıda durulacaktır:

Son zamanlarda Alman hukuk literatüründe yer alan bir olayı örnek göstererek başlıyoruz: Müslüman bir evli çift küçük oğullarını sünnet ettirdi; bu Musevi ve Müslüman kültüründe çok yaygın bir gelenektir. Bu olayda göze çarpan nedir? İlk bakışta sünnet bir vücut parçasının bedenden ayrılmasıdır. Bu da ilk bakışta vücut donulmazlığına karşı işlenmiş bir yaralama suçudur (Alm. CK m. 22.3). Bu eylem bıçak veya herhangi bir cerrahi gereçle yapıldığından tehlikeli bir yaralama olarak nitelendirilebilir (Alm. CK m. 2.2.4). Fakat burada aynı tür cerrahi müdahalelerde dikkate alınan şu sorun yatmaktadır: Bu tür eylemler ilk bakışta ceza hukuku açısından birer yaralamadır ama bu yargı geçerli sayılmayabilir, çünkü her iki eylemin (cerrahi müdahale ve sünnet -çevirmenin notu-) amacı mağdura zarar vermek değildir, tam tersidir. Hakim görüşe göre erkeğin sünneti beden yaralaması için gerekli unsuru içermez.⁵ Burada daha çok tarih boyunca normalleşmiş ve bir toplumsal uygunluk kazanmış eylem söz konusudur, bu nedenle eylem suç unsuru taşımaz. Karşı görüşe göre ise suçun unsurları tamamlanmıştır ama -dikkatle sınırlayarak- şu söylenebilir: Eylemin hukuka uygunluğu din özgürlüğünün uygulanmasındaki çıkar bakımından kabul edilebilir.⁶

Kısa bir süre önce İsviçreli bir yargıç bana telefon ederek benze-

⁴ Almanya’da yasa koyucu hemen her zaman Bundestag’dır. Federe devletlerin, (eyaletlerin) yasamadaki rolü çok sınırlıdır. Alm. Anayasası m. 72, 74.

⁵ Thomas Fiscfter Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 223x0 madde için 6b numaralı yan notu 55. Baskı, München 2008.

⁶ Walter Croop, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3.Baskı, Berlin/Heidelberg/New York 2005, öd. Madde için 231. numaralı yan notu.

ri bir olayla ilgili olarak fikrimi sordu. Evli olmadan birlikte yaşayan bir Türk erkek ile İsviçreli bir kadının oluşturduğu çiftin bir küçük oğullan var. Türkiye'ye tatile giden baba, oğlunu, annesinin isteği dışında sünnet ettirmiş. Çocuğun velayeti ise bütünüyle annede. Yargıç sünnetin Türkiye'de bir suç sayılıp sayılmadığını öğrenmek istedi. Beklediği gibi ne Türk yargı uygulamasında ne de Türk literatüründe bu konuyla ilgili bilgi bulabildim. Bu sırada Max-Planck Enstitüsü'nde çalışan konuk Türk profesörleri ile de konuştum. Bunlar Almanya'daki düşünceleri tekrarladılar. Biri, suç unsurunun oluşmadığını, diğeri ise eylemde suç unsuru bulunmakla birlikte eylemin hukuka uygun olduğunu belirtti. Sonuç itibarıyla her ikisi de bu eylemi Türkiye'de cezalandırılmayacağını ifade etti. Eylem, işlendiği yere göre suç olmadığından İsviçre'de de cezalandırılması mümkün değildi (İsviçre CK m. 50).

Sünnet konusuna bir ek yapmak gerektir: İslami olmamakta birlikte Sudan ve Mısır gibi bazı ülkelerde kadınlar da sünnet ettirilmektedir. Bu tür eylemler açıkça suç olarak nitelendirilir ve cezasız bırakılması yolunda hiçbir sebep ileri sürülemez.

Fakat şimdi bir başka örnek olay üzerinde duralım: Müslüman erkek koca A, karısı B'yi dövüyor ve olay bir Alman mahkemesinin önüne gidiyor. Alman yargıç, kocasına itaat etmeyen kadınları dövmeye Kuran'ın izin verdiğini söyleyip kendini savunan erkeğe karşı ne yapacak? Almanya'da kocanın karısını dövmesine imkan tanıyan zamanlar artık geçip gitti. Önümüzdeki olayda bedene zarar verme eyleminin unsurları tamamlanmıştır. Burada anayasal bakımdan güvence altına alınan din özgürlüğünü (Alm. Anayasası m. 4) bir mazeret olarak ileri sürülebilir mi? Mazeret sebepleri ilke olarak ceza yasasından değil bütün hukuk alanlarından çıkartılır.⁸ Ama anayasal hakların esaslı olarak sınırlandırılması başkalarının anayasal haklarından kaynaklanır. Kimse din adına bir başkasını dövme veya öldürme hakkına sahip değildir. Bu durumda olayımızda suçun bütün unsurlarıyla oluştuğu bir yaralama suçu mevcuttur.

Üzerinde düşünölmeye değer bir başka durum ise nafaka yükümlülüğünün zedelenmesidir (Alm. CK m. 170). Devletler özel

⁷ Sorunlu Kuran ayetindeki belli sözcüğün "dövmek" olarak mı veya başka bir anlamda mı konulduğu hakkındaki modern tartışma bir yana bırakılmıştır.

⁸ Bu konuda bkz, Corn//s, S 84 vd.

hukukunda yasal bir nafaka yükümlülüğüne Alman ceza hukukuna atıfta bulunularak hükmedilebileceği gibi bazı durumlarda yabancı ülkelerin hukuklarına atıfta bulunularak da karar verilebilir.⁹ Böylece şu biçimde düşünülebilir: İslam hukukuna göre geçerli bir nafaka yükümlülüğü zedelenirse suç unsuru gerçekleşmiştir; buna karşılık Alman hukukuna göre geçerli bir nafaka yükümlülüğü İslam hukukuna göre geçersiz ise -örneğin boşanmış kadına sadece kısa bir süre için nafaka ödenmesi- suç unsuru oluşmamaktadır.

Ayrıca, Hayvanları koruma Yasası'nda da bir hüküm bulunduğu anımsatılmalıdır. Bu hüküm dinsel görevleri yerine getirme özgülüğü nedeniyle yapılan bir değişikliğin sonucudur. Yasa'ya göre (m. 4a) hayvanları kesmek yasaktır ve aksine hareket edenlere para cezası verilir (m. 18). Bununla birlikte (yapılan değişikliğe göre -çn-) yetkili yönetim makamlarından izin alınırsa dinsel nedenlere hayvan kesmek suç sayılmaz.¹⁰

İslam dininin etkilediği bir başka alan da hakaret ve iftira eylemlerinde görülür. Ceza yasası hakareti ne anlama geldiğini tanımlamadan ceza tehdidi altına almıştır. İftira ise bir başkasını aşağılamaya veya çevresindeki saygınlığını zedelemeye yönelik söz veya davranışlar olarak tanımlanmaktadır. Ancak burada söz konusu edilen esas unsurun saptanmasında ilgili kişilerin değer yargıları, eğitimleri, toplumsal durumları, o çevrede geçerli olan ve çevrelerinden alışık oldukları kelime hazinesi dikkate alınmalıdır. Bazı ülkelerde bir sözün iftira olarak değerlendirilmesi için bütün toplumda değil de belli bir çevrede mi aşağılanacak sayılacağı tartışılmaktadır.¹¹ Alman yargısında şimdiye kadar bu tür olaylar saptanamamıştır; ama bu ko-

⁹ Schönke-Schröder-Lenckner, Strafgesetzbuch Kommentar, 27 Baskı, München 2006, 170. maddeye 2 numaralı yannot.

¹⁰ Hayvanları Koruma Yasası m. 4a:
Sıcakkanlı bir hayvan kan dökülmeden önce uyuşturulmadan kesilemez.
Birinci Fıkra hükmündeki uyuşturma yasağı eğer,
1.....

2.Yetkili makam uyuşturmadan kesmeye dair bir izin vermişse (kaldırılır); bu makam söz konusu izni ancak bu yasanın uygulama alanı içine giren çerçevede ve belli bir din topluluğunun inançları içinde hayvanın mutlaka kanının akması koşulu veya uyuşturularak kesilen hayvanların etini yeme yasağı varsa verebilir.

¹¹ Örneğin İsrail'de bkz., Khalid Chanayim, Die Rolle der Ehre im Strafrecht, Ed.: Silvia Tellenbach, Freiburg/Berlin 2007, 111-191.

nuda günün birinde böyle bir sorun çıkabileceği söylenebilir. Örneğin bir Müslümana Ramazan ayında oruç tutmadığı yolunda isnatta bulunulabilir. Böyle bir isnat Alman toplumu içinde o kişiyi küçültücü sayılmaz. Ama o kişi çok sıkı biçimde dinsel inançlarına bağlı bir Müslüman topluluk içinde yaşıyorsa böyle bir itham o kişinin onurunu kesinlikle zedeler.

Konumuzu ilgilendiren az sayıdaki olaylar namus kavramıyla ilgilidir ve yargıda namus cinayetleri veya kan davaları dolayısı ile kendini göstermektedir. Namus cinayetleri sadece İslam dünyasında değil başka kültür çevrelerinde de görülmektedir, hatta söz konusu cinayetlerin sadece İslam'ın ve İslam hukukunun bir sorunu olup olmadığı tartışılmaktadır. Çok önemli bir kaynak namus cinayetinin bizzat ihkakı hak olduğunu ve bunun da İslam'da yasak edildiğini söylemektedir. Karşıtı görüşte ise namus cinayetlerinin pek çok İslam ülkesinde yaygın bulunduğu bu nedenle az veya çok İslam kültürünün bir parçası (fenomen) sayılacağı ileri sürülmektedir. Bu sorunların burada daha derinleşmesine incelenmesine gidilmeyecektir ama namus cinayetlerinin Alman kamuoyunda artık yankı bulduğuna işaret ediyoruz.

Alman hukukuna göre kasten adam Öldürme, eğer Ceza Yasası'nın 211. maddesindeki nitelikler varsa, bir cinayet suçudur. Bu cinayet niteliklerinden biri de eylemin pek aşağı derecedeki saiklerle (*niedrige Beweggründe*) yapılmış olmasıdır. Pek aşağı saikler genel ahlak geleneklerine göre hiç sayılmayan ve en alt derecede bulunan değerlerdiniz.¹² Alman hukuk anlayışına adam öldürme eylemlerinde fail “*kişisel ve aile namusunun temizlemek için hukuk düzeninin üzerinde ve bir başkası için kendisinden ve ailesinden verilen bir ölüm emrini aynı zamanda infaz da ediyorsa özellikle reddedilen ve sosyal bakımdan acımasızca bir eylem kabul edilmektedir*”.¹³ Bu eylem devletin güç kullanma tekelinin üstüne çıkmak, Anayasa'nın 102. maddesinde ölüm cezasının yasaklanmasıyla güvenceye alınan bütün insanların kayıtsız-koşulsuz yaşama hakkını çiğnemek ve sebep -eylem arasında kabul edilemez bir kötü ilişki kurmak (namusa karşı yaşam hakkı -çn-) anlamlarına gelmektedir.¹⁴ Federal Yüksek Mahkeme daha önceki içtihatlarında bir yabancı

¹² BGHSt 3,133 kararından beri müstakar içtihat.

¹³ BGH StV 208-209.

¹⁴ *Kay Nehm, Blutrache-ein niedriger Bewegruid? Menschengerechtes Strafrecht-*

failin kendi ülkesindeki değer yargılarına saygı gösterilmesi saik (Alman toplumu için -çn-) aşağı sayılan bir derecede olsa bile eylem ile bu değerler arasında bir bağlantı kurulmasını öngörmüştü; bazı mahkemelerin bugün bile bu görüşe bir ölçüde eğilimle yaklaştıkları anlaşılıyor.¹⁵ Ama bugün artık Yüksek Mahkemenin içtihadına göre aşağı saiklerin varlığını objektif olarak saptamada Alman hukukuna aykırı ve “bir yabancı halk grubunun Alman toplumunun hukuk ve ahlaki değerlerine uymayan görüşlerine itibar etmeden hareket edilmelidir.”¹⁶ Bu durumda namus cinayetlerinde pek aşağı derecedeki saiklerin varlığı objektif olarak kabul edilebilir. İkinci adım olarak yabancı failin (Almanya’daki -çn-) saiklerin pek aşağı kabul edildiği ortamı tanıyıp tanımadığı ve anlayıp anlayamadığı saptanmalıdır. Fail aşağı, ve kabul edilmez eylem dürtüleri (*die niedrigen Handlungstriebe*) sadece bilinçaltında bulunmamalı sorumluluk ilkesinden doğan doğan yükün de bilincinde olmalıdır. Ayrıca fail duygusal çöşkularına düşünceleri ile hakim olmak ve iradesine göre davranmak durumunda olmalıdır, yani bu söylenen ölçüler içinde hareket etmiş bulunmalıdır. “Eğer fail genel anlayış ile çelişki içinde olduğu halde ve buna rağmen tutumunda ısrar edip ayak dırerse”, öç alma duygularına tutulmak ilke olarak saiki hafifletici kabul edilemez.¹⁷ Fail yıllarca Almanya’da yaşamışsa ilke olarak o’nun Almanya’da hukuka bağlı olarak yaşayan toplumun, kendi davranış saikini alçaltıcı olarak değerlendirileceğini bilmesi beklenir.

Bir yabancı failin aşağı ve kabul edilmez derecedeki saiklerin varlığını bilip bilmediğini saptama konusunda Alman mahkemeleri bugün sert ölçüler koymaktadırlar. Şu olay bu konuda örnek olarak verilebilir:¹⁸ Olayın kurbanı A, bir Türk ailesinin Almanya’da do-

Festschrift für Albin Eser zum yo. Geburtstag, Ed. Jörg Arnold ve diğerleri, München 2005, 419-42.9 (425).

¹⁵ Örneğin bkz., BGH NJW1980, 537, ayrıca *Nehm*, BSutrache 42.0 ve oradaki atıflar. Almanya’daki namus cinayetlerinin yargıya yansımaları için bk. Bahar Erd/tToleranz für Ehrenmörder? Soziokulturelle Motive im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des türkischen Ehrbegriffs, Berlin 1008,s 177 vd ve Ör/an Valerius, Der sogenannte Ehrenmord: Abweichende kulturelle Vorstellungen als niedrigeö Beweggründe, JZ 63(1008), 911-919.

¹⁶ BGH StV 1996, 208-209;BGH NSTZ 1001, 369-370.

¹⁷ BGH İkinci Ceza Dairesi’nin 10.8.1004 tarihli kararı, AZ 1 StR 181/04, www.juris.de.

¹⁸ BGH İkinci Ceza Dairesi’nin 18.1.1004 tarihli kararı. AZ 2 StR. 452./03/ (www.juris.deu7.1.1008”den itibaren internet adresinden sağlanabilir)

ğup büyüyen kızı idi. Bu kız, küçük bir Anadolu köyünde yetişen ve Almanya'ya yeni gelen kuzeni B ile evlendirildi. Birkaç ay sonra esinden sürekli itaat isteyen B'nin A'yı hep kontrol etmesi ve kötü davranışları nedeniyle evlilik dayanılmaz bir durum aldı. A, boşanmak istedi ve bu nedenle B'nin süresi dolan oturma izninin uzatılması isteğinde yardımcı olmayı reddetti. B, bu davranışı onur kırıcı buldu ve yeni bir kavga sırasında B, karısı A'yı bıçaklayarak (öldürdü -çn-) B, aşağı ve kabul edilmez saiklerle cinayet işlediği gerekçesi ile mahkum edildi. Mahkeme kararında şu gerekçeye dayandı: B, karısının davranışı ile onurunun zedelendiğini hissetmişti, bu yüzden onu öldürdü. Ancak B'nin (aile üyeleri -çn-) Almanya'da karısını itaate zorlayamayacağını olaydan önce ona ihtar ettiğini, B ayrıca suçunu örtmeye giriştiğini Mahkeme saptamıştı. Bu noktadan hareketle Mahkeme failin eyleminin hiç olmazsa Alman hukukunda ağır bir suç sayılacağını bilmesi -hem de çok iyi bilmesi- gerektiğini kabul etmişti. Failin bu karnıya katılmamasının da hiçbir değeri yoktu.

Bir başka olay da şudur: Bir Pakistanlı yardım yükümlülüğünden kaçınmak (Alm. CK m. 323c)¹⁹ suçundan dolayı 1. Derece mahkeme tarafından mahkum edildi.²⁰ Bu kişi mülteci olarak çok ailenin yaşadığı bir evde oturuyordu. Yanındaki (odada-çn-) sürekli içip kavgaya eden bir çift vardı. Bir akşam (Pakistanlı'nın -çn-) kapısı çalındı. Pakistanlı kapıyı aralayınca yandaki odada oturan çiftin oldukça açık giyinik ve içkili eşini gördü. Kadın Pakistanlıdan bir cankurtaran çağırmasını rica etti. Kadının bacağına kan gören Pakistanlı korktu ve zaman zaman kaba güç kullanan komşusunun bir kavgasına karışmaktan ürktü. Hemen kapıyı kapattı ve daha fazla ilgilenmedi. Komşu kadın yarım saat sonra eşi (hayat arkadaşı -çn-) sırtından bıçakladığı için öldü. Hekim bilirkişinin raporuna göre kadın, Pakistanlı eğer cankurtaran arabası çağırsa idi kurtulabilirdi. Ama Federal Yüksek Mahkeme'nin görüşüne göre ise burada Pakistanlı'dan bir yardım beklenemezdi. Zira Pakistanlı, kadının kanayan bacağına görmüş ve ayrıca onun birlikte yaşadığı adam tarafından daha önce de şiddete maruz

¹⁹ Alm. CK m 323 c: "Her kim kaza veya afet durumunda çıkan tehlike veya zorunluluk nedeniyle birinin isteği üzerine veya o kişinin haline göre, kendisini bir tehlikeye sokmaması veya daha önemli görevleri yerine getirmeye engel bir durum bulunmaması halinde yardım etmezse bir yıla kadar hapse veya para cezasına mahkum edilir"

²⁰ BGHNJW 1990,1111 vd.

kaldığını düşünmüş olmalıdır. Böylece Yüksek mahkeme Pakistanlı'nın odasını terk ederek kendisini komşusu tarafından saldırıya uğramak tehlikesine maruz bırakmak zorunda olmadığına hükmetmiştir. Diğer yandan da suç sorumluluğunun bir insanın kökeninin ve kişiliğinin de önemli boyutta belirlediği genel ahlak ölçütleri ile değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürerek, Pakistanlı'nın hafifmeşrep bir şekilde giyinmiş sarhoş kadından kaçınmasının İslami ahlak doğrultusunda bir davranış olabileceğini belirtmiştir. Federal Yüksek Mahkeme bu kararı verirken yardımdan kaçınmanın Pakistan'da suç olmadığını, çünkü Mahkeme kararın gerekçesinde de belirtildiği gibi İslam'da zorunluluk içindeki insanlara yardım edilmesini öngören Hıristiyanlık kuralının bulunmadığını ayrıca zikretmiştir.²¹ Federal Yüksek Mahkeme gene, doğru olarak Alman Ceza Kanunu'nun 323c maddesinin ancak 1935 yılında konulduğunun ve okuryazar olmayıp pek az Almanca bilgisiyle bir hayli izole edilmiş bir yaşam süren sanık açısından bu maddeden haberdar bulunmasını sağlayacak bir durumda bulunmasının pek de olası görülmediğini açıklamıştı. Buna göre Federal Yüksek Mahkeme hukuki hatanın klasik tanımına uygun (Alm. CK m. 17)²² bir karar vermiştir; bu enderlik değeri olan bir içtihatır.²³

Alman Ceza Hukuku göre Almanya'da suç işleyen bütün yabancılar için geçerli de olsa böyle bir faile ceza takdir edilirken suçluluk çerçevesini saptamak yolunda onun kendi değerlerini de dikkate almak gerektir. Zira Federal Yüksek Mahkemeye göre böyle birinin değer yargıları onun bir Alman normuna uymasını zorlaştıracaktır.²⁴ Bunun için her olay ayrı olarak değerlendirilmelidir. İlkönce şu saptanmalıdır: yabancı bir davranış örneği kişinin ülkesi mevzuatı ile uyum sağlasa bile sadece cezayı hafifletici bir sebep olarak görmek gerektir.²⁵ Ama kişinin ülkesindeki bir geleneksel davranışına uyma söz konusu

²¹ Bu görüşün doğru olup olmadığı burada tartışılmayacaktır.

²² Alm CK m. 17: "Fail eylemi sırasında yaptığı işin bir haksızlık olduğunu anlayabilecek durumda değilse ve böylece oluşan hukuksal hatadan kaçınması da mümkün olmuyorsa, suçsuz sayılır. Bu hatadan kaçma bilmesinin olası bulunursa ceza 49/1 Madde hükmüne göre indirilir".

²³ Bu konuda bkz., Klaus Laubental/Helmut Ba/er, *Durch die Auslaendereigenschaft bedintte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europaeischer Rechtsvereinheitlichung*, GA 2000,205-223 (212).

²⁴ *Nehm*, Bluttrache, 420 ve oradaki kaynaklar.

²⁵ BGH StV 1996, 25-26.

olsa bile bu, o kişinin devletindeki hukuk ile çatışiyorsa, o zaman ceza hafifletilmesi de söz konusu olamaz.

Almanya'da evlilikte zorla cinsel ilişki kurmak suçtur (Alm. CK, m. 17).²⁶ Buna karşılık Müslüman Hukukunda evlilik içi (cinsel) ilişki, nikah sözleşmesinin temelidir. Bir kadın kocasını hukuken geçerli bir sebep olmaksızın reddederse bu sözleşmeye aykırı davranmıştır.²⁷ Bu durumda Müslüman bir erkeğin karısının (cinsel) ilişkiye zorlayabileceği sonucuna yaklaşılr. Bu, Alman hukukuna göre nasıl değerlendirilir? Federal Yüksek Mahkeme'ye geçenlerde böyle bir olay geldi.²⁸ Suçun yasal unsurunda bir hata yok: Mağdur olayda "bir başka kişi" olarak tavsif edilmiştir. Bu tavsif olası bir hukuksal hata olarak değerlendirilmemiştir, zira söz konusu olan bir Türk çifttir ve otuz yıl kadar Almanya'da yaşamıştır. Buna rağmen Federal Mahkeme evli çiftin durumunu ceza takdirinde dikkate almıştır. Mahkeme cezayı, fail İslam kültürü çevresinden geldiği için hafifletmişti,²⁹ zira o, geleneksel (İslam kültürüne göre -çn-) olarak kadının erkeğin altında olduğunu ve gene kadının bu nedenle kocaya itaat etmesi anlayışına sahiptir ve bu nedenle suçu işlerken bunu kendisi için pek o kadar önemli bir engel kabul etmemiştir.³⁰

Son olarak sadece şeriatın değil, Alman hukukunun da uluslararası alana kayma özelliği olduğu belirtilmelidir. Savcıları her zaman meşgul eden bir durum şudur: Suriye, Mısır veya başka bir Müslüman bir ülkeden gelen bir Alman vatandaşı yıllardan beri bir Alman kadınla evlidir. Bu kişi günün birinde kökeni olan ülkeye gider ve orada ikinci bir kadınla evlenir. Alman kadın eş kocası için çok evlilikten dolayı suç duyurusunda bulunur (Alm. CK m. 172). Alman savcı ceza soruşturması başlatır, çünkü Alman hukuku, yabancı bir ülkede bulunsa bile her Alman vatandaşına uygulanır (m. 7/1). Ama Alman hukukunda aynı eylemin, yapıldığı ülkede de suç sayılması istenir. Hemen hemen bütün İslam ülkelerinde uygulanan Müslüman aile hukukuna göre, bir erkek dört kadına kadar evlenme içine girebilir. Olayda eylem yerinin yasasına göre cezalandırmayı gerektiren bir durum yoktur. Bu

²⁶ 2005 yılından beri Türkiye'de de olduğu gibi. TCK m. 102.

²⁷ İslam hukukuna bu aykırılık durumunda nafaka talebi hakkı ortadan kalkar.

²⁸ BGH StV 2002,21 -22.

²⁹ Türk hukuk sistemi İslami olmasa da durum böyledir.

³⁰ Ayrıca bk BGH StV 2002,20-21, BGH NStZ-RR, 131-138; Eylemin yapılmasında hafif bir engel durumu.

nedence Alman savcı soruşturmayı durdurur. Alman hukuk uygulamasında önceleri önemli anlamı olan bir durumu da en son olarak beli itmelidir. Kadının Alman, kocanın Müslüman olduğu bir evli çift boşanırlar. Çocuklarının velayeti anneye veriliyor. Baba, annenin de iznini alarak çocuğu ile köken ülkesine tatile gidiyor ama söz verdiği halde çocuğu geri getirmiyor. Kadın çocuğu kaçırdığı iddiası ile suç duyurusunda bulunuyor. Ama pek çok Müslüman ülkesinde boşanmadan sonra çocuklar üzerindeki velayet hakkı, belli bir yaşa geldiklerinde babaya bırakılır. Bu yas, başlangıçta erkek çocuklarda iki, kız çocuklarda yedi idi. Bu, bazı ülkelerde bugün biraz yukarı çekilmiştir ama pek çok Müslüman ülkesinde çocuğun velayeti ve yerleşim yeri (ikametgah) saptanması babaya aittir; hele Anne Müslüman değilse bu hak daha da kesindir. Ama bu ve benzeri durumlarda yapıldığı yer yasasında suç sayılmayan bazı davranışlar cezalandırılır. Bir çelişkiye düşülmemesi için 1998 yılında Alman yasa koyucu bir çocuğun yurt dışında alıkonulması durumunu Ceza Yasası'nın 5. maddesindeki istisnalar içine sokmuştur. Buna göre böyle bir eylem, yapıldığı yer dikkate alınmaksızın Almanya'da cezalandırılır.

Sonuç olarak şu belirtilebilir: Uluslararası özel hukukta pek çok alanda uygulama olanağı bulan şeriatın Alman ceza hukukunda dikkate alınması sadece çok sınırlı durumlarda söz konusudur.

VERGİ DAVALARINDA YASAL VEKALET ÜCRETİNİN MAKTU OLMASI -Sıra Dışı Bir Yasama Pratiği-

Serkan AĞAR*

I. GİRİŞ

16.06.2009 günü kabul edilen 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un¹ 35. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık Ücret Tarifesi'nin Hazırlanması" başlıklı 168/2 maddesine, birinci cümlesinden sonra gelmek üzere, "Şu kadar ki hazırlanan tarifede; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarı maktu olarak belirlenir." cümlesi eklenmiştir.²

2007 yılına ait Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin (Tarife) İkinci

* Av., Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Sos. Bil. Ens. Kamu Hukuku (Vergi Hukuku) ABD doktora öğrencisi.

¹ RG, 03.07.2009, 27277. 5904 sayılı kanun, TBMM İçtüzüğü'nün 91. maddesine göre "temel kanun" olarak görülmüştür. Vergi davalarında "yasal vekalet ücreti"ne dair düzenlemenin "temel kanun" olarak görüşülmesi hem düşündürücü ve bir o kadar da ironiktir. Anılan Kanun'un tam metnini *Ekler* bölümünde bulabilirsiniz.

² Hükümet Tasarısı'nda bu düzenleme 213 sayılı VUK'nun mükerrer 378. maddesinin sonuna eklenen fıkrayla yapılmakta iken alt komisyonda 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmesinin kanun yapma usul ve esaslarına daha uygun olacağı gerekçesiyle metinden çıkarılmış ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168/2 maddesine birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenmiştir. Bu düzenlemenin Danıştay ve vergi mahkemelerinde yapılacak duruşmalarda mahkemenin vergi davasına konu tarhiyatın dayanağı incelemeyi yapmış bulunan inceleme elemanları ile mükellefin duruşmada hazır bulundurduğu mali müşaviri veya muhasebecisini de dinleyebileceğine ilişkin "usul" maddesi yerine 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık Ücret Tarifesi'nin Hazırlanması" başlıklı 168. maddesinde yapılması kanun yapma tekniğine uygun olmuştur.

Kısım Birinci Bölüm 4 numaralı bendinin iptal edilmesine kadar vergi mahkemelerinde açılan davaların konusu para olsa veya para ile değerlendirilebilse bile maktu ücrete tâbi hukuki yardım kategorisinde Tarife'nin İkinci Kısım Birinci Bölümüne bağlanmıştır. 2007 yılında uygulanan Tarife'nin³ İkinci Kısım Birinci Bölüm 4 numaralı bendinde vergi mahkemelerinde takip edilen dava ve işler için duruşmasız ise 350,00 TL, duruşmalı ise 500,00 TL yasal vekalet ücretine hükmedileceği yazılmış, ancak maddenin devamında davanın ilişkin bulunduğu vergi miktarının duruşmasızlarda 3.000,00 TL, duruşmalılarda 4.000,00 TL kadar olan işlerde avukatlık ücretinin üçüncü kısma göre, yani "nispi olarak" hesaplanacağı belirtilmiştir.

Vergi uyuşmazlıklarında nispi vekalet ücretine hükmedilmesini ancak belli miktarın altındaki davalar hakkında geçerli kılan 2007 yılına ait Tarife'nin ilgili hükmünün iptali istemiyle Afyonkarahisar Barosu tarafından dava açılmış ve anılan düzenleme Danıştay tarafından iptal edilmiştir.⁴ Danıştay'ın iptal gerekçesi şu şekildedir:

"(...) dava konusu düzenleme göz önüne alındığında vergi mahkemelelerinde görülen uyuşmazlıklarda alınacak avukatlık ücretleri için Tarife'nin bütünlüğü içindeki tutarlılığı bozacak şekilde düzenlemeler yapıldığı anlaşılmaktadır (...) dava konusu düzenleme, konusu para olsa ve parayla değerlendirilse bile maktu ücrete bağlı hukuki yardımlar başlığı altında düzenlendiği halde anılan hüküm ile konusu para olan ve parayla değerlendirilebilen uyuşmazlıklarda olduğu gibi nispi oranlar üzerinden yapılacak hesaplama için üst sınır getirilmiştir. Şu durumda, Tarife'nin kendi bütünlüğü içindeki tutarlılığı bozacak şekilde vergi uyuşmazlıklarında nispi olarak hesaplanacak avukatlık ücretine dava konusu miktar baz alınarak üst sınır getirilmesine ilişkin düzenlemede hukuka uyarlık görülmemiştir."

2007 yılına ait Tarife'nin ilgili bölümünün iptaliyle birlikte Danıştay kararı dikkate alınarak 2008 yılına ait Tarife'de gerekli değişiklik yapılmıştır.⁵ Ancak nispi düzenlemeye dayanak Daire kararı, 28.05.2009 günlü İdari Dava Daireleri Kurulu kararıyla bozulmuştur.⁶

Bu incelemede, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na eklenen düzenle-

³ RG, 13.06.2006, 26375.

⁴ Dan. 8. D., 23/01/2008, E. 2007/1110, K. 2008/332.

⁵ RG, 23/05/2008, 26884.

⁶ Dan. İDDK, 28/05/2009, E. 2008/776, K. 2009/1605.

menin kapsamı ve arka planı çeşitli kavram ve kurumlar çerçevesinde değerlendirilmeye ve değişikliğin özü kavranmaya çalışılmıştır.

II. HUKUKİ ÇERÇEVE

HUMK'nın 413. maddesine göre dava açmak isteyenler öncelikle gerekli yargılama giderlerini peşin olarak ödemek zorundadır. Aynı Kanun'un 416. maddesine göre bu giderler, davacının davasında haklı çıkması durumunda karşı tarafa yüklenerek tazmin edilmektedir. Yargılama giderlerinin nelerden ibaret olduğu HUMK'nın 423. maddesinde sayılmıştır. Bu maddenin 6. bendine göre vekalet ücreti de yargılama giderlerindedir ve HUMK'nın 417. maddesine göre yargılama giderleri davada haksız çıkan tarafa yüklenmektedir. Davada haksız çıkan tarafa yüklenen vekalet ücreti Tarife'ye göre hesaplanan bir yargılama gideridir. Dolayısıyla yargılama gideri olarak hükmolunan yasal vekalet ücreti, müvekkil (iş sahibi) ile avukat arasında kararlaştırılan avukatlık ücreti gibi subjektif değil, aksine "objektif" karakterlidir.⁷

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 31. maddesinde HUMK'ya yapılan atıf sebebiyle vergi uyumsuzluklarında da dava sonunda hükmolunan vekalet ücreti yargılama giderlerinden sayılmakta ve bu vekalet ücreti haksız çıkan karşı tarafa (çoğunlukla vergi idaresine) yüklenmektedir.

Avukatlık ücreti, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164 ilâ 166. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 164. maddesine göre avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağ veya değerdir. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 169. maddesine göre yargı mercileri tarafından karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti, Tarife'de yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamaz. Bu ücretin takdirinde avukatın emeği, çabası, işin önemi, niteliği ve davanın süresi gibi ölçütler göz önünde tutulmaktadır.

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi ise, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesine göre Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından o yılın Ekim ayı sonuna kadar hazırlanarak Adalet

⁷ Ağar, M. / Ağar, S., "Yargılama Giderlerinden Vekalet Ücretine KDV Uygulanması Meselesi Üzerine Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 52, Mayıs-Haziran 2004, s. 282.

Bakanlığı'na gönderilmekte, Adalet Bakanlığı'na ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde Bakanlıkça karar verilmediği veya Tarife onaylandığı takdirde kesinleşmektedir. Ancak Adalet Bakanlığı uygun bulmadığı Tarife'yi bir daha görüşülmek üzere gerekçeli olarak Türkiye Barolar Birliği'ne geri gönderir ve geri gönderilen bu Tarife Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından üçte iki çoğunlukla aynen kabul edilirse onaylanmış, aksi halde onaylanmamış sayılmaktadır.

Vergi uyuşmazlıkları "idari yargı kolu"nda örgütlenen vergi mahkemeleri, idare mahkemeleri ve itirazen bölge idare mahkemeleri ile temyiz ve bazı durumlarda ilk derece yargılama makamı olarak Danıştay tarafından incelenmektedir. 2009 yılı için geçerli olan yürürlükteki Tarife'nin⁸ 14. maddesinde idari yargıda Tarife'de yazılı ücretin tamamına, davaya cevap verme sürelerinin bitimine kadar anlaşmazlığın feragat veya kabul sebepleriyle ortadan kalkması veya bu sebeplerle davanın reddine karar verilmesi durumunda ise Tarife'de yazılı ücretin yarısına hükmedileceği yazılıdır. Dilekçelerin görevli yargı organına gönderilmesine veya dilekçenin reddine karar verilmesi durumunda avukatlık ücretine hükmedilemez.

III. VERGİ DAVALARINDA AYRIKSI DURUM VE ELEŞTİRİSİ

16.06.2009 günü kabul edilen 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 35. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık Ücret Tarifesi'nin Hazırlanması" başlıklı 168/2 maddesine, birinci cümlesinden sonra gelmek üzere, "Şu kadar ki hazırlanan tarifede; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarı maktu olarak belirlenir." cümlesi eklenmiştir.

Vergi uyuşmazlıklarında maktu ücret sınırlamasına gerekçe olarak bu kapsamdaki davaların konusunun çok yüksek tutarlara ulaştığı, dava sonucunda karşı tarafa yükletilecek yasal vekalet ücretinin

⁸ RG, 19.12.2008, 27085.

tamamen nispi olarak hesaplanması durumunda ise dava konusunun yüksekliğine paralel olarak bunun da çok yüksek meblağları bulacağı ve bu durumun hakkaniyete ve adalete uygun düşmeyeceği ileri sürülmüştür.⁹ Oysa yüksek vekalet ücreti ödeneceği endişesiyle vatandaşların yargıya başvurmaktan kaçınacağı iddiası daha önce Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurularda ileri sürülmüş, Yüce Mahkeme avukatlık ücretinin hak arama hürriyeti önünde bir engel oluşturmayacağı yönünde karar vermiştir.¹⁰

Yargılamada karşı tarafa yükletilmesi gereken vekalet ücreti, bağımsız bir varlığı olmayacak derecede ait olduğu *davanın konusunu oluşturan hak ve alacağa pek sıkı bir şekilde bağlı* ikincil haklardandır.¹¹ Yargılama giderlerinden sayılan vekalet ücreti, HUMK, İYUK ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümlerine dayanılarak (yasal olarak) mahkeme kararıyla hesaplanmakta ve ödenmektedir. Bu itibarla yasal vekalet ücretinin ait olduğu davanın konusundan ayrı düşünülmesi mümkün değildir. HUMK'nın 423. maddesi gereğince bu vekalet ücreti özel hukuka ilişkin olarak mahkeme kararıyla tespit edilmiş bir alacak niteliğinde değildir, aksine davaya konu alacağa bağlı bir yargılama gideri hükmündedir.¹² Dolayısıyla yasal vekalet ücretinin vergi uyuşmazlıklarında da "nispi" hesaplanması gerektiği açıktır.

Tarife'de yazılı vekalet ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemlerin karşılığıdır. Yaklaşık 4-5 yıl süren bir vergi uyuşmazlığında davalı vergi idaresinin haksız çıkması durumunda maktu vekalet ücretine hükmedilmesinin avukatın emeği, çabası, işin önemi, niteliği ve davanın süresi göz önünde tutulduğunda hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurması muhakkaktır.

Yapılan düzenlemeyle vergi uyuşmazlıklarının; Tarife'nin İkinci Kısım Birinci Bölümü'nde yargı yerlerinde yapılan ve konusu para olsa veya parayla değerlendirilebilse bile maktu ücrete bağlı hukuki yardımlara ödenecek ücrete tâbi kılınan ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir, delillerin tespiti, icranın geri bırakılması, ödeme ve tevdi yeri belirlen-

⁹ Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'na muhatap 09.05.2008 gün ve 10919 sayılı Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü yazısı.

¹⁰ Any. Mah. 03.03.2004, 2004/8-28, RG, 26.02.2005, 25739.

¹¹ YİBK, 29.05.1957, 1957/4-16, YİBK Dergisi, Hukuk Bölümü, C. 5, s. 40-42, RG, 04.09.1957, 9697.

¹² Ağar / Ağar, a.g.m., s. 282.

mesi işleriyle ortaklığın giderilmesi ve taksim davalarıyla aynı mahiyette değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Sayılan davalar genel olarak “çekişmesiz” işlerden sayılmaktadır. Hasmın ve husumetin (çekişmenin) olmadığı davalarda maktu vekalet ücretine hükmedilmesi doğaldır. Oysa bir tarafında idarenin, diğer tarafında da mükellefin olduğu bir vergi yargılamasında “çekişmeli” bir dava sürdürüldüğü izah-tan varestedir. Hatta kamu hukukundan kaynaklanan ve hasmın idare olduğu bir yargılamanın özel hukuktaki gibi eşitler arasında cereyan etmediği de dikkate alındığında vergi davalarında (adil yargılamanın temeli olan) silahların eşitliği ilkesinin tam olarak gerçekleştiği söylenemez. Bu itibarla dava sonunda kararlar hükmolunacak vekalet ücretinin maktu olması, avukatların bu davalara olan ilgisini azaltmaya ve hak arama mücadelesinde mükellefi hukuki yardımdan yoksun ve yalnız bırakmaya elverişlidir.

Maktu vekalet ücretine, genel olarak, değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde hükmolunmaktadır. Vergi uyuşmazlıklarının çok büyük bir kısmının konusu “para”dır. Dolayısıyla vergi uyuşmazlıklarının değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerden sayılması da mümkün değildir.

“Hukuki Çerçeve” bölümünde belirttiğimiz kanun hükümlerine göre, dava sonucunda karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücretinin takdirinde yürürlükte olan Tarife’nin esas alınacağı anlaşılmaktadır. Vergi uyuşmazlıkları bakımından yasal vekalet ücretiyle ilgili olarak pozitif bir ayırım yapılarak kanunla belirleme yapılması norm koyma tekniğine aykırı olduğu gibi 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümlerinin de zımnen ilga edilmesi anlamına gelmektedir.

Getirilen düzenleme Anayasa’nın 10. maddesine de aykırıdır. Eğer bir dava ekonomik olarak değerlendirilebilen bir uyuşmazlığı içermekteyse nispi vekalet ücretine hükmedilmesi avukatlık hukukunun “geleneksel” ve “temel” göstergelerinden biridir. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’ndan kaynaklanan bu ilkenin değiştirilmesi veya dönüştürülmesi elbette mümkündür. Ancak kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliği lehine düzenlemenin ve diğer vatandaşların benzeri davalarında hükmedilecek yasal vekalet ücretinde maktu düzenlemenin olması Anayasa’nın 10. maddesi çerçevesinde eşitlik ilkesine de aykırıdır. Kaldı ki getirilen düzenlemede sadece “(...) maktu olarak belirlenir.” denmiştir. Bir diğer deyişle düzen-

lemede, maktu ücretin nispi ücretin karşılığı olan bir rakamla tespit edilmesini önleyecek bir ölçüt de bulunmamaktadır.

Getirilen düzenleme tam yargı davaları bakımından da yanlış ve sorunludur. Bir an için vergilendirme işleminin iptali davasında maktu vekalet ücretine hükmedilmesinin doğru olduğu kabul edilse dahi bu işlemde kaynaklanacak tam yargı davalarında maktu vekalet ücretine hükmedilmesinin hakkaniyete aykırı olacağı açıktır.

Sorun yerindelik bakımından tahlil edildiğinde de değişikliğin uygun olmadığı anlaşılmaktadır. Bir normun etki analizi değerlendirilirken düzenleme alanındaki uyumsuzlukların göstergesi bilim karşısındaki konumu da dikkate alınmalıdır. 2007 yılında vergi mahkemelerinde açılan ve esasen incelenerek karar verilen 79.174 davanın %18,8'i reddedilirken %43,1'i kabul, %12,9'u da kısmen kabul edilmiştir.¹³ Bu çerçevede vergi uyumsuzluklarının %56'sı mükellef lehine sonuçlanmaktadır. Ancak vergi idaresinin her işleminin dava konusu edilmediği de göz ardı edilmemelidir. Örneğin 2008 yılında tarhiyat öncesi ve sonrası uzlaşma talep edilen 178.363 dosyanın 160.110 adedinde uzlaşma sağlanmıştır.¹⁴ Görüldüğü gibi bugün vergi davalarının ret veya kabul oranları dikkate alındığında yasal vekalet ücretinin nispi veya maktu olmasından çok ciddi bir vergi reformuna olan ihtiyaç açıklıkla ortaya çıkmaktadır.

Bütçede önemli bir gider kalemi olan vergi davalarında ödenen yasal vekalet ücretlerinin hazineye yük getirmesi karşısında alınacak tedbir, öncelikle vergi uygulamalarına azami özenin gösterilmesini ve açılan davalarda vergi idaresi aleyhine ortaya çıkan büyük farkın ortadan kaldırılmasını sağlamaktır. Vergi davalarının nicelik ve nitelik itibarıyla en aza indirilmesiyle vergi idaresi-mükellef ilişkisinin uyumlu ve düzenli hale getirilebilmesi için kapsamlı bir vergi ve idare reformu zorunludur. Böyle bir yapısal reform yerine Anayasa'nın ve savunma mesleğiyle bütünleşmiş ilkelerin hiçe sayılarak yasal vekalet ücretine

¹³ http://www.adli-sicil.gov.tr/istatistik_2007/idari/vergi2-2007.pdf, 09.06.2009.

¹⁴ Gelir İdaresi Başkanlığı, *2008 Yılı Faaliyet Raporu*, Ankara, Nisan, 2009, s. 87-91. Bu istatistik uzlaşma kapsamındaki tarhiyatlar bakımından uzlaşma talep edilmesi durumunda bunun %91 gibi çok yüksek bir ihtimalle uzlaşmayla sonuçlanacağını göstermektedir. Görünen o ki çoğu zaman uzlaşmayı dava açmaya yeğleyen mükellef vergi idaresi karşısında kendisini çaresiz hissetmekte ve haklı olsa bile "maliye ile başını derde sokacağına" ödemede bulunmak konusunda kendini zorunlu hissetmektedir.

müdahale edilmesinin yasama yerindeliği bakımından da uygun olmadığını iddia etmek yanlış olmayacaktır.

Anayasa'nın 7. maddesine göre Anayasa'da aksine bir hüküm olmadıkça yasama organı her alanı düzenleyebilmektedir. Anayasa'nın 135. maddesi kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekküllerini düzenlerken mesleki menfaatlerde düzenleme yetkisini; Türkiye Mimar ve Mühendis Odaları Birliği (TMMOB), Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği (TÜRMOB), Türkiye Diş Hekimleri Birliği (TDB), Türkiye Barolar Birliği (TBB) gibi tamamen ilgili organa bırakmıştır. Ancak bu durumlarda "esnek" bir idari vesayet de bulunmaktadır. Örneğin Türkiye Barolar Birliği ile Adalet Bakanlığı arasında böyle bir idari vesayet ilişkisi bulunmaktadır. Buna göre Anayasa'nın 125. maddesi çerçevesinde vesayet organının bunu idari yargıya taşımak suretiyle Tarife'yi iptal ettirmesi mümkündür. *Anayasa'nın 135. maddesi karşısında ilgili meslek örgütünün veya böyle bir kurum olmasaydı yürütme organının idari işlem mahiyetindeki bir tasarrufla yapabileceği bir Tarife'nin kanunla yapılması 135. madde bakımından sorunludur.* Anayasa'nın 135. maddesi çerçevesinde kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliği'ne 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesiyle verilen düzenleme yapma yetkisi, yapılan değişiklikle tabir yerindeyse "gasp" edilmiştir. Genel düzenleyici bir işlem olan Tarife'de yer alması gereken bir hususun kanuna derc edilmesinin hukuk tekniğiyle de bağdaşır bir yönü bulunmamaktadır. Türkiye Barolar Birliği'nin kendi mesleki faaliyet alanıyla ilgili bir konuda düzenleme yapma yetkisinin en doğal örneği olan Avukatlık Ücret Tarifesi'nin "kanuni vesayet" görünümündeki bir hükümlerle sınırlanması anlaşılabilir değildir.

Vergi yargısı istatistikleri dikkate alındığında yasal vekalet ücretinin nispi olarak belirlenmesinin mükelleften çok vergi idaresi üzerinde baskı yaratacağı kuşkusuzdur. Diğer yandan vergi yargısında idare lehine yasal vekalet ücretine hükmedilebilmesi için hem davada idarenin haklı bulunması (mükellefin davasının reddedilmesi) ve hem de incelemenin duruşmalı yapılması gerekmektedir.¹⁵ 2577 sayılı İYUK, kural olarak, yazılı yargılama usulünü benimsemiştir. Vergi yargılama sürecinde duruşma talep edilebilmesi için dava konusunun 7.630 lira ve

¹⁵ Aslan, M., "Vergi İhtilaflarında Yeni Bir Dönem: Nispi Vekalet Ücretinin Olası Etkileri", *Mali Pusula*, Y. 4, S. 42, Haziran, 2008, s. 22.

üzerinde olması şarttır. İdare lehine yasal vekalet ücretine hükmedilebilmesi için vergi yargılamasının “*duruşmalı*” yapılması (ve bu şekilde idarenin hazine avukatıyla temsil edilmesi) gerekmektedir. Duruşma yapılmayan işlerde vergi idaresi savunmasını hazine avukatı aracılığıyla değil, kendisi yapmaktadır. Vergi uyuşmazlıklarında hazine avukatlarına temsil görevi sadece duruşmalarda verilmiştir.

Diğer yandan, 2576 sayılı Kanun’un 6. maddesine göre vergi mahkemeleri; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ile sayılan konularda 6183 sayılı Kanun’un uygulanmasına ilişkin davaları çözümlenmekle görevlidir. 5904 sayılı Kanun’un 35. maddesi ile maktu olarak belirlenmesi öngörülen avukatlık ücretinin kapsamı sadece vergi mahkemeleri tarafından incelenen uyuşmazlıklarla sınırlı tutulmamış, bazı konularda idare mahkemelerinde görülen uyuşmazlıkları da içine alacak şekilde genişletilmiştir. Dolayısıyla yapılan düzenleme 2576 sayılı Kanun’da vergi mahkemelerinin görev alanını belirleyen hükümlerle paralel değil, aksine ondan çok daha geniş bir kapsamı işaret etmektedir. Bu düzenlemeyle sadece vergi mahkemelerinin görevli olduğu davalar bakımından değil, 6183 sayılı Kanun’un uygulanmasından doğan ve fakat genel görevli idare mahkemeleri tarafından incelenen uyuşmazlıklarda hükümlenen yasal vekalet ücreti de kapsam içine alınmıştır. Bir diğer anlatımla yasal vekalet ücreti; sadece genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifeler konusunda 6183 sayılı kanun’un uygulanmasına ilişkin davalarda değil (sayılan uyuşmazlıklarda vergi mahkemeleri görevlidir), bunlara ek olarak 6183 sayılı Kanun’un uygulanmasından doğan her türlü dava için maktu hale getirilmiştir.

Getirilen değişikliğin ardından Türkiye Barolar Birliği’nin yürürlükteki Tarife’de bir değişiklik yapmasına gerek bulunmamaktadır. Zira 5904 sayılı Kanun’un 40/d maddesine göre vergi uyuşmazlıklarında yasal vekalet ücretinin maktu hesaplanacağına dair değişiklik yayımı tarihi olan 03/07/2009 günü yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 168. maddesine eklenen hüküm uyarınca *yeni Tarife yürürlüğe girinceye kadar* anılan maddede düzenlenen davalarda yürürlükte olan Tarife’nin İkinci Kısım İkinci Bölümünün 14. bendiyle idare ve vergi mahkemelerinde takip edilen da-

valar için belirlenen maktu avukatlık ücretine hükmedilecektir. Bir diğ er anlatımla getirilen düzenleme, Türkiye Barolar Birliği'nin yürürlükteki Tarife'de herhangi bir değişiklik yapmasına gerek olmaksızın yayımlandığı gün yürürlüğe girmiş ve yürürlük tarihinde halen görülmekte (derdest) olan (kesinleşmemiş) vergi davalarında yasal vekalet ücreti duruşmasız işlerde 400 lira, duruşmasız işlerde ise 500 lira olarak uygulanacaktır.

Türkiye Barolar Birliği tarafından yeni bir tespit yapılana kadar uygulanması gereken avukatlık ücretinin ne olacağı kanun hükmünde tarif edilerek Türkiye Barolar Birliği'ne bu düzenlemeden sonra vergi davalarıyla ilgili olarak avukatlık ücretinin bu hükme uygun olarak belirlenmesi konusunda *"örtülü bir emir"* verilmektedir. Türkiye Barolar Birliği'nin vergi davalarında uygulanacak maktu vekalet ücretini ayrı bir bentte ve yürürlükteki miktarlardan farklı belirlemesi durumunda konunun yine idari yargıya taşınacağı izahtan varestedir.

IV. SONUÇ

1 milyon liralık bir vergi uyuşmazlığında 42.400 lira veya bir üst sınır belirlenmek suretiyle tespit olunan rakamda yasal vekalet ücretine hükmedilmesinin arzu edilmemesinin karşılığı aynı davada 400 lira vekalet ücretine karar verilmesi olmamalıdır. İlki hakkaniyete ne kadar aykırı ise, ikincisi de o derecede *"komik"* tir.

Diğ er yandan yasal vekalet ücretinin nispi olmasının vergisel işlemlerin hukuka uygunluğunu sağlamak bakımından vergi idaresi üzerinde bir baskı unsuru olması da mümkündür. *"Maliye olarak davayı kaybetsek dahi nasıl olsa vekalet ücretini maktu ödeyeceğiz!"* şeklindeki bir anlayışla özensiz vergi tarhiyatı yapılması ve ceza kesilmesi vergi idaresine olan güveni sarsacağı gibi hukuka olan saygınlığı da azaltacaktır.

Tarife'nin kendi bütünlüğü içindeki tutarlılığı bozacak şekilde vergi uyuşmazlıklarının diğ er davalardan ayrılarak bu tür uyuşmazlıklarda avukatlık ücretinin maktu hesaplanmasına dair kanuni düzenlemenin hukuka uygun olduğunun iddia edilmesi güçtür.

Vergi davalarında vekalet ücreti sorununun avukatlık mesleğinin önemi ve Türkiye Barolar Birliği'nin Tarife belirleme yetkisi ile vergi davalarının sayısal çokluğu ve çok değişken parasal meblağları içer-

diği, mükellef bakımından vekalet ücretinin yüksekliği sebebiyle hak arama yolundan vazgeçmemesi gerektiği ve vekalet ücretinin bütçede önemli bir gider kalemi oluşturduğu hususlarını telif eden bir yaklaşımla çözümlenmesi gerekmektedir.

Kanun tasarısının görüşmelerinde farklı siyasi partilere mensup avukat kökenli milletvekilleri tarafından ittifakla bu maddenin Tasarı metninden çıkarılması teklif edilmiş, ancak bu önergeler reddedilmiştir. Uzlaşmacı bir tavırla çeşitli önergelerle sorunun çözümlenmesi mümkün iken maddenin Tasarı metninden tümüyle çıkarılmasının teklif edilmesi "*hatalı bir manevra*" olarak tutanaklardaki yerini almıştır. Yapılan değişiklikle sadece vergi idaresinin istediği olmuş, avukatlık mesleğini "*doğrudan*" ilgilendiren böylesine önemli bir değişikliği yeterince önemsemediği kanaâtini taşıdığımız meslek örgütleri "*ağır bir mağlubiyete*" uğramış ve avukatlık mesleğinde bir "*gedik*" daha açılmıştır. Bu başarısızlık, avukatların vergi davalarına olan ilgisizliğinin bir yansıması olarak görülebilir. Bu değişiklikle uygulamada mükelleflere vergi davalarında serbest muhasebeci ve mali müşavirlerin hukuki yardımda bulunması geleneği bozulmamış, aksine bu durum kanunla "*kural*" haline getirilerek bu alan tümüyle anılan meslek mensuplarına terk edilmiştir.

Kesinlikle mesleki şovenizm anlamına gelmemek üzere avukatların "*tekel hakkı*"nı¹⁶ doğrudan ilgilendiren böyle bir konuda yakın bir gelecekte nelerin yaşanacağı çok bellidir: Bugün "*fiili*" olarak serbest muhasebeci ve mali müşavirlere bırakılan vergi uyuşmazlıklarının bir sonraki aşamada yine bir kanun değişikliğiyle sayılan meslek mensupları lehine bu kez "*resmen*" terk edilmesi çok uzak bir ihtimal değildir.

¹⁶ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 35/1: "*Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.*"

TTK TASARISI'NIN SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİNE İLİŞKİN MADDELERİ İLE GETİRİLEN DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRMESİ

Şamil DEMİR*

GİRİŞ

Meclis Genel Kurulu'na sevk edilen Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Hükümetin teklif ettiği metin ve Adalet Komisyonu'nun teklif ettiği metin olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiş ve her iki metin de genel kurulun takdirine sunulmuştur. İncelememizde sigorta sözleşmesine hakim olan ve tüm sigorta türleri için geçerli torba hüküm niteliği taşıyan, 1401 ila 1420. maddeleri, Hükümet, Adalet Komisyonu ve mer'i TTK Hükümleri birlikte değerlendirilerek incelenecek, başlıca farklar ve yenilikler üzerinde durulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM: TEMEL KAVRAMLAR

1. TANIMI, ÖZELLİKLERİ, TABİ OLDUĞU HÜKÜMLER VE UNSURLARI

a. Tanımı ve Özellikleri

Sigorta sözleşmesi TTK Tasarısı'nın 1401. maddesinde tanım bulmaktadır. Yukarıda bahsedildiği gibi hükümet ve komisyon metinlerinde sigorta sözleşmesinin tanımlanmasında farklı cümle kuruluş tarzı kabul edilmekle birlikte kabul edilen anlam ve sistem tamamen paraleldir. Hükümet tasarısı metni eski kanun yazma tekniği gereği "*sigorta öyle bir sözleşmedir ki*" şeklinde başlarken, komisyon tanımı günümüz Türkçesine daha uygun ve akıcı bir cümle düzeniyle kaleme alınmıştır. Bu nedenle 1401. madde açısından anlamlarında içerik ola-

* Av., Ankara Barosu.

rak fark olmayan bu iki metinden Adalet Komisyonu tarafından teklif edilen metin incelememize konu olacaktır. Bu tanımdan 6762 sayılı TTK'daki tanımın günümüz Türkçesine uyarlanmasının yapıldığı anlaşılmaktadır.

Buna göre “sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir”.

Sigorta sözleşmeleri birçok alanda etkili sözleşmeler olduklarından kanunlarda tarif edilmesinin doğru olmadığını savunan görüşler vardır.¹ Ancak tanımı başarılı bulan görüşler de mevcuttur².

Mer’i TTK ve tasarıda sigorta sözleşmesini tanımı yapılırken akit ve sözleşme terimlerinin kullanılması isabetlidir. Böylece sigorta sözleşmesinin iki taraflı sözleşmeler olduğuna vurgu yapılmış olur. Bu haliyle sigorta sözleşmesi taraflar arasında devamlı bir borç ilişkisi yaratmaktadır. Sigorta sözleşmesi süresince riziko ile prim arasında denge kurulması prensibi de devamlı borç ilişkisi doğuran bir sözleşmesi olduğunu teyit etmektedir.³

Fransız doktrinin tesiri ile, sigortacının edimini rizikonun gerçekleşmesine bağlı olduğunu kabul eden görüşler geçerliliğini yitirmiştir. Çünkü sigortacı için riskin gerçekleşip gerçekleşmemesi değil ne oranda gerçekleştiği önemlidir. Bunun bir sonucu olarak sigortacı sadece rizikonun gerçekleşmesi halinde para ödeme borcuna değil, aynı zamanda rizikoyu taşıma yükümlülüğünü de üzerine almaktadır.⁴

Sigorta sözleşmesi 18-19. yüzyıllarda kabul edilenin aksine şansa bağlı bir akit değildir ve sigortacının sorumluluğu rizikonun gerçekleşmesiyle değil, sözleşmeyi yapılmasıyla birlikte başlar.⁵ Bozer’e göre; “sigorta sözleşmesiyle birlikte sigortacının sigorta tazminatını ödeme borcu doğmuştur ancak borcun ödenmesi kanunu şartın (rizikonun) gerçekleşmesine bağlanmıştır”. Kender, bu görüşe Borçlar hukukuna göre

¹ Kender, R., *Türkiye 'de Hususi Sigorta Hukuku*, 9.b. İstanbul 2008. s. 141, 142.

² Bozer, A., *Sigorta Hukuku Genel Hükümler-Bazı Sigorta Türleri*, 2.b. Ankara 2007 s. 26.

³ Kender, s. 142.

⁴ Kender, s. 143, 144.

⁵ Kender, s. 143.

doğmuş bir borcun şarta bağlanamayacağı gerekçesiyle karşı çıkmakta, sigorta sözleşmesinin şarta bağlı bir borç doğurmadığı görüşünü benimsemektedir.⁶

Bir kimsenin sigorta sözleşmesi yapma mecburiyetinin olması sigortanın sözleşme olma özelliğini ortadan kaldırmaz.⁷ Çünkü zorunlu da olsa sigorta ettiren, iradilik ilkesi gereğince aynı kolda faaliyet gösteren birçok sigortacıdan dilediğiyle sigorta sözleşmesi yapabilecektir.

Tanım yapma tercihinin bir sonucu olarak gerek mer'î TTK da gerekse TTK Tasarısı'nda yapılan sigorta sözleşmesi tanımı, pasif sigortalı yönünden eksiktir. Parayla ölçülebilen menfaat kavramı, ileride ortaya çıkacak bir pasifi kapsamayacaktır.⁸

b. Tabi Olduğu Hükümler

6762 sayılı TTK'nın 1264. maddesi uyarınca sigorta sözleşmeleri hakkında TTK'nın 5. kitabının hükümleri uygulanacaktır. Hüküm bulunmadığı hallerde ise Borçları Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Tasarı'nın 1451. madde de; *"bu kanunda hüküm olmayan hallerde sigorta sözleşmelerine Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır"* şeklindeki düzenlemeyle aynı anlayış sürdürülmüştür.

6762 sayılı TTK'nın 1264. maddesinde emredici hükümlerin listesinin yapılması yoluna gidilmiştir. Ancak TTK Tasarısı'nda emredici hükümlerin sayısının azaltılması amacıyla hareket eden kanun komisyonu böyle bir listeleme yolunu tercih etmemiş, 1264. maddenin emrediciliğini sigorta kitabındaki üç bölüme ayrı ayrı yayılması söz konusu olmuştur.

c. Sigorta Sözleşmelerinin Özelliklerinin Sözleşme Hukuk Açısından Değerlendirmesi

Sigorta sözleşmeleri;

- Rızai sözleşmelerdir.
- Karşılıklı taahhütleri içeren iki taraflı bir sözleşmedir.

⁶ Kender s. 145, 146.

⁷ Kender s. 146.

⁸ Kender s. 145.

- Taraflar arasında sürekli nitelikli bir borç ilişkisi kurarlar.
- Geçerliliğini sürdürmesi, tarafların azami iyi niyetini gerektirir.
- Sözleşmenin yapılmasından irade serbestisi ilkesi geçerlidir.
- Baht ve tesadüfe bağlı sözleşmelerdendir.
- Taliki şarta bağlı akitlerden değildir.⁹

Sigorta sözleşmesinin karşılıklı taahhütleri içermesi (BK m. 81, 82, 106), bir sözleşmeyi yapıp yapmama, dilediği özellikte yapma ve dilediği kişiyle yapma gibi irade serbestisine tabi olması, baht ve tesadüfe bağlı olması (BK m. 504-506) Borçlar Kanunu'nun sözleşme hukukuna dair hükümlerine tabi olması sonucunu doğurmaktadır.

Sözleşme serbestisi genel olarak bir sözleşmeyi yapıp yapmama, istenilen tip ve içerikte yapma, karşı tarafı seçme kurulmuş bir sözleşmeyi ortadan kaldırma ve değiştirme yetkisi verir.¹⁰ Sigorta hukukunda esas olarak sözleşme serbestisi ilkesi benimsenmiş olmasına rağmen bu serbesti Borçlar hukukundaki sözleşme serbestisiyle farklar arz eder. Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerin çoğun yedek hükümler olması amir hüküm sayısını azaltmıştır. Yani BK 19 ve 20. maddelerine aykırı olmayan sözleşmeler geçerli olacaktır. Ancak sigorta hukukundaki yedek hüküm sayısı daha azdır.¹¹

Tasarı'nın gerekçesinden 6762 sayılı TTK'daki emredici düzenleme sayısının çokluğunun sözleşme serbestisini kısıtlaması ve sigorta sektörünün gelişmesine engel olduğu bu nedenle sözleşme serbestisinin sınırlarını genişletecek şekilde emredici düzenleme sayısının azaltıldığı ifade edilmektedir. Böyle bir tercihin sigorta şirketlerini memnun edeceği açıktır.

d. Sigorta Sözleşmesinin Unsurları

TTK Tasarısı ve 6762 sayılı TTK'yı incelendiğinde sigorta sözleşmesinin unsurlarının; sigortacı, sigorta ettiren, sigorta menfaati, riziko (tehlike), sigorta bedeli ve prim olduğu anlaşılmaktadır.¹² Bu zorunlu

⁹ Can, M., *Türk Özel Sigorta Hukuku*, 2. b. Ankara 2007. s. 257 vd.

¹⁰ Eren, F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. b. İstanbul 2008 s. 19.

¹¹ Bozer, s. 47.

¹² Bozer, s. 32.

unsurlardan, sigorta menfaati, riziko ve prim ile ilgili değerlendirmeler ilerleyen bölümlerde yapılacaktır.

2. KARŞILIKLI SİGORTA

Mevcut Kanun'dan farklı olarak tasarıda karşılıklı sigortanın tanımı sigorta sözleşmesinin tanımının yapıldığı maddeden ayrılarak 1402 maddede ayrıca düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Buna göre tasarıda karşılıklı sigorta birden çok kişinin birleşerek, içlerinden herhangi birinin, belli bir rizikonun gerçekleşmesi durumunda doğacak zararlarını tazmin etmeyi borçlanmaları şeklinde düzenlenmiştir. Karşılıklı sigortanın bu düzenleniş biçimi mevcut TTK'nın 1263. maddesinin III. fıkrasındaki tanımla tamamen paralel olmakla birlikte tasarıda mevcut kanundan farklı olarak karşılıklı sigorta faaliyetinin ancak kooperatif şirket şeklinde yürütülebileceği hüküm altına alınmıştır. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 3/III. maddesinde sigorta şirketlerinin karşılıklı sigorta yapması zorunlu kılınmıştır.

3. REASÜRANS (TEKRAR SİGORTA)

TTK Tasarısı'nın Reasürans yani tekrar sigortayı düzenleyen 1403. maddesinde hükümet ve Adalet Komisyonu teklifleri arasında fark bulunmamaktadır. Buna göre sigortacı, sigorta ettiği menfaati, dilediği şartlarla, tekrar sigorta ettirebilecektir. Reasürans, sigortacının, sigorta ettirene karşı borç ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacaktır. Çünkü reasüransın amacı sigorta ettirenin değil, sigortacının başka bir sigortacı tarafından sigorta edilmesi ve sigorta riskinin dağıtılmasıdır. Burada korunan menfaat sigorta şirketini menfaati olduğundan ve sigortalanan şirketi ile tekrar sigorta yapan şirket arasında hüküm ve sonuç doğuran bir sözleşme olduğundan bu sözleşme tekrar sigorta yapana karşı, doğrudan dava açmak ve istemde bulunma haklarını vermeyecektir. Mevcut TTK da reasürans 1276. maddede düzenleme bulmuştur. Her iki düzenleme birbiriyle çok paralel olmakla birlikte mevcut TTK'nın 1276. maddesindeki "*sigorta ettiren kimse dahi sigorta primini sigorta ettirebilir*" kısmı tasarıya göre farklı olan düzenlemeyi oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle TTK tasarısında sigorta ettirenin sigorta primini sigorta ettirmesi reasürans tanımından çıkarılmıştır.

Sigortacılık Kanunu'nun 3/I maddesi uyarınca; Türkiye'de faali-

yet gösterecek sigorta şirketleri ile *reasürans şirketlerinin* anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulmuş olması şarttır.

4. GEÇERLİ OLMAYAN SİGORTA

Tasarı'nın 1404. maddesinde kaleme alınan geçerli olmayan sigorta ile ilgili hükümet ve komisyon tasarısı arasında, hükümet tasarısında geçen güvence kelimesinin, teminat olarak düzeltilmesi dışında bir fark bulunmamaktadır. Daha doğru kalem alındığını düşündüğümüz komisyon metnine göre; sigorta ettirenin veya sigortalının:

- kanunun emredici hükümlerine,
- ahlâka,
- kamu düzenine,
- kişilik haklarına aykırı

bir fiilinden doğabilecek bir zararını güvence altına almak amacıyla sigorta yapılamayacaktır. Mevcut TTK'nın 1277. maddesine karşılık gelen 1404 üncü madde düzenlemesinin bu kaleme alınışı itibariyle geçerli olmayan sigortayı daha kapsamlı bir şekilde düzenleyeceği göze çarpmaktadır. Zira mer'i TTK, geçerli olmayan sigortayı, sigortadan faydalanan veya sigorta ettiren kimsenin;

- kanunla yasak edilmiş
- ahlaka (Adaba) aykırı olan

fiilinden doğabilecek bir zarara karşı sigorta yapılamayacağı şeklinde düzenlemiştir. Her iki maddenin yukarıda sıralanan unsurlarından tasarı metnine, kanuna aykırılık açısından "*emredici kurallara aykırılı olmamak*" şeklinde düzenlendiği, ek olarak maddeye, kamu düzenine aykırı olmama ve kişilik haklarına aykırı olmama konusunda sınırlamaların da getirilerek madde kapsamının genişletildiği anlaşılmaktadır. Böylece TTK 1404. maddesinin Borçlar Kanunu'nun sözleşme serbestisinin sınırlarını çizen 19. madde hükmüyle tamamen uyumlu hale getirilmek istendiği anlaşılmaktadır. Ancak Tasarı gerekçesinde, geçerli olmayan sigortanın Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine koştur olarak hükme bağlandığı, Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine rağmen böyle bir düzenlemenin öngörülmesinin sebebinin Borçlar Kanunu hükmünün bazı noktalarda yetersiz kalabileceği endişesi olduğu ve özel bir hükmün ihtiyaca daha iyi cevap verebileceğinin düşünüldüğü ifade edilmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM: SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

Sigorta sözleşmesi sigortacı ve sigorta ettirene bazı yükümlülükler yüklemektedir. Bunlardan sigorta ettirenin ilk yükümlülüğü prim ödeme borcudur. Bu borcun ifa edilmemesi sigortacıya talep de dava hakkı verecektir. Sigorta ettirenin bir diğer borcu ise kanun ve sigorta sözleşmesinin kendisine yüklediği bazı ihbar ve davranış yükümlülükleridir. Bu borcun yerine getirilmemesi sigortacıya dava hakkı vermez ancak ihlali halinde sigorta ettirenin bazı haklarının ortadan kalmasına neden olur.¹³

Sigorta ettirene bahsedilen iki yükümlülüğü yükleyen sigorta sözleşmesi, sigortacıya da rizikoyu taşıma borcu yükler. Rizikoyu taşıma borcu sigortacının ana edimini teşkil eder. Rizikoyu taşıma borcu rizikonun gerçekleşmesinden önce ve sonra devam eder. Riziko gerçekleşmeden önce statik bu borç, rizikonun gerçekleşmesiyle birlikte dinamik hale gelir.¹⁴

1. SÖZLEŞMENİN YAPILMASI SIRASINDA SUSMA

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 1405. maddesinde mevcut TTK'da düzenlenmemiş olan sigorta sözleşmesinin kurulmasının sırasındaki susmanın sonuçları düzenlenmek istenmiştir. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesinin ikinci bendinde; hayat sigortalarına ilişkin sözleşmelerin yapılmasına dair teklifnamenin, sigorta şirketine ulaştığı tarihten itibaren otuz gün içinde sigorta şirketi tarafından reddedilmemesi halinde sigorta sözleşmesi yapılmış olacağı düzenlenmiştir. Ancak TTK Tasarısı Sigortacılık Kanunu'nun hayat sigortaları açısından öngördüğü susmanın sonuçlarını, 1405. maddedeki kaleme alınış şekliyle tüm sigorta türlerine yansıtmayı amaçlamaktadır. Buna göre; TTK Tasarısı ile sigortacı ile sigorta sözleşmesi yapmak isteyen kişinin, sözleşmenin yapılması için verdiği teklifname tarihinden itibaren otuz gün içinde reddedilmemesi, tüm sigorta türleri için sigorta sözleşmesinin kurulmuş sayılması sonucunu doğuracaktır.

¹³ Kender, s. 189.

¹⁴ Kender s. 255.

Ayrıca teklifnamenin verilmesi sırasında yapılmış ödemelerin, sözleşmenin yapılmasından sonra prim olarak kabul edilmesi veya ilk prime sayılması, bu ödemelerin, sigorta sözleşmesinin yapılmaması halinde, kesinti yapılmadan, faiziyle birlikte geri verileceği de tasarıda kaleme alınmıştır.

1405. maddenin üçüncü bendi ile atıfta bulunulan 1483. maddeye göre ise sigortacılar, faaliyet gösterdikleri dalların kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınamayacaklardır. Bilindiği gibi, kural olarak, susma bir irade beyanı değildir ve icaba karşı susan muhatap icabı kabul etmiş sayılmaz.¹⁵ Ancak Tasarı'nın 1405. maddesiyle borçlar hukukunun bu genel ilkesinin bir istisnasını daha kabul eden ve buna sonuçlar bağlayan bir düzenleme söz konusudur.

2. TEMSİL

a. Temsilen Sigorta ve Yetkisizliğin Sonuçları

6762 sayılı TTK'nın 1270. maddesinde düzenlenen başkası namına sigorta diğer ifadesiyle temsilen sigorta, TTK Tasarısı'nın 1406. maddesinde kaleme alınmıştır. Buna göre; bir kişi, diğer bir kişinin adına onu temsilen sigorta sözleşmesini yapabilir. Yine aynı maddede mevcut durumda olduğu gibi temsilci yetkisiz ise, "*ilk sigorta döneminin*" primlerinden sorumlu olacağı belirtilmiştir. Tasarı'nın mer'i 1270. madde düzenlemesinden ilk farkı yetkisiz temsilcinin sadece "*ilk sigorta döneminin*" primlerinden sorumlu olması konusunda karşımıza çıkmaktadır.

Yine Tasarı'dan adına sigorta sözleşmesi yapılan kişinin, rizikonun gerçekleşmesinden önce veya 1458. madde hükmü saklı kalmak üzere, riziko gerçekleşince de, sözleşmeyi sonradan icazet verebileceği anlaşılmaktadır. 1270. maddenin ikinci fıkrasıyla paralel olan bu düzenlemede istisna olarak atıf yapılan tasarının "*Geçmişe Etkili Sigorta*" başlıklı 1458. maddesi, yine, mer'i 1270. maddede atıf yapılan "*Mukavelelerin yapıldığı sırada*" başlıklı 1279. madde ile aynı doğrultuda ifadeler içermektedir.

6762 sayılı TTK'nın 1270. maddenin üçüncü fıkrasında, başkası nam ve hesabına yapıldığı, sigorta sözleşmesi şartlarından anlaşılmayan sigorta sözleşmesinin, sözleşmeyi akdedenin nam ve hesabına ya-

¹⁵ Oğuzman, K., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1995 s. 58 vd.; Ayrıca bkz. Eren, s. 125 vd.

pılmış olacağı düzenlenirken, aynı doğrultudaki tasarıda bu hükümden farklı olarak, sözleşmenin yetkisiz temsilcinin nam ve hesabına yapılmış sayılabilmesi için sözleşmede “*menfaati olması*” şartı getirilmiştir. Tasarı'nın bu haliyle yasalaşması halinde, yetkisiz yapılan sigorta sözleşmesinde menfaati olmayan sigorta ettiren, eğer o sözleşmeden menfaati yoksa yetkisiz yaptığı sözleşme kendisi adına yapılmış sayılmayacaktır. Bu halde bahis konusu tarafın yetkisiz ve menfaat yokluğunda imzaladığı sözleşmeden kaynaklanan “*ilk sigorta dönemine*” ilişkin sigorta priminden sorumlu tutulup tutulmayacağı gibi açıklığa kavuşturulması gereken bir sorun ortaya çıkacaktır. Kanımızca maddenin düzenlenişinden menfaati olmayan yetkisiz sigorta ettirenin, primden de sorumlu olmayacağı sonucu çıkarılabilir. Sigorta sözleşmesinde menfaatin bulunmaması halinde sözleşmenin geçersizliğini düzenleyen Tasarı'nın 1408. maddesinin yetkisiz taraf için de uygulanabileceği düşünülürse, bu halde yetkisiz akitin menfaati olmadığı halde yaptığı ya da icazet verilmemesi nedeniyle menfaatin ortadan kalktığı durumda böyle bir sigorta sözleşmesinin geçersiz olacağı sonucuna varılabilecektir. Ancak bu durum sözleşmeye aykırılık, kasıt ve iyi niyete ilişkin genel hükümlere göre temsilcinin sorumluluğuna gidilmesinin önünü kapatmamaktadır.

b. Talimatı Bulunmayan Temsilci

TTK Tasarısı'nın 1407. maddesi temsilciye, sigorta ettiren tarafından, sigorta şartlarıyla ilgili herhangi bir talimat verilmemişse, sigorta sözleşmesinin, sözleşmenin yapıldığı yerdeki mutad şartlara göre kurulacağını belirtmektedir.

Bu düzenleme şekliyle maddenin mer'i karşılığı olan 1271. maddedeki temsilcinin akdettiği sözleşmenin müvekkil tarafından kabul edilmesi halini düzenleyen ilk cümlesindeki, temsilcinin vekaletе uygun hareket edilmiş sayılacağına ilişkin olarak yapılan tespitten vazgeçildiği anlaşılmaktadır.

3. SİGORTA MENFAATI

Sigorta hukukumuzda sigorta sözleşmesine konu olabilecek menfaatin para ile ölçülebilir olması esası benimsenmiştir.¹⁶ Mer'i TTK'nın

¹⁶ Bozer, s, 33., Can, s. 28.

1269. maddesi sigorta edilen menfaat ve menfaat sahibini açık bir şekilde düzenlemiştir. Ancak Tasarı'da sigorta kitabının girişinde bulunmayı umduğumuz menfaat ve menfaat sahibi tanımının genel bir tanım olarak değil sigorta türlerine göre tek tek yapılması söz konusudur. 1453. maddede düzenlenen mal sigortalarında, 1490. maddede düzenlenen hayat sigortalarında, 1515. maddede düzenlenen hastalık sigortalarında menfaat ve menfaat sahibinin tanımı ayrı ayrı yapılmıştır. Buna karşılık Tasarı'nın "sigorta menfaatinin yokluğu" başlıklı 1408. maddesinde, sigorta sözleşmesinin yapılması anında, sigortalanan menfaat mevcut değilse, sigorta sözleşmesinin geçersiz olacağını kaleme alınmasıyla yetinilmiştir. Yine sözleşmenin yapıldığı anda var olan menfaatin, sözleşmenin süresi içinde ortadan kalkması halinde, sözleşmenin o anda geçersiz olacağı, Tasarı'nın 1470. maddesine gönderme yapılarak menfaat sahibinin değişmesi halinde aksine sözleşme yoksa sözleşmenin sona ereceği ifade edilmiştir.

Tasarı gerekçesinin 212. paragrafında mer'i TTK'da sigortaya ilişkin hükümlerin pek çoğunun kanunen emredici sayılmalarının sigortacılığın gereksinimlerine uygun çözümleri ve özellikle sözleşme hukukunun gelişmesini önlediği, diğer taraftan emredici hükme aykırı uygulamaya sebep olduğu bu noktada karşılaşılan sorunların uygulamada sigorta genel şartları veya sigortacılıkla ilgili diğer mevzuatlarla giderilmeye çalışıldığı, doğal olarak, bunların yeterli olmadığını, *tasarıda emredici hükümlere ancak korunmaya değer bir menfaat varsa yer verildiği ifade edilmiştir.*

4. SİGORTANIN KAPSAMI

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile birlikte, yürürlükte olan TTK'nın benimsediği *umumilik esasından vazgeçildiği anlaşılmaktadır.* Mer'i TTK 1281 maddesi ile sigortacının, harp ve isyan dışındaki sebeplerle mallar hakkında gerçekleşen rizikolar için sigortacının bütün hasarlardan sorumlu olacağını düzenlemektedir. Dikkat edilirse bu hüküm aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince poliçede istisna kabul edilmeyen hasarların harp ve isyan dışında tamamının sigortacının sorumluluğunda olacağını, ayrıca ve açıkça istisna edilmedikçe sigortacının her türlü hasarı ödemekle mükellef olacağı anlaşılmakta, 6762 sayılı Kanun bu yapısı itibarıyla sigortalı lehine bir durum doğurmaktadır. Bununla birlikte TTK Tasarısı'nın 1409. maddesi tam tersi denebilecek bir sis-

tem benimsemiştir. Tasarı'nın 1409. maddesine göre sigortacı, sadece "sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesinden" doğan zarardan veya bedelden sorumlu olacaktır. Umumilik esasındaki kanundan kaynaklanan kapsam ve istisna, Tasarı ile birlikte tamamen sözleşme şartlarıyla düzenlenir hale gelmektedir. Böylece sigortacı mer'i kanunun poliçede istisna kabul edilmedikçe sorumlu olduğu hasarlardan değil, tam tersine sadece poliçede yazılı hasarlardan sorumlu olacaktır. Sigortacının poliçede yazılmayan bir hasarın gerçekleşmesi halinde bunu ödemesi söz konusu olmayacaktır.

Ayrıca TTK Tasarısı'nın 1409. maddesiyle sigorta hukukunda umumilik konusunda çelişen iki hüküm yürürlükte olacaktır. Çünkü Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesinin 4. fıkrası da umumilik esasını benimseyen bir şekilde; sigorta sözleşmelerinde kapsam dahiline alınmış olan riskler dışında, kapsam dışı bırakılmış risklerin de açıkça belirleneceği, belirtilmemiş olan risklerin teminat kapsamında sayılacağı düzenlenmektedir. TTK Tasarısı'nın mevcut haliyle yasalaşması ve Sigortacılık Kanunu'nda herhangi bir değişiklik yapılmaması halinde hangi hükmün uygulanacağı, hangi hükmün özel hangisinin genel hüküm sayılacağı oldukça tartışma konusu olacak ve sorunun yargı kararları ile açıklığa kavuşması umulacaktır. Bu konuda oluşacak içtihat ile aynı zamanda umumilik ilkesinin varlığını sürdürüp sürdürmeyeceği, sigorta sözleşmesinde sigortacının mı yoksa sigorta ettirenin mi menfaatinin daha çok gözetileceği gibi sorulara da açıklık getirecektir.

Tasarı'da 6762 sayılı TTK daki hükme paralel bir şekilde sözleşmede öngörülen rizikolardan herhangi birinin veya bazılarının sigorta kapsamı dışında kaldığını ispat yükü, sigortacıya bırakılmıştır.

Bu durum sigorta ettirenlerin aleyhine, Kara Avrupası sisteminin uzaklaşıp, sözleşme serbestisinin sınırlarının alabildiğine geniş tutulduğu Anglo-Sakson sisteminden esinlenilmiş olmasından kaynaklanmıştır. Tasarı'nın gerekçesinde tercihteki farklılaşmanın sebebi olarak iki unsur göze çarpmaktadır:

- TTK'nun sigorta kitabının daha sonra tekrar düzenlenmesi beklentisiyle yetersiz düzenlenmiş olması ve söz konusu hükümlerin pek çoğunun emredici hükümlerle düzenlenmiş bulunmaları, sigorta alanında ağırlığı olan sözleşme hukukunun gelişmesini engellediğinin da Türkiye'de sigorta endüstrisini olumsuz yönde etkilediğidir. Bu nedenle sigortacının hareket alanını daraltan 1281. maddedeki em-

redici düzenlemeden vazgeçildiği anlaşılmaktadır.

- Tasarı çalışmalarında iki ana yabancı kaymak olarak Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu ve Anglo-Sakson hukuku gösterilmektedir. Bu düzenlemelerden Alman düzenlemesinin tutucu, Anglo-Sakson sisteminin ise liberal bazı yönlerinden yararlanıldığı ifade edilmektedir. Tasarı'da özellikle sözleşme hukukunun gelişime açık olması düşüncesiyle, İngiliz hukukunun liberal yaklaşımının tercih edildiği vurgulanmaktadır. Bununla birlikte Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun menfaatler dengesini gözeten bazı düzenlemelerinin de benimsendiği ifade edilmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere TTK Tasarısı ile sigorta sözleşmesi ve bunun kurulması konusunda "gelişme" yaşanması umuduyla liberal yaklaşımı benimsemekte ve bu nedenle sigortalı lehine olan umumilik esnasından vazgeçilmektedir.

5. SİGORTA SÜRESİ VE DÖNEMİ

Sigorta süresi, sigorta sözleşmesi sona erinceye kadar devam eder. Doktrinde sigorta süresi şekli, maddi ve teknik sigorta süreleri olarak ayrılmaktadır.¹⁷ TTK Tasarısı'nın 1410. maddesi sigorta sözleşmesinin süresinin sözleşmede kararlaştırılmaması halinde bu süreni tespitinde uygulanacak ölçütleri düzenlemektedir.

Bu maddenin mer'î TTK'daki karşılığı olan 1282. maddede de paralel nitelikte bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre süre, sigorta sözleşmeyle kararlaştırılmamış ise, bu sürenin tespitinde öncelikle taraf iradeleri, yerel teamül ile hâl ve şartlar göz önünde bulundurulurak, mahkemece belirlenecektir.

Mer'î TTK'nın 1282. maddesinde tasarının 1410. maddesindeki bu hüküm yanında süre başlığı altında sigortacının hangi tarihten itibaren gerçekleşen rizikolardan sorumlu olacağı düzenlenmektedir. 1282. maddeye göre aksi kararlaştırılmış olmadıkça sigortacı, primin öndiği tarihten itibaren gerçekleşen rizikolardan sorumludur. Ancak TTK Tasarısı'ndaki hangi tarihten itibaren gerçekleşecek rizikonun teminat altına alınmış olacağını düzenleyen madde ayrıca kaleme alınarak tarafların borç ve yükümlülükleri başlığı altındaki 1421. mad-

¹⁷ Kender, s. 187, 188

dede düzenlenmiştir. 1421. madde 1282. maddeye ek olarak sigortacının sorumluluğunun, primin taksitlerle ödeneceği de dikkate alınarak sorumluluğun “*primin veya ilk taksitin ödenmesiyle başlayacağı*”, kara ve denizde eşya taşımaya ilişkin sigorta sözleşmelerinde ise sigortacının sorumluluğunun sözleşmenin kurulmasıyla başlayacağı belirtilmiştir (m. 1295/2 buraya alınmış).

TTK Tasarısı'nın 1411. maddesi bütün sigorta sözleşmeleri açısından geçerli olacak “*sigorta dönemi*” kavramı getirmektedir. Sigorta dönemi sigorta sözleşmelerinin aksi karlaştırılmamışsa sigorta primlerinin hesaplandığı ve sözleşmenin devam ettiği süreyi ifade edecektir. Uygulamada da birçok sigorta sözleşmesi bir yıllık dönemlerde yapılmaktadır. 1411. madde daha kısa dönemlerde prim karşılaştırılmamışsa sigorta döneminin bir yıl olacağını düzenlemekle *aslında sigorta döneminin uzunluğunu da bir yıla sınırlamaktadır*. Çünkü maddenin lafzından sigorta döneminin daha priminin daha uzun ya da kısa dönemde hesaplanması hali değil, daha kısa dönemde hesaplanmamışsa bir yıllık dönemlerde yapılabileceği kaleme alınmıştır.

6. SİGORTA ETTİREN DIŞINDAKİ KİŞİLERİN BİLGİ VE DAVRANIŞLARI

TTK Tasarısı'nın 1412. maddesi, TTK'da sigorta ettirenin bilgisine ve davranışına hukuki sonuç bağlanan durumlarda, sigortadan haberi olması şartı ile;

- sigortalının,
- temsilci söz konusu ise temsilcinin,
- can sigortalarında da lehtarın

bilgisi ve davranışı da dikkate alınır. Bu durum özellikle rizikonun meydana gelmesindeki kasıt, kusur, sigortalanan menfaatin durumundaki değişiklikler ve ihbar ve prim ödeme mükellefiyeti açısından neticeler yaratacaktır. Bu hüküm sigorta ettiren açısından son derece tehlikeli ve mer'î TTK'da karşılığı olmayan bir hükümdür. Örneğin temsilcinin hasarı artıracak bir hali bilmesinden nereye kadar sorumlu olunacaktır? Ayrıca maddeye ilişkin tasarı gerekçesi tatmin edici değildir.

Borçlar hukukunun genel ilkelerinden birisi de nispilik ilkesidir.

Sözleşmenin tarafları haklarını sadece akit taraflara karşı ileri sürebileceklerdir. Üçüncü kişiler sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkisiyle ilke olarak borç altına girmedikleri, bir hak kazanmadıkları için bu hakkın onlara karşı ileri sürülmesi söz konusu olamayacaktır.¹⁸ Kanımızca Tasarı'nın 1412. maddesi ile nispiyet ilkesine yeni bir istisna getirilerek sigorta ettirenin bilgisine ve davranışına sonuç bağlanan durumlarda üçüncü şahısların da davranışlarının sorumluluk doğuracağı düzenlenmiş olacaktır.

7. FESİH VE CAYMA

a. Genel Olarak

6762 sayılı TTK'da fesih ve caymaya ilişkin hükümlerin oldukça dağınık bir şekilde düzenlendiği göze çarpmaktadır. Bu hükümler özetle şöyledir:

- **TTK 1290. maddesi:** Sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinin yapılması sırasında, sözleşmesinin daha ağır şartlarda yapılmasını gerektirecek halleri bildiği halde sigortacıya bildirmemesini, susmasını ya da eksik veya yanlış bildirmemesini, sigortacının sözleşmeden *cayma nedeni olarak* düzenlemektedir.

- **TTK 1291. maddesi:** Sigorta ettirenin sigortalı malın yerini ve halini sigortacının muvafakatı olmaksızın değiştirerek sigortacının o malı sigortalamayacağı ya da daha ağır şartlarda sigortalayacağı hale getirirse bu hal sigortacının sigorta sözleşmesini *feshetme nedeni olarak* düzenlenmektedir. Durumun bildirilmesine rağmen 8 gün içinde feshedilmeyen ve primi tahsil etmeye devam etmek gibi duruma razı ettiğini gösteren hareketlerde bulunursa fesih hakkı düşecek ve sözleşme geçerliğini koruyacaktır.

- **TTK 1297. maddesi:** bir yıldan uzun süreli hayat sigortalarında primin ödenmemesi halini *fesih nedeni olarak* düzenlemiştir.

- **TTK 1315. maddesi:** sözleşmenin *feshedilmiş olmayacağı* bir hali,

- **TTK 1365 ve 1366. Maddeleri:** *Caymanın caiz olup olmayacağı* bazı halleri,

¹⁸ Eren, s. 21.

• **5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 10/III. maddesinde**, devredilen ve birleşen sigorta şirketleriyle sözleşme yapanlara sigorta sözleşmesini *3 ay içinde feshetme hakkı veren durum*, düzenlenmiştir.

Ancak TTK Tasarısı'nda, 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak fesih ve caymaya ilişkin bazı hükümlerin aynı başlık altında düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Ancak bu durum TTK Tasarısı'nda fesih ve cayma hükümlerinin aynı başlıkta toplandığı anlamına gelmemektedir.

• Tasarı'nın 1413, 1414, 1415, 1417, 1428, 1434, 1445, 1449, 1456, 1499, 1502, 1505. maddelerinde feshe ilişkin,

• 1413, 1415, 1430, 1434, 1438, 1439, 1440, 1441, 1442, 1456, 1489, 1497, 1498. maddelerinde de caymaya ilişkin,

düzenlemeler bulunmaktadır.

b. Olağanüstü Durumlarda Fesih

TTK Tasarısı'nın 1413. maddesi ile sigorta kitabına ilk defa konkordato terimi girmiş olmaktadır. 6762 sayılı TTK çeşitli hükümlerinde sigortacının aczini ve iflasını düzenlerken tasarıda bulara ek olarak bir "*olağanüstü fesih hali*" olarak tarafların konkordato ilan etmesi de düzenlenmiştir.

Buna göre sigortacının ve sigorta ettirenin konkordato ilân etmesi halinde, taraflar sigorta sözleşmesini bunu öğrendiklerinden itibaren bir ay içinde tek taraflı olarak feshedebilirler. Ayrıca sigortacının;

- ilgili sigorta dalına ilişkin ruhsatının iptâl edilmesi veya
- sözleşme yapma yetkisinin kaldırılması

gibi hâllerde; sigorta ettiren, bu olguları öğrendiği tarihten itibaren yine bir ay içinde sigorta sözleşmesini feshedebilir.

Sigorta ettirenin konkordato ilan etmesi halinde sigortacının bu nedenle fesih hakkının doğabilmesi için primlerin tamamının ödemiş olması gerekecektir. Zorunlu sigortalar ile prim ödemesinden muaf hâle gelmiş can sigortalarına bu hüküm uygulanmayacaktır.

c. “Sigorta Priminin Artırılması” Nedeniyle Fesih

6762 sayılı TTK'nın çeşitli maddelerindeki sigorta primi ile ilgili düzenlemeler şöyledir:

- 1283. ve 1298. maddelerde hangi hallerde primin indirileceği veya fazla tahsil edilen kısmın iade edileceği,

- 1288. maddede, kısmi sigortanın tam bedelli sigorta haline gelmesi için sigortacıya ödenmesi gereken “ek primden”,

- 1294. maddesinde, sigorta ettiren kimsenin, “primlerin en yüksek haddinin tayinine ait hususi hükümler mahfuz kalmak üzere”, mukavele ile kararlaştırılmış olan primi ödemekle yükümlü olacağından. Sigorta primi mukavelede gösterilmemişse “primin ilgili bakanlıkça tasdik edilmiş olan tarifeler gereğince” tayin olunacağından

- 1347. maddede primin ve sigorta bedelinin indirileceği hallerden,

- 1369. maddede ihbar külfetinin gereği gibi yerine getirilmesinde sigorta ettirene kusur atfedilememesi ve sigortacı açısından cayma hakkının caiz olmadığı halde, *artan sigorta değerini sigortalamak için daha fazla prim ödenmesi gerektiği hallerde primin artırılmasından,*

- 1454. maddede menfaat yokluğu ve aşkın sigorta nedeniyle *primin indirilmesinden,*

bahsedilmektedir.

Görüldüğü gibi 6762 sayılı TTK'da hangi hallerde primin indirileceği veya iade edileceğinin yanında bazı hallerde sigorta bedeli ve değerinin artması nedeniyle artırılacak primden ve ödenmesi gereken ek primden bahsedilmektedir. Buradan anlaşılacağı üzere sigorta primindeki artış ve indirim tamamen sigorta güvencesinin kapsamında meydana gelen değişikliklerle ilgili ve onlara bağlıdır. 6762 sayılı TTK'nın hiçbir maddesi sigortacıya bu haller dışında primi artırma yetkisi vermemektedir.

Ancak TTK Tasarısı'nın 1414. maddesi ile birlikte sigorta hukukumuza “ayarlılık şartı” kavramı girmektedir. Bu şart sigorta sözleşmesine konulabilecek bir şart olup, sigortacıya sigorta güvencesinin kapsamında herhangi bir değişiklik yapmadan sigorta primlerini tek taraflı olarak yükseltme yetkisi vermektedir. Sigortacıya böyle bir yetki-

nin tanınmasının amacı, değişen piyasa koşulları ve artan maliyetlerin prime anında yansıtılabilmesini sağlamak olmalıdır. Sigortacı ayarlama şartına dayanarak kendisi için ek bir risk ve maliyetin doğduğu her durumda prim artışına gidebilecektir.

Rekabetçi piyasa koşullarında müşteri kaybetme kaygısı taşıyacak olan sigorta şirketlerinin bu ayarlama şartına dayanarak prim artırımları, şartlar ve zorunluluklar gerektirmedikçe başvurulacak bir yol olarak görünmemektedir. Ancak mevcut Kanunun'daki *primin sabit olduğuna ilişkin sistemden* bu şekilde vazgeçilmiş bulunmaktadır. Böylece sigorta şirketleri ayarlama şartına güvenerek ucuz primle sigorta sözleşmesi yapmayı tercih edebilirler. Bu durum sigorta ettirenlerin, o sigorta kolundaki risklerin artması ve tüm sigorta şirketlerin prim ayarlamasına gitmesi halinde, ödeyeceği prim konusunda bir öngörü yapamaması sonucunu doğuracaktır. Tasarı'yla getirilen *ayarlana-bilir prim sistemi* tamamen sigorta şirketlerinin lehine ve onların hareket alanlarını artıran bir nitelik taşımaktadır. Düzenlemenin sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesini fesih hakkını düzenleyen bir başlık altında getirilmesi, onun sigorta ettirenin aleyhine olması özelliğini ortadan kaldırmamaktadır. *Tasarı gerekçesinde ayarlama şartına ilişkin yapılan tercih ile ilgili herhangi bir açıklamaya rastlanmamıştır.*

Tasarı'nın 1414. maddesiyle getirilen sigortacının ayarlama şartına dayalı tek taraflı olarak yapacağı prim artışına karşılık, sigorta ettirene; *artışa yönelik bildirimini aldıktan sonra bir ay içinde sigorta sözleşmesini feshetme hakkı tanınmıştır.* Böylece ayarlama şartının piyasa koşullarının denetimine tabi tutulması ve keyfi kullanımının önlenmesini sağlama yönelik bir adım atılmıştır. Ancak yine de fesih ve prim ayarlama şartının verdiği ayarlama hakkı, dengeli bir şekilde düzenlenmiştir. Sigorta ettiren sigorta sözleşmesiyle ödediği prim karşılığında hayatındaki rizikoların getireceği maddi kaygıları azaltmayı amaçlar. Ancak ayarlama şartı, sigorta ettirene ileride primin artabileceği kaygısını yaşatan olumsuz bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sigorta sözleşmeleri prensip olarak sona erinceye kadar değişmez devam ederler. Ancak bu prensibin bazı istisnaları vardır. Bunlar:

Sigorta sözleşmesinin:

- Anlaşmayla,
- Kanun gereğince,

- İdari işlem gereğince,
- Tek taraflı irade bildirimini ile

değiştirilmesi olarak sıralanabilir.¹⁹ Tasarı ile getirilen ayarlama şartı TTK'ya sözleşmenin tek taraflı irade bildirimini ile değiştirilebileceği yeni bir hal getirmektedir.

Doktrinde varlığını sürdüren ancak bir yandan anlamını yitirdiği bildirilen sabit primli, değişken primli sigorta ayırımının tasarının yasalaşması halinde daha da anlamlı hale geleceği anlaşılmaktadır.²⁰

d. Kısmi Fesih ve Cayma

TTK Tasarısı'nın 1415. maddesi kısmi fesih ve caymayı düzenlemektedir. Sigortacı akdettiği sigorta sözleşmesinin bazı hükümlerini haklı nedenlerle feshetmesi veya cayması mümkündür. Ancak bu fesih ve caymadan sonra sözleşmenin geri kalan hükümlerle ve aynı şartlarla yapılmayacağı durumdan anlaşılıyorsa, sigortacı sigorta sözleşmesinin tamamından cayabileceği gibi sözleşmenin tamamını da feshedebilecektir.

Tasarı'nın bu hükmü 6762 sayılı TTK'nın 1367. maddesiyle paralellik arz etmektedir. Ancak bazı farklar da söz konusudur. 1367. maddede sadece sigortacının sigorta sözleşmesinden caymasının haklı olabileceği şartların bulunması halinde, geri kalan sözleşme hükümleriyle sigorta sözleşmesi yapılmayacağı halin icabından anlaşılıyor olması halinde, sözleşmenin geri kalan hükümlerinden de cayabileceği düzenlemektedir. İşte TTK Tasarısı'nın 1415. maddesinde farklı olarak cayma ile birlikte aynı hallerin varlığında fesih ihtimalini de düzenlemektedir. Ayrıca yaptığı sigorta sözleşmesinin bir kısmı sigorta ettiren tarafında feshedilen veya cayılan sigorta ettirene de aynı sözleşmeyi feshetme ve cayma hakkı tanınmıştır. Böylece fesih ve caymayanın birlikte düzenlenmesi yolu tercih edilmiştir.

Ayrıca bu hükümle düzenlenen kısmi fesih ve caymaya ilişkin hükümlerin BK 20. maddesinde düzenlenen kısmi butlanla da aynı doğrultuda olması söz konusudur. BK m. 20/II'ye göre, sözleşmenin içer-

¹⁹ Kender, s. 186, 187.

²⁰ Bozer, s. 26; ayrıca bkz. Can, s. 24.

diği şartlardan bir kısmının geçersizliği sözleşmeyi iptal etmeyip yalnız ilgili sözleşme şartı geçersiz olacaktır. Fakat bu şartlar olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı kesin olduğu takdirde, sözleşme tamamıyla batıl kabul edilecektir.

8. TEBLİĞLER VE BİLDİRİMLER

Sigorta hukuku açısından yeni olan bir düzenleme de TTK Tasarısı'nın 1416. maddesiyle getirilen tebliğ ve bildirimlere ilişkin tasarının maddesidir. Sigorta hukuku açısından kendisine birçok hukuki sonuç bağlanan ihbar ve bildirimlerin ve sigorta sözleşmesine ilişkin yazışmaların muhatabına ulaştıktan sonra hüküm ifade etmesi söz konusudur. Bu nedenle son yıllarda bazı kanunlarda olduğu (İİK) gibi tebliğ ve bildirimlerin yapılacağı adres konusunun kanunlarda düzenlenmesi tercih edilmektedir. Bu tercihin sebebi, ortaya çıkan ihtilaflarda, ispat hukuku açısından yaşanan belirsizlikler ve kötüye kullanımların varlığı olabilir.

1416. maddedeki düzenlemeye göre; sigorta ettiren tarafından yapılacak tebliğler ve bildirimler:

- sigortacıya
- sözleşmenin yapılmasına aracılık eden acenteye; sigortacı tarafından yapılan tebliğler ve bildirimler ise,
- sigorta ettirenin
- sigortalının
- lehdarın

sigortacıya bildirilmiş son adreslerine yapılacaktır.

10. OLAĞANÜSTÜ DURUMLAR

a. Tarafların Aczi, Takibin Semeresiz Kalması

TTK Tasarısı'nın 1417 ve 1418. maddeleri ile “olağanüstü durumlar” başlığı altında tarafların aczi, takibin semeresiz kalması durumu ile sigortacının iflası düzenlenmektedir.

TTK Tasarısı'nın 1417. maddesine göre sigorta ettiren, aciz hâline düşen veya hakkında yapılan takip semeresiz kalan sigortacıdan, ta-

ahhüdünün yerine getirileceğine ilişkin teminat isteyebilecektir. Teminat isteminden itibaren bir hafta içinde sigortacı tarafından bir teminat verilmemiş ise sigorta ettiren sözleşmeyi feshedebilecektir. Tasarı'nın 1417. maddesinin, 6762 sayılı TTK'daki karşılığı olan 1302. maddede özü itibariyle benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak bazı farklılıklar söz konusudur.

Farklılıklardan ilki; 1417. madde ile sadece aciz halinin değil takibin semeresiz kalması halinin de düzenlendiği gözlenmektedir. Tarafardan birisinin acizi; akitlerden birisinin borcunu edadan aciz olması, yapılan haczin neticesiz kalması ve iflas gibi ihtimalleri kapsamaktadır. Ancak borçlu hakkında yapılan takibin semeresiz kalması bir anlamda İİK'nın 105. maddesinde, borçlunun haczi kabil malın bulunmamasına ilişkin tutanağın yine İİK'nın 143. maddesi uyarınca aciz vesikası sayılacağına ilişkin hüküm nedeniyle, "*acz haline düşen*" veya "*hakkındaki takip semeresiz kalan*" borçlu arasında bir ayırım yapmanın anlamını ortadan kaldırmaktadır. Çünkü aciz hali takibin semeresiz kalması halini de kapsamaktadır.

İkinci fark, sigorta ettirenin sigortacıdan taahhüdünü yerine getireceğine ilişkin teminat istemesinden sonra, kendisine sözleşmeyi fesih yetkisi veren sürededir. TTK Tasarısı'nın 1417. maddesinde *bir hafta* olarak düzenlenen süre 6762 sayılı Kanun'un 1302. maddesinde *üç gün* olarak düzenlenmiştir.

Üçüncü fark; Tasarı'nın 1417. maddesinde mer'i Kanun'un 1302. maddesinde olduğu gibi, acze düşme halini ve bu halde taraflardan birisinin sözleşmeyi fesih halini belirtmek için, BK 82. maddesine yolama yapmak yerine, acz halini madde içerisinde tanımlama yolunun tercih edilmesidir. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere tasarının 1417. maddesi ile getirilen acz tanımı muğlaktır. "*Veya*" ile ayrılarak kullanılan "*acz haline düşme*" ile "*takibin semeresiz kalması*" hallerinin ifade etmeyi amaçladığı anlamlar birbiriyle kesişmektedir. Bu nedenle BK 82. maddesinde ayrılarak yapılan tanımlamayı başarılı bulmak mümkün değildir. Tasarı'nın 1417. maddesinde de 1302. maddede olduğu gibi BK'ya atıf yapılması daha doğru bir tercih olurdu. Burada göze çarpan bir konu da ilk fıkrada sigortacı için düzenlenmeyen iflas halinin ikinci fıkrada sigorta ettiren için düzenlenmesidir. Böyle bir ayırma sigortacının iflasının Tasarı'nın 1418. maddesinde ayrıca düzenlenmiş olması neden olmuştur.

b. Sigortacının İflası

TTK Tasarısı'nda "Sigortacının iflası" 1418. maddede düzenlenmektedir. Bu maddeye göre sigortacının iflâsı sözleşmeyi sona erdiren bir sebep olarak sayılmıştır. Sigorta şirketinin iflas etmesinden önce, menfaat sahiplerine ödenmeyen tazminatlar, özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, önce 21.12.1959 tarihli ve 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu gereğince sigortacı tarafından ayrılması gereken teminatlardan, bunların yetmemesi halinde iflâs masasından karşılanacağı kaleme alınmıştır. Ancak Türk Ticaret Kanunu Tasarısı 2005 yılından bu yana yasalaşmayı beklediğinden, bu metinde adı geçen Sigorta Murakabe Kanunu, 14.06.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 45. maddesiyle yürürlükten kaldırılarak mülga olmuştur. TTK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu'nu (1/324) 27.09.2007 de vermesine rağmen Sigortacılık Kanunu'na ilişkin değişiklik gözden kaçmıştır. Bu nedenle meclise sevk edilen Tasarı'nın Genel Kurul'da görüşülmesi sırasında ilgili maddenin önergelerle değiştirilmesi gerekecektir.

Tasarı'nın 1418. maddesinin ikinci fıkrasında sigorta şirketinin iflası nedeniyle tazminat alacaklarına kavuşamayan hak sahiplerinin iflâs masasına İcra ve İflâs Kanunu'nun 206. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen üçüncü sıradan katılacağı kaleme alınmıştır. İİK'nın 206. maddesinde sözü edilen üçüncü sıra; "özel kanunlarda imtiyazlı olduğu belirtilen alacaklar" olarak, dördüncü sıradaki "imtiyazlı olmayan diğer tüm alacakların" üzerinde düzenlenmiştir.

6762 sayılı TTK'da iflas terimi sadece hayat sigortalarına ilişkin 1331. maddede geçmektedir. 1331. madde sigorta şirketinin iflası halinde, "talebe hakkı olan kişilere" ödenecek riyazi ihtiyatları ve bunun hesaplanış usulünü kapsamaktadır. Bu madde dışında sigortacının acizini düzenleyen 1302 ve 1457. maddelerde de iflas halini kapsamına alabilecek düzenlemeler bulunmaktadır. Açıklamalarımızdan anlaşılacağı gibi sadece hayat sigortaları için açıkça düzenlenmiş bulunan sigortacının iflası hali, sigorta sözleşmesinin hükümleri başlığı altında düzenlenerek tüm sigorta türleri için geçerli hale getirilmiş olacaktır.

11. ZAMANAŞIMI

TTK Tasarısı'nın 1420. maddesi bütün sigorta türleri için geçerli olan zamanaşımı sürelerini belirlemektedir. Buna göre sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın *muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yılda* ve sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemler *her hâlde* rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren *altı yıl geçmekle* zamanaşımına uğrayacaktır. Sigortacıya yöneltilecek tazminat istemlerinin sigorta konusu olaydan itibaren on yılda zamanaşımına uğrayacağını düzenleyen 1482. madde hükmü saklı tutulmuştur.

Tasarı'nın 1420. maddesine 6762 sayılı TTK'da karşılık gelen zamanaşımı süresi 1268. maddede öngörülmüştür. Maddeye göre sebpsiz yere ödenmiş bulunan primin veya sigorta bedelinin geri alınmasına ilişkin alacaklar da dahil olmak üzere sigorta sözleşmesinden doğan bütün taleplerin, iki yılda zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Maddeden anlaşılacağı üzere sigortacının sigorta bedelini ödeme borcu da iki yıllık zamanaşımına tabidir.²¹ Söz konusu zamanaşımı süresi sigorta sözleşmesi gereğince alınan vergi ve resimleri de kapsamaktadır.²² Bu hükmünde düzenlenen sürenin özel sözleşme şartlarıyla değiştirilmesi mümkün değildir.²³ Kanun koyucu zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı konusunu düzenlememiş olsa da bu konuda genel hükümler uygulanacaktır.²⁴ Buna göre zamanaşımı süresi BK'nın 128. maddesi uyarınca alacağın muaccel olduğu andan itibaren işlemeye başladığı kabul edilmektedir.

Tasarı'nın 1420. maddesi de bu konuya açıklık getirerek genel hükümlere başvurmayı gerekli kılmayacak şekilde zamanaşımı süresinin "*alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren başlayacağı*"nı açıkça düzenlemektedir. Böylece doktrindeki beklentileri de karşılayacak bir düzenleme getirilmektedir.²⁵

Halefiyet esası gereğince sigortacının dava ve talep hakları da sigortalının tabi olduğu sürelerle tabidir. Bu nedenle sigortacı halefi ol-

²¹ Kender, s. 290.

²² Bozer, s. 49.

²³ YHGK 03.11.1982, 1981/11, 1982/870, Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı, 05/2009.

²⁴ Can, *Sigorta Hukuku*, s. 311.

²⁵ Kender, s. 292.

duğu alacaklara ilişkin davalarda 2 yıllık zamanaşımına tabidir. İki yıllık zamanaşımı süresinin kısa olması ve sigortalının tabi olduğu muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlaması uygulamada sorunlara yol açabilecektir. Bu nedenle tasarının 1420. maddesiyle kademeli zamanaşımı süresi düzenlenmesi ve sürenin 6 yıla çıkarılması uygulamadaki sorunları giderecektir.

12. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISIYLA SİGORTA HUKUKU AÇISINDA GETİRİLEN DİĞER YENİLİKLER²⁶

a. Genel Olarak

Tasarı'nın gerekçesinin incelenmesinden Yeni Türk Ticaret Kanunu, AB'ye üye diğer ülkelerin, ticaret, şirketler, taşıma, deniz ticareti ve sigorta kanunlarında olduğu gibi, dinamik bir konuma geçecek ve eskisiyle kıyaslanamayacak sıklıkta değiştirilme olasılığına açık bir kanun haline gelmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Teknolojideki gelişmeler dikkate alınarak sözleşmelerin kurulmalarından başlayarak, belgelerin, teyit mektuplarının, ihtar ve ihbarların, her çeşit sigorta poliçesinin elektronik ortamda oluşturulması ve bu belgelerin bir kısmının elektronik ortamda saklanmaya başlanması; şeffaflığın bu yoldan en üst düzeyde sağlanabilmesi kanunun amaçları arasında sayılmıştır.

Gereğinden tasarının hazırlanması sırasında AT ve AB direktiflerinin dikkate alındığı, özellikle sigorta sektöründe sermayenin serbest dolaşımını sağlayan düzenlemelerin dikkate alındığı anlaşılmaktadır.

TTK Tasarısı Komisyonu ve Adalet Bakanlığı "*Türk Ticaret Kanunu*" komisyon ilk toplantısında hedefler arasında, *AB müktesebatının yeni Türk Ticaret Kanunu'nun ticarî işletme, şirketler, sermaye piyasası, taşıma, deniz ticareti ve sigorta hukuku kitaplarına tam olarak yansıtılması ve kanunun modern ticaret hukuku ile örtüşmesi, mevcut bilimsel birikimin korunması, yargı kararlarıyla sağlanan hukukî gelişimin sürdürülmesi* sayılmıştır.

Sigorta sözleşmesine ilişkin normlar sigorta endüstrisini güçlendi-

²⁶ TTK Tasarısı'nın sigorta kitabına ilişkin gerekçesinden derlenmiştir.

recek şekilde ele alınması amaçlanmış kara ve deniz rizikolarına karşı sigorta ayırımından doğan aykırılıklar ortadan kaldırılmış, sorumluluk sigortasına yer verilmesi ve mevcut birikimin de korunması amaçlanmıştır.

Sigorta hukuku kitabı köklü değişikliğe uğramıştır. Buna sebep olarak 6762 sayılı Kanun'un sigortaya ilişkin hükümlerin 1926-1929 tarihli eski Ticaret Kanunun'dan gelmiş olması bunların da uluslararası uygulama ve öğretinin gerisinde kalması olarak ifade edilmiştir.

Ayrıca, söz konusu hükümlerin pek çoğunun emredici hükümlerle düzenlenmiş bulunmaları, sigorta alanında ağırlığı olan sözleşme hukukunun gelişmesini engellediği bunun da Türkiye'de sigorta endüstrisini olumsuz yönde etkilediği ifade edilmiştir. Sorunların genel işlem şartları ile aşılması girişimleri ise pek başarılı olmamıştır. Tasarı'ya, AET'den yansıyan iki hüküm vardır. Bunlardan birincisi bir tüketici olarak sigortalıyı aydınlatma açıklaması, ikincisi ise tontinler kurulmasına olanak tanıyan hükmüdür.

b. Yenileme Çalışmalarının Kaynakları

1. Sigorta kitabının yenilenmesinde ana kaynak olarak Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'ndan yararlanılmıştır. Bu Kanun, köklü değişikliklerle modern bir kanun niteliğini kazandığı, ticaret hukukumuzda özellikle taşıma ve deniz hukukumuzda esin veren ve kaynaklık etmiş bulunan bir devletin hukuku olduğu için tercih edilmiştir. *Ancak Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu 2008 yılında tamamen yenilenmiş olup, tasarının ana kaynaklarından birisi şimdiden eskimiştir.*

2. Tasarı, sözleşme hukukunun gelişime açık olması temel düşüncesi bağlamında, İngiliz hukukunun liberal yaklaşımı ile Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun menfaatler dengesini gözeten bazı düzenlemelerini benimsemiştir.

3. Türk öğretisinde yapılan eleştiriler.

4. Sigorta murakabe mevzuatında yer alan bazı maddî hukuk kuralları. Yine Tasarı'nın Meclis Genel Kurulu'na sevki sırasında Sigorta Murakabe Kanunu, Sigortacılık Kanununun kabul edilmesiyle birlikte mülga olmuştur.

c. Sigorta Kitabındaki Değişikliklerin Hedefleri

1. Ülkemiz ihtiyaçlarına uygun, modern bir kanun hazırlamak,
2. 6762 sayılı Kanun'un uygulamada sorun yaratmamış ve sigortacılar tarafından benimsenmiş hüküm ve ilkelerini korumak;
3. Uygulamanın sorun ve gereksinimlerine cevap verebilecek ve zorlukları görülen sorunları giderebilecek nitelikte hükümler öngörmek olarak ifade edilmiştir.

ç. Sigorta Kitabının Sistematiği

Uygulamada sorunlara yol açan bir diğer unsur ise 6762 sayılı Kanun'un sistematiği olmuştur. Öncelikle, tüm sigortalar için ortak hüküm niteliğinde olması gereken genel hükümler Kanun'da dar kapsamlı ele alınmıştır. Buna karşılık primlerin ödenme yeri, şekli gibi genel nitelikli bazı konular ise sadece mal sigortaları açısından, üçüncü kişi lehine yapılmış sigortalarda, tazminat ile prim takası gibi yine genel nitelik taşıması gereken bazı hükümler ise sadece deniz rizikolarına karşı sigortalarda düzenlenmiştir. Tasarı'nın sigorta hükümleri açık, anlaşılır ve görsel nitelikte bir sistematiğe bağlanmıştır.

d. Sigorta Terimleri Sorunu

6762 sayılı Kanun'da kanun koyucunun kullandığı terminoloji uygulamada tartışmalara yol açmıştır. Özellikle Kanun'da "*sigorta ettiren*", "*sigortalı*" ve "*lehdar*" terimlerinin kullanımında gereken özen gösterilmemiştir. Ancak, sigorta ettiren, sigortalı ve lehdarın farklı kimseler olması durumunda sigorta sözleşmesinden her birisi için doğabilecek hak, borç ve yükümlülükler farklı olacağından bu ifadelerin birbirleri yerine kullanılmış olması Kanun'da bir kavram karmaşası yaşanmasına neden olmuştur. Tasarıda, terim karmaşasını ortadan kaldırmak konusunda özen gösterilmiştir.

e. Genel Hükümler

6762 sayılı Kanun sigorta sözleşmesini düzenleyen, tüm sigorta türlerine uygulanabilecek "*umumi hükümler*"e yer vermişti, ancak bu hükümler hem sadece altı maddeye özgülenmiş olup yetersiz düzen-

lemelerdi, hem de genel hükümler arasında bulunması gereken birçok hüküm “*mal sigortaları*” faslında yer almıştı. Tasarı genel hükümlere elli madde ayırmış ve sigorta sözleşmesini, tüm türleri kapsayacak şekilde, temel kavramları sıralayarak, sözleşmenin kurulmasından başlayarak hükümlerini belirlemiş ve tarafların borçlarını ayrıntılı bir şekilde göstererek düzenlemiştir. Temel kavramlar arasında sigorta sözleşmesi, karşılıklı sigorta, reasürans tanımlanmış,

Sigorta sözleşmesinin hükümleri ise, temsil, menfaat yokluğu, kapsam, süre, sigorta dönemi, fesih ve cayma ile tebliğ ve ihbarlar ile tarafların aczi, takibin semeresiz kalması ve sigortacının iflâsı gibi olağanüstü durumları kapsamaktadır. Tarafların borçları da sigortacı ve sigorta ettiren yönünden ayrı ayrı ele alınmıştır. Kötüye kullanmalara yol açabileceği için geçmişe etkili sigortaya yer verilmemiştir.

f. Tüketiciyi Aydınlatma Açıklaması

Sigortacıya ve acentesine, sigorta poliçesinin kurulmasından önce, yapılacak sözleşmeye, önemli hükümlere, sigortalının haklarına, süre vermeden feshe ilişkin tüm bilgileri sigortalıya vermeleri ve ilişki bakımından önemli olabilecek gelişmelerden onu haberdar etmeleri görevi verilerek şeffaflığa uygun ve modern sigorta hukukunun bir parçası olan özel bir hükme yer verilmiştir.

g. Özel Sigorta Türlerinin Ayrıca Düzenlenmemesi

Sigorta, dinamik niteliği sebebiyle değişen ihtiyaçların gerisinde kalmaması gereken bir hukuk olduğundan maddeler ele alınırken sigortanın bu özelliği üzerinde durulmaya özen gösterilmiştir. Tasarı’da, her sigorta türüne uygun genel nitelikte hükümler öngörölmeye çalışıldığından 6762 sayılı Kanun’dan farklı olarak yangın, tarım veya hırsızlık gibi özel sigorta türleri özel olarak düzenlenmemiştir.

ğ. Kara ve Deniz Sigortalarının Farklılığına Son Verilmesi

Kaynakları değişik olan deniz ve kara sigortalarında, farklı sistemlerin bir araya getirilmiş olması 6762 sayılı Kanun’da anlaşılması güç bazı farklılıkların doğmasına neden olmuştur. Çoğu kez 6762 sa-

yılı Kanun'da aynı nitelikteki hükümler deniz rizikolarına karşı sigortalılarla mal sigortalarında farklı düzenlemeler getirmiş, aynı nitelikte hükümlerin birinde emredici diğerinde yedek hukuk kurallarına bağlanmıştır. Diğer taraftan, deniz rizikolarına karşı sigortalılar uluslararası kurallar çerçevesinde yürütüldüğünden Kanunun konuya ilişkin hükümlerinin bir kısmı günümüzde ölü hüküm haline gelmiştir. Bu sebeple deniz sigortalılarına ilişkin hükümler Kanun'dan çıkarılmıştır.

h. Sorumluluk Sigortaları

Geleneksel toplumdan sanayi toplumuna geçiş süreci içinde, bazı meslek sahiplerinin başkalarına verebilecekleri zararların türleri artmakta, kapsamları genişlemektedir. Bu nedenle sorumluluk sigortaları giderek önem kazanmaya başlamış ve hatta bazı sigortalılar zorunlu kılınmıştır. Ancak, 6762 sayılı Kanun'da sorumluluk sigortaları düzenlenmemiş sadece dolaylı olarak değinilmiştir. Sorumluluk sigortalılarına ilişkin düzenlemelerin yok denecek düzeyde olması bu sigortalılara uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde tereddütler yaşanmasına neden olmuştur. Sorumluluk sigortalılarına ilişkin düzenlemelerdeki eksiklik bu sigortalıların gelişmesini engelleyen unsurlardan biri olmuştur. Bu nedenler sorumluluk sigortalılarının Tasarı'da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesine sebep olmuştur.

1. Can Sigortaları

Can sigortalıları, 6762 sayılı Kanun'da hayat ve ferdi kaza sigortalıları olmak üzere iki alt başlık altında düzenlenmiş, hastalık sigortalılarına ise, ferdi kazayı düzenleyen maddede dolaylı olarak değinilmiştir. Ancak, bu düzenlemeler yeterli değildir. 6762 sayılı Kanun'da yer almayan bir çok konu sigorta genel şartları ile düzenlenip ihtiyaçlara cevap vermeye çalışılmıştır. Ancak, ekonomik gelişme ve talepler çerçevesinde hayat sigortalılarında son yirmi yılda köklü değişiklikler olmuştur. Yatırım unsuru içeren hayat sigortalıları sektöre girmiş ve giderek ağırlık kazanmaya başlamıştır. Diğer taraftan, dünya uygulamalarında sağlık ve hastalık sigortası ayırımına gidilirken, yukarıda da belirtildiği üzere 6762 sayılı Kanun'da hastalık sigortalıları hakkında herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu sebeple can sigortalıları, reforma tabi tutulmuştur.

SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'yla Cumhuriyetimizin başından beri ihmallere uğramış olan sigorta hukuku kitabı gerek sistematığı ve gerekse hakim olan ilkeler açısından ciddi değişikliklere uğramak üzere- dir. Uygulamada sorun çıkararak ve çeşitli sigorta türleri içerisinde düzenlenen sigorta sözleşmesine ilişkin hükümlerin topluca düzenlenmesinin faydaları tartışılmazdır. Ancak sigorta sektörünün tam olarak gelişmediği ve sektör müşterilerinin çoğunluğunun da gerçek kişi tüketiciler olduğu göz ardı edilerek, sigorta ettiren açısından korumacı hükümler içeren Kara Avrupası sisteminden vazgeçilerek, sözleşme serbestisinin sınırlarının sonuna kadar zorlandığı Anglo-Sakson sisteminin ağırlıklı olarak tercih edilmesi; sigorta sözleşmesinin kapsamının sözleşmeyle belirlenmesi, umumilik esasından vazgeçilmesi ve ayarlama şartının kabulü gibi yenilikler sigorta şirketlerini memnun edecek olmasına rağmen sigorta ettiren aleyhine yeniliklerdir. Tasarı'nın Sigortacılık Kanunu ile taban tabana zıt maddelerinin uygulamada yaratacağı sorunların sigortacının mı yoksa sigorta ettirenin mi lehine yorumlanacağı merak konusu olacaktır. Tasarı'nın gerekçesinde amaçlardan birisi olarak "gerek uygulama ve gerekse doktrinden kaynaklanan kazanımların korunacağı" ifade edilmesine karşılık bu ifadeyi gerçekçi bulmuyoruz ve sigorta ettirenin kayıplarının ağır bastığı bir tasarıyla karşı karşıya olduğumuz düşüncesindeyiz.

KAYNAKLAR

- 27.09.2007 tarihli Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Komisyonu Raporu (1/324).
- Eren, F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10.b. İstanbul 2008.
- Can, M., *Türk Özel Sigorta Hukuku*, 2.b. Ankara 2007.
- Kender, R., *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*, 9. b. İstanbul 2008.
- Oğuzman K., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1995.
- Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı, Son Yararlanma: Mayıs 2009.

ENERJİDE

KAMU - ÖZEL SEKTÖR ORTAKLIĞI

- AVRUPA'DA KAMU HİZMETİ İMTİYAZLARININ VE İDARI İŞLEMLERİN SONLANDIRILMASI-

Kim TALUS*

Çev.: Gözde CANTÜRK**

1. Giriş

Kamu-özel sektör ortaklığı (bundan sonra 'PPP' olarak ifade edilecektir) kamu sektörü ile özel sektör arasındaki çeşitli işbirliği türlerini bünyesinde toplayan genel bir terimdir. PPP'ler çoğunlukla altyapı projelerini yürütmeyi ya da kamuya hizmet sağlamayı amaçlamaktadır. Bu tür taahhütler özel operatörleri ve kamu makamlarını kapsayan karmaşık yasal ve finansal düzenlemeler gerektirir. Söz konusu düzenlemeler Avrupa Komisyonu'nun (EC) çeşitli sektörlerinde ve özel olarak ulaşım, enerji, altyapı, kamu güvenliği, atık yönetimi ve su dağıtım alanlarında geniş çapta kullanılmaktadır. Bu makale temel olarak enerji ve altyapı projelerine odaklanacaktır.

PPP'ler çeşitli sektörlerde geniş çaplı olarak kullanılmalarına karşın sektörden bağımsız birtakım ortak özellikleri bulunmaktadır: Bunlar PPP'lerin uzun vadeli yapıları, özel sektörün rolü ve bir risk dağıtım mekanizması olarak sözleşmenin esas önemidir.

Çeşitli ortaklık düzenlemeleri normalde devletin sorumluluğu olacak bir faaliyetin aktarılmasını amaçlar. Bu özel sektör finansmanını kamu sektörüne çekmenin bir yoludur. Devlet ile özel sektör arasındaki bu tür işbirliğine giderek artan ilginin sebeplerinden bazıları da öngörülen verimlilik kazançları, bütçeye yönelik sınırlı etki ve özel sektörlerin sahip olabileceği know-how bilgisine olan ilgidir. Bütçeye yönelik etki özellikle yeni Avrupa Birliği (AB) üye devletlerinin ve

* Helsinki Üniversitesi Uluslararası Ekonomi Hukuku Enstitüsü doktora öğrencisi, Finlandiya Avrupa Hukuku ve Siyaseti Kuruluşları Uzmanlık Merkezi üyesi.

** Ar. Gör., Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD yüksek lisans öğrencisi.

aday ülkelerin pek çoğu için özellikle önem taşımaktadır. Bu olgu ayrıca devletin rolünün temelindeki ideolojinin doğrudan işletmeciden denetçi ve düzenleyiciye derin dönüşümünü yansıtmaktadır. Örneklemin değişimi -devletten piyasaya- özel sektörün finanse ettiği ve işlettiği bir ekonomiye dönüşür, bu ekonomide devletin rolü sistemin işlerliğini ve güvenilirliğini sağlamaktır.

2 Giriş Niteliğinde Bazı Tanımlar

Yukarıda belirtildiği üzere, PPP tek tip bir çözüm değildir; aksine, çeşitli işbirliği biçimleri mevcuttur ve bazen bu modeller arasında ayırım yapmak zordur.

Bu makaleye farklı ortaklık modellerini inceleyerek başlayacağız. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki; çeşitli modellerin sınıflandırılması ulusal hukuk ile AT hukukunda farklı olabilir ve çoğunlukla da farklıdır. Bu konu aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

İşbirliği Modelleri

Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları ve Kamu Sözleşmeleri ve İmtiyazları Hakkında Topluluk Hukukuna İlişkin Yeşil Kitap şu iki tür PPP arasında bir ön ayırım yapar:

1. Özel sektör iştirakçisi ile kamu sektörü aktörü arasındaki ortaklığın bütünüyle sözleşmeye dayalı olduğu Sözleşme PPP'leri.
2. Ortaklığın (yalnızca) sözleşme çerçevesinde düzenlemelere dayalı olmayıp, (ayrıca) bağımsız bir teşebbüs aracılığıyla yürütüldüğü Kurumsal PPP'ler.

Sözleşme PPP'leri içerisinde AT hukuku ayrıca '*kamu sözleşmesi*' ile '*imtiyaz sözleşmesi*' arasındaki ayrımı da kabul etmektedir. Bu ayırım örneğin Kamu Sözleşmeleri Direktifi'nin uygulanmasında yararlıdır. Bu Direktif (m. 1) ayrıca iki farklı sözleşmenin bir tanımını içermektedir. Bu iki tipte sözleşme PPP'si arasındaki ana fark, bir imtiyazda imtiyaz sahibine ait gelirin tamamen veya en azından kısmen imtiyaz konusundan yararlanma hakkından gelmektedir. Bayındırlık işleri sözleşmesi/kamu hizmet sözleşmesi ile imtiyaz sözleşmesi arasındaki bu ayırım özellikle sözleşme akdinde geçerli kuralları tanımlaması açısından önem taşımaktadır.

Bu makalenin odak noktası öncelikli olarak kamu hizmeti imtiyazları ve işletme ruhsatları gibi özel idari muamelelerdir. Çeşitli sözleşme düzenlemelerinden ve bazen karmaşık nitelikteki yönetmeliklerden dolayı, bir düzenlemenin AT hukuku çerçevesinde bir imtiyaz olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini ayımsamak çoğunlukla zordur. Yukarıda belirtilen Direktifin rehberliğinin yanı sıra, bir kamu hizmeti imtiyazının ana özellikleri Avrupa Adalet Mahkemesi (ECJ) tarafından tanımlanmıştır. ECJ'nin içtihat hukukuna göre, bir düzenlemenin imtiyaz olarak nitelendirilmesi için imtiyaz sahibi, hizmet temininin kapsadığı asli ya da en azından temel nitelikteki iktisadi riski üstlenmelidir. İkincisi, hizmetin lehtarları bir üçüncü şahıs olmalıdır. Verilen hizmetin kamu menfaatine yönelik bir konu ile ilgili olması, her zaman gerekli olmamasına karşın, genellikle üçüncü kıstas olarak değerlendirilir. Kamu menfaatinin gerekliliği ile ilgili bu tartışma normalde kamu menfaatini ilgilendiren enerjiye yönelik konularda çoğu zaman geçerli değildir.

Sözleşmeye dayalı bir düzenlemenin bir kamu hizmeti imtiyazı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği durum bazında belirlenmelidir, elde edilecek sonuç çeşitli etkenlere dayalıdır (bu etkenlerin yukarıda belirtilen iki tanesi en önemlileridir).

Bu sözleşmeye dayalı çözümlere ek olarak, özel sektör kurumsal bir PPP aracılığıyla göz önüne alınabilir. Bu noktada çeşitli seçenekler mevcuttur: ortak girişim modeli (*joint venture*), özel sektörün mevcut bir kamu teşebbüsünün denetimini ele alması, vs. gibi. Bu tür bir işbirliğinin mantıksal temeli devletin sözleşmeye dayalı düzenlemelerdeki denetimine kıyasla faaliyetler üzerindeki denetiminin daha güçlü olduğu yönündedir. Kurumsal bir sözleşmenin feshi ve yürürlükten kaldırılması ile sözleşmeye dayalı düzenlemenin (bu düzenleme ister idare hukuku sözleşmesi ister özel hukuk sözleşmesi olsun) sona erdirilmesi arasındaki önemli farklardan ötürü, bu makale kurumsal işbirliğinin sona erdirilmesi sorusunu incelemeyecektir.

Tek Taraflı Modeller ve Sözleşme Modelleri ile Bir Kıyaslama

Her ne kadar uluslararası kıyaslamada, imtiyaz modeli bir PPP'nin yürütülmesinden daha genel nitelik taşısa da, bir lisans planı gibi lisans sahibinin gelirin bir lisansı kullanmaktan kaynaklandığı daha

tek taraflı eylemler aracılığıyla da; bir başka deyişle, faaliyetlerin güvenilirliği üzerinde devletin denetimi muhafaza edilerek, daha önceden devletin yürüttüğü faaliyetlerin özel sektöre aktarılmasıyla da aynı sonuç alınabilir.

“Sözleşmeye dayalı / kurumsal” ve “tek taraflı işlem” şeklindeki bu iki seçenek arasında bulunan büyük farklılıklara karşın, bunlar pek çok açıdan benzerdirler. Bu daha genel açıdan çeşitli PPP modelleri için doğrudur: bu modeller daima belli bir durum için özel olarak tasarlanmış olmakla beraber, tüm kamu-özel sektör işbirliği biçimleri için aynı öğeleri ve öncelik hususlarını içerirler. Bu benzerliklerden bazıları şimdi kısaca incelenecektir.

Öncelikle ve yukarıda belirtildiği üzere açıkça, bu seçenekler ortak bir amacı paylaşırlar.

Her iki seçenek da uzun vadeli taahhüt öngörür. İmtiyazlar ve/veya lisanslar uzun vadeliden (örn. bir yıl civarı) çok uzun vadeliye (örn. 50 yıl civarı) kadar çeşitlilik gösterebilir. Düzenlemenin süresi diğer etkenlerin yanı sıra imtiyaz veya lisans sahibinin şartlarına da dayalıdır. Düzenleme büyük ölçekli (çoğunlukla dışa dönük yatırımlar) yapma yükümlülüğünü içerdiği takdirde, bu süreye yansıtılır. Özel teşebbüse ait mantıksal temel düzenlemeden kâr etmektir.

Özel teşebbüsler çok önemli bir işleve sahiptir. Özel teşebbüs muhtemel yatırım yükümlülüklerine ilaveten, düzenli olarak şebeke ya da diğer türde tesislerle ilgili bakım işini yürütme yükümlülüğü altındadır. Ayrıca tesisi işletip denetlemekte, idareye yalnızca denetleme işlevini bırakmaktadır.

Bu makale açısından, işbirliğinin iktisadi temellerini karşılıklı olarak faydalı hale getirmek için tümü risk dağılımı dâhil, sabit ve açık bir temel gereklidir. Bu bölümün genel hatları kanunda belirlenmiş olabilir, ancak imtiyaz sözleşmesinde ya da lisans şartlarında genellikle daha ayrıntılı olarak tanımlanmaktadır. İşbirliğinin bir sözleşmeye veya bir lisansa dayalı olup olmadığından bağımsız olarak, içerdiği riskler çok benzer olup yüksek finansal riskler ve işbirliğinin uzun vadeli yapısı gibi hususlardan kaynaklanmaktadır. İkinci risk hem (gelecekteki taleplerden ve kullanılabilirlik riskinden dolayı) iktisadi hem de (yatırım ortamında potansiyel değişikliklere dönüşen) siyasi bir risk içermektedir. Uzun vadeli projeler ayrıca gizli korumacılık, sür-

dürülebilirlik riski, yapım riski, kur riski, çevresel risk ve benzeri gibi çok sayıda başka riske de tabidir.

İşbirliği koşullarını düzeltme fırsatı ayrıca gerekli olup bu koşullar yine kanun ya da sözleşmede yahut lisans koşullarında tanımlanmaktadır. Aynı durum işbirliğinin sona erdirilmesinde de geçerlidir.

Yukarıda belirtildiği gibi, bu makale enerji sektöründe kamu hizmeti imtiyazlarına ve lisans ve izinler gibi idari muamelelere odaklanmaktadır. Amaç AB’de verilen imtiyaz veya lisanslara yönelik ayrıntılı bir inceleme gerçekleştirmek değildir. Bunun yerine, bu makale diğer ilgili yayınlarda ele alınmamış bir konuya, Avrupa’da enerji imtiyazlarının ve/veya lisanslarının iptali konusuna odaklanmaktadır. Temelinde yatan fikir, Avrupa’daki sözleşme ilkelerinin özel teşebbüse sunduğu koruma türünün belirlenmesidir. Devlet, imtiyazda veya lisansla geçerli koşullarla yahut mevzuatla sözde uyumsuzluk durumundan dolayı imtiyazı ya da lisansı iptal etme girişiminde bulunmaktadır. Bu nedenle bu makale özel teşebbüsün gerçekleştirdiği fesihlere değil, yalnızca kamu makamlarının başlattığı fesihlere odaklanmaktadır. Uygulanacak hukuka ilaveten, ayrıca çeşitli üye devletlerdeki mevcut uygulamaya genel bir bakış sunmaktayız. Diğer bir ifadeyle, bu makale imtiyaz verme işleminin nasıl mümkün olduğunca şeffaf ya da etkin hale getirileceği ile değil, projenin icra aşamasında ortaya çıkan sorunların hukuki sonuçları ile ilgilenir.

PPP’lerin yürütülmesinde ulusal çözümlerin büyük ölçüde farklılık gösterdiği göz önüne alındığında, bu makaleye ilişkin en önemli sorular bu ulusal farklılıkların etkisi ve AT hukuku çerçevesinde ulusal çözümlerin sınıflandırılmasıdır. Bu sorular makalenin sonraki bölümlerinde incelenecektir.

3. Ulusal Sistemlerde Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin Uygulanabilirliği

Belirtildiği üzere, AB’de PPP’lerin yürütülmesinde ulusal çözümler bir üye devletten diğerine değişiklik göstermektedir. Bazı devletler sözleşmeye dayalı çözümleri uygularken diğerleri lisans ya da izin planlarını uygulamaktadır. Yukarıda ele alınan şekilde, ulusal çözümlerdeki farklılıklara karşın, tüm bu modellerde ortak bir hedef, ortak sorunlar ve güçlü işlevsel benzerlik dâhil, birçok ortak nokta bu-

lunmaktadır. Benzer şekilde, sundukları yasal koruma, düzenlemenin gerçekleştirilmesi için seçilen kanuni usulden bağımsız olarak benzer niteliktedir ya da öyle olmalıdır. Yatırım için uluslararası rekabetten gelen baskı gibi tatbikî hususlara ilaveten, doğrudan ya da dolaylı olarak bu projelerle ilgilenen AT kanunlarının giderek artması bu çerçevede uyumlaştırılmış bir yaklaşım gerektirmektedir.

Bazı ülkelerde sözleşme PPP'leri özel hukuk sözleşmeleri kapsamına, bazılarında ise kamu hukuku sözleşmeleri kapsamına girer. Buna karşın, (i) *sözleşmelerin feshine ilişkin ilkelerin o derece farklı olmadığı ve (ii) daha ileri düzeyde uyumlaştırılması gerektiği* iddia edilebilir.

Birkaç üye devlette, idare ile yüklenici arasında düzenlenen herhangi bir sözleşme benzer şekilde kamu hukukuna tabi bir idari sözleşmedir. Fransa bu tür yargı örneklerinden biri olup muhtemelen en uzun idari sözleşme geleneğine sahip ülkeyi temsil ettiğinden gerçekten iyi bir örnek teşkil etmektedir.

Fransız yasal sistemi çerçevesinde bir sözleşme, kamu hukukuna tabi yetkili bir şahıs tarafından akdedildiği, bir kamu hizmeti gerçekleştirmeyi amaçladığı takdirde ve ücretlendirme hizmetin yürütülmesinden sağlanıyor ise bir *hizmet imtiyazı* olarak değerlendirilir. Öte yandan, bir işe ait imtiyazın Fransız tanımı AT ihale kanunlarının yaklaşımını izler. Bir kamu hizmetinin yürütülmesi için idare tarafından akdedilen veya normalde özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen 'yüksek' şartlar içeren tüm sözleşmeler gibi bu imtiyazlar da idare hukukuna tabidir. Enerji veya enerji altyapısı alanında bir imtiyaz verilmesi durumunda, sözleşme çoğu durumda bir kamu hizmeti amacı şartını karşılar. Bu (i) *sözleşme kapsamındaki ihtilafların idari mahkemelerin yetkisi kapsamına gireceği ve (ii) sözleşmenin (özel hukuk sözleşmeleri hariç olmak üzere) idare hukukuna tabi olduğu anlamına gelmektedir.*

Bunun sözleşmenin feshinde çok önemli bir sonucu vardır: idare, daima kamu menfaatine dayalı olarak tek taraflı değişiklik yapma veya sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Buna karşın, söz konusu değişiklik veya fesih hakkı tazminatsız değildir. Devlet bu olumsuz etkinin imtiyaz sahibi üzerindeki etkisini dengelemek için tazminat ödemek zorundadır, bu noktada kanı, taraflar arasında kararlaştırılmış iktisadi dengeyi başlangıçtaki haline geri getirmektir. İmtiyaz sahibinin menfaatleri ayrıca (hizmeti sürdürme yükümlülüğü ile birlikte) istisnai durum değişikliklerinde tazminat hakkı aracılığıyla

korunmaktadır. Daha genel bir düzeyde, çeşitli PPP'lerin niteliğinin çoğunlukla kesinlikten uzak olduğuna ve alandaki yeni uygulamaların sözleşmeye dayalı öğeler ile sözleşme dışı öğeleri karıştırarak işleri daha da karmaşık hale getirdiğine dikkat çekilmiştir.

Almanya'da durum özellikle zor görünmektedir ve tek taraflı işlemler ile bir sözleşme arasında ayırım yapmak zordur. Bundan dolayı, 1900'lerin başından beri ortaya konulan, kamu sözleşmelerinin özel bir tür sözleşme olup bir şekilde farklı bir yaklaşım mı gösterdiği yoksa diğer tüm sözleşmelerle aynı hukuki mahiyette mi olduğu sorusu halen önem taşımaktadır. Bu makalenin yaklaşımı bunun belli bir ölçüde sözleşmenin konusuna dayalı olduğu yönündedir.

Tartışmasız, özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak, kamu menfaati kamu hukuku sözleşmelerinin önemli bir unsurudur. Bununla birlikte, geçerli özel hukuk doktrinlerinin ve kamu politikası etkenlerinin işlevleri durumdan duruma değişiklik göstermektedir. Kamu hizmeti alanı ile bağlantı arttıkça kamu menfaatinin ağırlığı da artacaktır.

Bütünüyle maddi ve iktisadi alan ile bağlantı arttıkça da kamu menfaatine daha az, genel sözleşme hukuku ilkelerine ise daha fazla önem verilecektir. Son olarak, belli bir husus için özel bir kamu hukuku doktrini geçerli olmadığı sürece özel hukuk ilkeleri uygulanmalıdır. Bu özellikle Avrupa sözleşme hukuku ilkelerini kapsamaktadır. Bu yaklaşım ayrıca, Avrupa (özel) sözleşme hukuku ilkelerinin kamu hukuku niteliğindeki hak ve yükümlülüklerle uygulanabileceğini belirten Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'nda, değiştirilmiş ve ekli bir biçimde olsa da kabul edilmiştir.

Bu makalenin yaklaşımının genel bir Avrupalı yaklaşımı olduğu vurgulanmalıdır. Özel hukuk ilkeleri ile kamu hukuku ilkeleri arasındaki ilişki, bunların çeşitli durumlara uyarlanabilirlikleri ve ulusal yasal çerçeve devletten devlete değişir. Buna göre, üye devlete bağlı olarak mevcut yaklaşım az ya da çok uygulanabilirliğe sahiptir. İlgili bir başka soru da, ulusal farklılıkların özellikle bir Topluluk hukuku perspektifinden bakıldığında fiilen ne kadar önemli olduklarıdır. Bu soru bir PPP projesinin çeşitli aşamalarını düzenleyen direktiflerin, yönetmeliklerin ve diğer AT yasalarının sayılarındaki artışla giderek daha önemli hale gelmektedir.

4. İmtiyazlar, İzinler, Bayındırlık İşleri Sözleşmeleri ve Lisanslar - AT Yasası Çerçevesinde Ulusal Çözümlerin Sınıflandırılması

Ulusal yasalara bağlı olarak, yukarıda belirtilen sözleşmeye dayalı çözümler, imtiyazlar veya bir ihale usulüne tabi olacak şekilde akdedilen kamu sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilebilir, örneğin Finlandiya'da, İtalya'da ve bazı durumlarda İspanya'da veya idari sözleşmelerde yahut kamu hukuku sözleşmelerinde de durum böyledir. Yukarıda belirtildiği üzere, Fransa idari sözleşmelerde güçlü geleneklere sahip bir üye devlet olarak iyi bir örnek teşkil etmektedir. Buna ilaveten, terminolojik tutarlılığın bulunmayışından dolayı idari lisanslar ve benzerleri zaman zaman '*imtiyazlar*' olarak adlandırılır. Örneğin Norveç ve Danimarka'da durum böyledir.

İkinci durumda, hizmet imtiyazı yine de belli sözleşmeye dayalı unsurlar içerir ve tüm durumlarda bu idari işlemler işlevsel olarak diğer üye devletlerde kullanılan sözleşmelerle hemen hemen eşdeğerdir.

Bazen değişkenlik gösteren ulusal çözümlerle bağlantılı zor durumlardan kaçınmak amacıyla, bir sözleşme ya da bir idari yasa niteliğindeki dokümanın sınıflandırılması AT hukuku çerçevesine dâhil edilmelidir. Bu yapıldığı takdirde, sonraki bir kamu ihale usulü için bir imtiyaz verilmesi imtiyaz sahibi ile kamu makamı arasındaki sözleşmeye dayalı ilişkinin bir göstergesi olarak görülebilir. Ancak bu ulusal çözümlerdeki önemli farklılıklarla belirlenmiş mevcut durumu oluşturmamaktadır.

Söz konusu soru çerçevesinde, bu farklılıklar AT hukukunun uygulanmasında ulusal çözümlere bakılarak çıkarsama yapılacak derecede önemli değildir. ECJ içtihat hukukuna göre, bir sözleşmenin tanımı Topluluk hukukuna ait bir husustur ve ulusal sınıflandırma (sözleşme/izin/lisans) önemsizdir ve Topluluk tanımını etkilemez. Örneğin, bir İtalyan imtiyazı AB hukuku çerçevesinde bir kamu hizmet sözleşmesi olarak sınıflandırılmış ve Direktif 29/50 uygulanmıştır. Benzer şekilde, bu sözleşmenin bir imtiyaz ya da başka bir şey olarak, örneğin bir bayındırlık işleri sözleşmesi olarak değerlendirilip değerlendirilmediği Topluluk hukuku ışığında özellikle ele alınmalıdır. Bir sözleşmenin birkaç türde sözleşme unsuru içerdiği durumda, sözleşmenin esas amacı onun sınıflandırmadaki yerini ve sonuç olarak geçerli Topluluk yasa-

larını belirler. Örneğin, ECJ kentsel kalkınma ve yapım masraflarının bir kısmının ödenmesine ya da alternatif olarak altyapı işinin doğrudan üstlenilmesine ilişkin yükümlülüğü öngören yapım izni ile ilgili İtalyan mevzuatının, bayındırlık işleri sözleşmelerinin verilmesine ilişkin usul-lerin eş güdümü ile ilgili 14 Haziran 1993 tarihli Konsey Direktifi'nin 1. maddesi çerçevesinde, bir bayındırlık işleri sözleşmesi teşkil ettiği görülmüştür. Bu konuda, *AG Le'ger* tam tersi bir kaniya varmış ve sözleşmeye dayalı ilişkinin esas öğelerinden birinin kayıp olduğu gerekçesiyle İtalyan planının Direktif çerçevesinde bir sözleşme teşkil ettiğinin düşünülmemesi gerektiğini öne sürmüştür. Yetkilinin kanunen arazinin sahibi olan yükleniciyi seçme yetkisi yoktur. Ancak, mahkeme Direktif çerçevesinde bir '*bayındırlık işleri sözleşmesinin*' varlığının Direktifin amaçlarına göre incelenmesi gerektiğini tekrarlamıştır. Bu kıstaslar karşılandığından, '*bayındırlık işleri sözleşmeleri*' kavramı (İtalyan mevzuatının amacı ve korunan menfaatleri kamu ihaleleri konusunda AT yasasınınkinden farklı olmasına karşın) altyapı işinin doğrudan arazi sahibi tarafından gerçekleştirilmesini kapsamaktadır. ECJ'ye göre, İtalyan planı yeterli sayıda *sözleşmeye dayalı öğenin* bir '*bayındırlık işleri sözleşmesi*' olarak değerlendirilmesini öngörmektedir.

Bununla birlikte, bir düzenlemenin imtiyaz, bayındırlık işleri ya da kamu hizmetleri sözleşmesi veya başka bir şey olarak sınıflandırıldığı ECJ durumlarından pek çoğunun kamu ihale direktifleri ile bağlantılı olduğunun vurgulanması da önem taşımaktadır. Bu direktiflerin amacı bu alandaki hükümlerin yorumlanmasında belirleyici olmasa da önemli bir işlevdedir. Bu direktiflerin amacı kamu ihalelerindeki ayrımcı uygulamaları ortadan kaldırmak ve serbest hareket ve teşkil ile hizmet tedarik özgürlüğü üzerindeki tüm kısıtlamaları yok etmektir.

Bu makale, enerji imtiyazları ve enerji lisansları ile ilgili özel hususları incelemeyi önce ilgili ve daha genel nitelikte iki hususu kısaca ele alacaktır: İlki, AB'de giderek yaygınlaşan, kamu ihale yasalarının ihlallerinden dolayı kamu sözleşmelerinin feshedilmesi durumudur. Şu anki aşamada, AT Yasası 226 ve 228. maddeleri çerçevesinde ECJ nezdinde muameleler yürütülmesi ile sonuçlanabilecek feshetme işlemi çoğunlukla mümkün değildir. İkinci olarak, bir sözleşmenin feshine dair genel sözleşme ilkeleri ele alınacaktır. İmtiyazlar sözleşme; özel hukuk ve kamu hukuku sözleşmeleridir ve bunlar gibi ulusal hukuk ve Avrupa sözleşme hukuku ilkelerinden etkilenirler. Bu ilke-

ler ayrıca imtiyazlarla ilgili çeşitli ulusal yasalarda da belirtilmektedir. Benzer şekilde, izinler, lisanslar ve diğer tek taraflı işlemler, keyfi fesih durumuna karşı benzer bir koruma sağlamalıdır. Ahde vefa (*pacta sunt servanda*) gibi sözleşme hukuku ilkeleri bu fiillerin düzenlenmesinde önemli yere sahip olmalıdır ve görüleceği üzere halihazırda önemlidir.

5. Kamu İhale Kurallarının İhlallerinden Dolayı Kamu Sözleşmelerinin Feshi

Bu makalenin odak noktası farklı olmakla beraber, kamu ihaleleri ile ilgili ulusal yasaların veya AT yasalarının ihlallerinden dolayı bir kamu sözleşmesinin feshi konusunda AT Yasası'nın ve ulusal yasaların yaklaşımlarının kısaca incelenmesi yerinde olacaktır. Bir kamu ihalesi sonucu verilen bir kamu sözleşmesinin feshine AT Yasası'nın genel yaklaşımı ECJ içtihat hukukunda ve son Yasal Yollar Direktifi'nde belirtilmektedir. *Komisyon – Avusturya davasında*, Mahkeme AT hukukunda, ulusal yasal düzende sözleşmenin akdedilmesinden önce bir kamu sözleşmesinin verilmesine ilişkin değerlendirmeyi sağlayan bir yeniden inceleme usulü bulunmasının öngörüldüğünü tespit etmiştir. ECJ'nin ışığında, sözleşmeyi ile ilgili kararın ihaleyi kazanamayan taraflara iletilmesi ile sözleşmenin akdedilmesi arasında makul bir süre bulunmalıdır. Bu fikir şu gerçeğe dayalıdır, sözleşme imzalandığı anda bu konuda açık yasal hükümler olmaksızın kamu makamlarınca tek taraflı olarak feshedilemez. Esasen ahde vefa ilkesine dayalı olan bu fikir pek çok AB ülkesinin yasal hükümlerine dönüşmektedir. Avusturya'da, sözleşmenin feshi yalnızca sözleşmenin ya da yasaların ihlali durumunda yahut ihaleyi kazanan taraf ihale işlemlerinde bir suç işlemiş olduğu takdirde mümkündür. Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, İsveç, Birleşik Krallık ve diğer pek çok üye devlette hâlihazırda akdedilmiş olan bir sözleşme kamu ihale kurallarının devlet tarafından ihlali nedeniyle feshedilemez. Yunanistan, Hollanda ve Portekiz gibi diğer devletlerde, sözleşme yürütülmediği sürece fesih kararı sözleşmenin akdinden sonra dahi uygulanabilir. Bu ulusal kuralların hükmü sözleşmeyi imzalamanın ihtilaf konusu sözleşme kararının hükümlerini değiştirilemez hale getirdiği yönündedir. Bundan dolayı, yeni Yasal Yollar Direktifi üye devletlerin sözleşme kararının bildirildiği tarih ile sözleşmenin fiili akdedilme tarihi arasında en az 10 günlük bir 'askıya alma süresi' uygulamalarını öngörmektedir. Bu askıya alma süresi diğer

teklif sahiplerinin ihale kararında yeniden inceleme yaptırılmalarına ve sözleşme kesinleşmeden önce ihale sürecinin yürütülmesini sağlamalarına izin verir.

Yeni Yasal Yollar Direktifi ayrıca sözleşmeye dayalı 'etkisizlik' ile ilgili yeni yasal yolları da sunar. Madde 2f'ye göre, bir teklif sahibi sözleşmenin akdedildiği tarihten itibaren 6 aya kadar bir yeniden değerlendirme isteyebilir. Burada üye devletler sözleşmenin akdinden itibaren 30 gün ila 6 ay arası çeşitli zaman dilimleri arasında seçim yapma hakkına sahiptirler. 2d maddesi çerçevesinde, belli şartlar göz ardı edildiği takdirde (İlan ve askıya alma yükümlülükleri gibi yeniden değerlendirme kuralları ile uygunsuzluk) sözleşme etkisiz kabul edilmektedir. Etkisizliğin sonuçlarının (*tescili beklenmeden / tescil edilmekle yürürlüğe girme*) düzenlenmesi ulusal yasaların işidir. Bu Direktif'in 20 Aralık 2009 tarihi itibarıyla üye devlet tarafından hayata geçirilmesi gerekmektedir.

6. Bir Sözleşmenin Feshi ve Bunun AT Yasası'ndaki Sonuçları 'Avrupa' Sözleşme Hukuku

Konu ile ilgili bazı bilinen akademik çalışmalara karşın, sözleşme hukuku AB düzeyinde uyumlaştırılmamıştır. Bir sözleşmenin feshi koşulları ve feshinin etkileri bu nedenle ulusal düzeyde belirlenir. Bu çerçevede, AB'nin sözleşme feshine yaklaşımı sorusu çeşitli ulusal mevzuatlar incelenerek yanıtlanabilir. AB sözleşme hukuku ilkelerine ilişkin bir başka kaynak da mevcut *Topluluk Müktesebatıdır (Acquis Communautaire)*. Bu AB sözleşme hukuku kaynakları şimdi kısaca incelenecektir. Yazarın amacı bu kaynakları çok detaylı olarak analiz etmek değil, bu kaynakların karşılaştırılmasından elde edilen sonuçları tespit etmek için daha ayrıntılı çalışmalara referansta bulunarak gerekli genel bakışı sağlamaktır.

Bu akademik çalışmalar görünüşte taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal etmesinin mağdur tarafa sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme hakkını vermediği konusunda geniş bir fikir birliği sunmaktadır. İhlal temel olarak nitelendirilmelidir. Alman sözleşme hukukunun 2002'de modernleştirilmesi de sözleşme feshine yönelik bu yaklaşımı benimsemiştir. Yeni kanunlaştırmanın düzenlediği ana konulardan biri sözleşme ihlalidir (sadece tüketici sözleşmeleri ya da diğer özel durumlar

olarak değil genel bir sözleşme hukuku sorusu olarak). Bu noktada, modern Avrupa sözleşme hukukunun yaklaşımı uyarınca, bir sözleşmenin ihlalde bulunan tarafa ek süre verilmeksizin feshedilmesi yalnızca (genellikle bir yolsuzluk ögesinin ortaya çıktığı) çok özel durumlarda mümkündür. Diğer tüm durumlarda ihlalde bulunan taraf ihlalini düzeltmek için ikinci bir şansı bulunduğundan oldukça emin olabilir. Bu ek süre makul uzunlukta olmalıdır. Bir bildirim makul uzunlukta olup olmadığı diğer etkenlerin yanı sıra sözleşmenin devam ettiği süreye, yapılan makul yatırımlara ve kullanıma dayalıdır. Temelde yer alan fikir, bir tarafın sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesinden dolayı, diğer tarafın sözleşmeyi feshetme hakkının birbiriyle çelişen konuların ağırlığına bağlı olduğu yönündedir. Temerrüde düşen taraf için, fesih genellikle ciddi bir zararın varlığını öngörür. Örneğin, bir sözleşmenin yerine getirilmesi ilk aşamalarda büyük ölçekli yatırım gerektirebilir. Kâr ve zararın eşit olduğu noktaya dahi varma imkânı olmaksızın bu sabit masrafları kaybetmek tabii ki yatırımcı tarafa zarar verir. Bu sebeplerden dolayı, her iki tarafın menfaatlerini gözetebilecek farklı çözümler var olduğu sürece fesihten kaçınılmalıdır.

Bir ihlalin esaslı olup olmadığı belli bir dereceye kadar ulusal temüllere bağlıdır. Buna karşın, bazı genel hususlar vurgulanabilir: bu değerlendirmede önemli etkenler içerisinde ihlalin büyüklüğü ve bu ihlalin sözleşme için ne kadar esaslı olduğu konusu yer almaktadır. Sözleşmeye mutlak bağlılık gereklidir ve yükümlülüğün ihlali sözleşmenin temeli ile ilintilidir, böylece ihlalin esaslı sayılması daha kolay olur. (Bir madde sözleşmede esaslı olarak tanımlanabilir veya sözleşmenin bağlamından ve üslubundan yola çıkılarak esaslı olduğu yönünde yorum yapılabilir.) Temerrüt kasıtlı olduğu ve taraflardan birinin diğerine güvenemeyeceği kanısını uyandıran gerekçeler sunduğu takdirde, bu temerrüt esaslı sayılabilir. Esaslı bir ihlal durumunda, ihlalde bulunan tarafa bildirim süresi şeklinde hiçbir süre uzatımı vermeme yönünde herhangi bir genel yükümlülük bulunmamaktadır. (Bazı AB yargı mercilerinin ihlalde bulunan tarafa bir bildirim süresi (*de lai de grace*) verdikleri, bazılarının ise vermedikleri gözlemlenmektedir.)

Çeşitli çalışmalarda belirtilen bir diğer husus da, ilgili tarafın bir sözleşmeyi ihlal etme hakkı bulunup bulunmadığına karar verilmesi durumunda her iki tarafın çelişen menfaatlerinin göz önüne alınması

gerekliliğidir. Göz önüne alınacak önemli etkenler, yapılan yatırımları (büyük olasılıkla batık yatırımlar; ölçekte diğer sözleşmeler için kullanılabilir yatırımlardan daha ağır gelmektedir) ve sözleşme süresini kapsar. Ayrıca esas yükümlülükler ile geriye kalan (sözleşmeye dayalı) yükümlülükler arasında ayırım yapmak da gerekli gözükmektedir. Fesih hakkı ile ilgili karar daima duruma göre verilmelidir. Kasti ihlal tabii ki özel bir durum teşkil eder.

Avrupa sözleşme hukukunda ihlalde bulunan tarafa davranışını düzeltmesi için ikinci bir şans verilmesi ve önemli ihlal durumlarında bu ilave ikinci şansın kenara bırakılabilmesi yaklaşımı kuşkusuz temelde yatan ideolojiden kaynaklanmaktadır. Çoğunlukla, sözleşmeye dayalı bir ilişki (kamu hizmeti imtiyazlarında olduğu gibi) bazen çelişen ve bazen uyuşan iki farklı menfaate dayalıdır. Taraflardan biri sözleşmeyi ihlal ettiği takdirde, söz konusu tarafa ihlalini düzeltmesi için bir fırsat verilir. Aksi takdirde, ihlale uğrayan taraf sözleşmenin feshedilmesi ve zararların yahut gelir kaybının tazmini dâhil olmak üzere çeşitli ikinci kalite seçeneklere başvurur. İhlal, taraflar arasındaki güvenin sürdürülemeyeceği derecede önemli ise, (yani sözleşmeye dayalı esas yükümlülüklerle ilgili olduğu ve önemli olduğu takdirde), ihlale uğrayan taraf derhal sözleşmeyi feshedebilir ve tazminat isteyebilir.

Son olarak, sözleşmenin ihlali durumunda yasa genellikle ihlale uğrayan tarafa bir çözüm önerisi sunar. Temelde yatan fikir, bu şekilde ilgili tarafın ihlalde bulunan tarafa baskı yapmak için gerekli araçlara sahip olduğu yönündedir. Çözüme yönelik seçenek de ölçülü olmalıdır. Dikkate alınacak etkenler fesih hakkı çerçevesinde önemli olan etkenlere benzer olacak şekilde, çözümün ölçülülüğü veya ölçsüzlüğü duruma özel hale getirilmelidir. Yine bu noktada, önemli ihlal bir istisna teşkil eder (yalnızca çok istisnai durumlarda uygulamada kabul edilir).

Bu hususlar sözleşmeye dayalı uzun vadeli ilişkilerde ayrıca önemlidir, bu ilişkilerde taraflar kısa vadeli sözleşmelere kıyasla büyük ve ilişkiye özel yatırımlar yapmaya daha eğilimlidir. Öte yandan, sözleşmenin ihlale karşın uzun bir süre boyunca devam etmesi taraflar için sürekli etkilere sahip olacaktır. Bu durum, daha az önemli gerekçelerle fesih hakkının kabulünü gerekli kılar. Bu çerçevede, çözüm açısından Alman sözleşme hukukunun Uluslararası Satım Sözleşmeleri'nden (CISG) farklılık gösterdiğinin vurgulanması da il-

ginçtir. CISG'nin bu konularda daha çok 'ciddi' bir ihlal aradığı durumlarda, Alman hukuku yine de istisnai bir ihlal öngörür ve fesih en son başvuru yöntemi (*ultima ratio*) olarak değerlendirilir.

Uzun vadeli sözleşmelerde taraflar arasında karşılıklı güven (spot alım sözleşmelerindekinden daha fazla) zaruridir. Bundan dolayı önemli hususlardan biri de sözleşmenin ihlalinin, gelecekte benzer ihlallerin oluşması ve güven temellerinin bu sebeple sarsılması ihtimali oluşturacak nitelikte olup olmadığıdır. Bu noktada ihlalin esas yükümlülüklerle veya tarafların kalan yükümlülükleri ile ilgili olup olmadığı da önemli bir sorudur.

Topluluk Müktesebatı

AB hukukunun sözleşme fesih koşullarına yaklaşımı incelendiğinde, önemli bir bilgi kaynağı da yürürlükteki AB yasalarıdır. Mevcut *Müktesebatın* bir sözleşmenin feshini ve özel durumlarda bu tür bir feshin etkilerini düzenlemesine karşın, bu 'kısmi' mevzuat ayrıca AB hukukunda sözleşmelerin feshine daha derin ideolojik bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Bu bölüm AB hukukunun sözleşme feshine ve feshin etkilerine ilişkin bazı hükümlerini kısaca inceleyecektir.

Roma Anlaşması'nın 81(3) sayılı maddesinin motorlu araç sektöründeki dikey anlaşma kategorilerine ve uyumlu eylemlere uygulanmasına ilişkin 1400/2002 Komisyon Yönetmeliği'nin 3(5) sayılı maddesi feshin sonuçları ile ilgilendirir. Bir sözleşmenin feshine ilişkin bildirim süreleri ile bağlantılı olarak fesih sonrası tazminat konusunu ele alır. Blok muafiyeti yalnızca tedarikçi ile dağıtıcı ya da yetkili tamirci arasındaki dikey anlaşmanın aşağıdakileri sağlaması durumunda geçerlidir:

a. *Sözleşmenin en az 5 yıllık bir süre için akdedilmiş olması; bu durumda taraflardan her biri diğerine en az 6 ay önceden anlaşmayı yenileme niyetini bildirmeyi taahhüt etmelidir;*

b. *veya anlaşmanın sınırsız bir süre için akdedilmesi; bu durumda anlaşmanın usule uygun feshedilmesi için bildirim süresi her iki taraf için en az 2 yıl olmalıdır; bu süre aşağıdaki durumlarda en az 1 yıla indirgenir:*

i. *tedarikçinin yasa veya özel bir anlaşma uyarınca sözleşmenin feshi üzerine uygun bir tazminat ödemekle zorunlu kılınması veya*

ii. ağın tümünün veya önemli bir kısmının yeniden düzenlenmesinin gerekli olduğu durumda tedarikçinin sözleşmeyi feshetmesi.

Bu hüküm yine tarafların menfaatleri arasında bir denge arayışına işaret eder. Bu denge ölçülü bir bildirim süresi aracılığıyla bulunur. Fesihte bulunan taraf, tazminatı kabul ettiği veya yasa uyarınca tazminat ödemekle yükümlü kılındığı takdirde, bildirim süresi daha kısa olabilir. Bu mantıklı bir durumdur, zira işi yürütmek yerine tazmin yoluyla diğer tarafa verilen külfet azaltılır. Tedarikçiye de faaliyetlerinin anlamlı biçimde yeniden düzenlenmesi durumunda sözleşmeyi feshetme hakkı verilir. Yine bu da feshin ölçülülüğünü ve tarafların menfaatleri arasındaki dengeyi etkiler.

Benzer şekilde, Anlaşma'nın 81(3) sayılı maddesinin motorlu araç sektöründeki dikey anlaşma kategorilerine ve uyumlu eylemlere uygulanmasına ilişkin 2790/1999 Komisyon Yönetmeliği'nin 5(b) sayılı maddesi anlaşmanın feshi sonrası rekabette bulunmama yükümlülüklerini kapsar. Yine açıkça menfaatler arasında bir denge arayışı söz konusudur. Madde 5 rekabette bulunmama yükümlülüğünün tedarikçiyi koruma amacı ile ölçülü olması gerektiğini öngörür. Alıcının menfaatlerinin korunması amacıyla, rekabette bulunmama yükümlülüğünün kullanımı tedarikçinin ek korumaya yönelik meşru bir gereksinim içerisinde bulunduğu durumlarla kısıtlanmaktadır.

Fesih hakkına ve söz konusu feshin etkilerine önemli bir vurgu da üye devletlerin serbest ticari mümessillere ilişkin yasalarının eşgüdümü ile ilgili 18 Aralık 1986 tarihli 86/653/EEC sayılı Konsey Direktif'dir (Ticari Mümessiller Direktifi).

Direktifin 17. maddesi mümessillik sözleşmesinin feshinden sonra mümessilin zararının ödenmesi ve kendisine tazminat verilmesi ile ilgilidir:

2. a. Ticari mümessil aşığıdaki durumlarda ve bunlara göre bir tazminat hakkına sahip olacaktır:

- İşin sahibine yeni müşteriler getirmesi veya mevcut müşterilerle iş hacmini önemli ölçüde arttırması ve işin sahibinin bu müşterilerle yaptığı işten önemli menfaatler elde etmeyi sürdürmesi ve

- Tüm durumlar ve özellikle ticari mümessilin bu müşterilerle yaptığı işte kaybettiği komisyon göz önüne alındığında söz konusu tazminat ödemesinin adaletili olması.

(b) Tazminat miktarı önceki 5 yılda ticari mümessilin ortalama yıllık ücretinden hesaplanan 1 yıllık tazminata eşdeğer bir rakamı aşamaz ve sözleşme 5 yıldan daha geriye gittiği takdirde, tazminat söz konusu sürenin ortalaması üzerinden hesaplanır;

(c) Söz konusu tazminatın verilmesi ticari mümessili zarar ziyan tazminatı talebinde bulunmaktan alıkoymayacaktır.

3. Ticari mümessil işin sahibi ile ilişkilerinin sona ermesi sonucu uğradığı zararlar için tazminat almaya hak kazanacaktır. Bu tür zararlar özellikle feshin:

- İşin sahibine ticari mümessillik faaliyetleri ile bağlantılı maddi menfaatler sağlarken ticari mümessili mümessillik sözleşmesinin uygun biçimde yerine getirilmesi durumunda hak kazanacağı komisyondan mahrum bıraktığı,

- ve/veya ticari mümessilin işin sahibinin önerisi üzerine yürüttüğü işlerden ötürü uğradığı masraf ve giderleri amorti etmesini sağlamayan durumlarda gerçekleşmesi halinde gerçekleşmiş sayılacaktır.

Madde 18 mümessilin bir tazminat ya da telafiye hak kazanmadığı durumlarla ilgilenir:

a. Ticari mümessilin kusurundan dolayı işin sahibinin mümessillik sözleşmesini feshetmesi; ki bu durum ulusal mevzuat çerçevesinde mümessillik sözleşmesinin derhal feshedilmesini gerektirecektir;

b. Fesih işin sahibinin kusurundan kaynaklanmayan durumlarla veya ticari mümessilin yaşı, sakatlığı veya hastalığı sebebiyle faaliyetlerini sürdürememesi durumları ile gerçekleştirilmediği sürece, ticari mümessilin mümessillik sözleşmesini feshetmesi

Madde 16'ya göre, bir mümessillik sözleşmesinin derhal feshedilmesi ancak:

a. taraflardan birinin yükümlülüklerinin tamamını veya bir kısmını yerine getirmemiş olması;

b. istisnai durumların ortaya çıkması

halinde mümkündür.

Ticari Mümessiller Direktifi kapsamında, fesih için tazminat hakkı (i) tüm ilişkinin her iki taraf üzerindeki olumlu ve olumsuz etkileri arasındaki dengeye, (ii) feshin her iki taraf üzerindeki etkisi, (iii) mümessilin yaptığı ilişkiye özel yatırımlara ve (iv) feshin gerçekleştiği durumlara dayalıdır. Genel sözleşme hukuku yaklaşımına göre,

bildirim süresi verilmeksizin derhal fesih yalnızca istisnai durumlarda mümkündür. Ayrıca şu da vurgulanmalıdır ki, tazminat mümessilin bir mahkeme nezdinde zarar ziyan talebinde bulunma hakkını ortadan kaldırmaz.

Benzer şekilde, bir sözleşmenin feshi ayrıca 87/102/EC Tüketici Kredisi Direktifi, 90/314/EC Paket Seyahat Direktifi, 2001/31/EC E-Ticaret Direktifi, 97/5/EC Kredi Transfer Direktifi, 2004/39/EC Finansal Araçlar Direktifinde Piyasalar ve benzeri diğer AT yönetmeliklerinde de ele alınmaktadır. *Topluluk Müktesebatının* mevcut hükümlerinden pek çoğu tüketiciler ile ticari teşebbüsler arasındaki ilişki konusunda geçerli olmakla beraber, amaç sözleşmelerin feshi ile ilgili AB yaklaşımına göz atmak ise vurgulanmaları yerinde olacaktır. Ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesine sıkı bir bağlılık göstermektedirler. Yukarıda verilen örneklerin hepsi firmadan tüketiciye ticaret durumlarını karşılamaz: İlk üç örnek firmadan firmaya ilişkilerde geçerlidir. İktisadi ve fiili koşullar durumdan duruma değişiklik gösterse de, burada, uzun vadeli bir sözleşme ile bağlantılı olarak yapılan yatırıma ilişkin tazminat, bir örnek olarak genellikle Müktesebatta benimsenen yaklaşımı ortaya koyar.

Bazı Ara Gözlemler

Blok muafiyet yönetmeliklerindeki hükümlerin örneğin kolayca genellenebilir yapıda olmadığı ve Avrupa sözleşme hukukunun soyut ve genel kurallarına dönüştürüldükleri öne sürülebilir. Yine de yukarıda sayılan hükümler önceki bölüm bağlamında incelenenlere çok benzer birtakım hususlara işaret etmektedir.

AT yasa koyucusu görünüşe göre bir sözleşmenin süresinin bitiminden evvel feshedilmesinin daima istisnai olduğu görüşündedir. Ana fikir *sözleşmelerin kutsallığıdır*. Buna karşın, bir sözleşmenin feshi gerekli görüldüğü takdirde, her iki tarafın da menfaatleri değerlendirilmeli ve dengelenmelidir. Bu husus fesih, bildirim süresi, tazminat ve rekabette bulunmama yükümlülüklerinin kullanımındaki kısıtlamalar ile ilgili hükümlerde belirtilmektedir.

Bir sözleşme feshedildiği takdirde, fesih tazminatının ölçülü olması gerekmektedir, bu husus her bir davada ayrı olarak değerlendirilmelidir. Değerlendirilecek hususlar sözleşmenin süresini, her iki taraf

için sözleşmenin geçmişteki ve gelecekte beklenen değeri, fesih sebebi ve sözleşmenin ihlalinin ağırlığıdır (bu fesih sebebi ise).

7. Enerji Piyasası İmtiyazlarının ve Lisansların Korunması: Yasa ve Teamül

Elektrik ve gaz üretimi ve tedariki pek çok üye devlette lisanslar veya imtiyazlar aracılığıyla düzenlenir. Elektrik iç piyasasında 2003/54/EC sayılı Direktif'in 6. maddesi çerçevesinde yeni yetki için bir yetkilendirme usulünün şartları gibi, AT düzeyinde bazı doğrudan koşullar mevcuttur. Buna ilaveten, AT hukuku kamu hizmeti imtiyazlarının yalnızca bazı yönlerini düzenler. Bu sözleşmelerin daha kapsamlı düzenlenmesine yönelik ihtiyacın ele alınmasına karşın, mevcut AT hukuku öncelikli olarak bu sözleşmelerin verilme koşulları ve mekanizmaları ile ilgilenir. Sözleşmenin verilmesinden sonraki aşamalar büyük ölçüde ulusal mevzuatın konusudur. AT hukuku yalnızca devlet ve imtiyaz sahibi arasındaki ilişkinin bu aşamasının bazı yönlerini düzenlemekte olup, olası değişiklik veya ilavelerin ayrımcılıktan uzak ve şeffaf bir biçimde gerçekleştirilmesini öngörür. Sözleşmenin koşulları, ister bir lisans ister bir imtiyaz olsun, çoğunlukla ulusal bir mesele olarak kalır ve buna bağlı olarak bu lisansların ve/veya imtiyazların şart ve koşulları devletten devlete değişiklik gösterir.

Kanunun ya da sözleşmenin ihlali iddiası çerçevesinde lisansların veya imtiyazların feshine ilişkin rapor veya kararlar yaygın olarak mevcut değildir. Bu noktada Birleşik Krallık önemli bir istisna teşkil etmektedir, bu ülkede lisansların iptaline ilişkin koşullar ve mevcut davalar çok iyi rapor edilmektedir. Bu belgeler İsveç ve Norveç gibi diğer ülkelerde de temin edilmesine karşın dil kısıtlılıklarından dolayı uygulamada yaygın olarak kullanılmamaktadır. Bu bölüm sözleşme ihlali nedeniyle enerji imtiyazlarının ve lisanslarının sona erdirilmesini incelemektedir. Mevcut lisansa ve/veya imtiyaz koşullarına ilaveten mevcut içtihat hukukuna da göz atacağız. Çeşitli üye devletlerin ne tür korumalar sunduğunu ve özel bir teşebbüsün hangi düzeyde iptal riski ile karşı karşıya olduğunu anlamamız açısından bu ikinci husus ayrıca önem taşımaktadır. Özellikle AB dışında yasal çerçevenin ümit verici olduğu ve güvenilir bir yatırıma sahip gibi görünmesine karşın hükümet politikası, uygulamaları ya da yasal reformlar gibi diğer etkenlerden dolayı yazılı kanunu yansıtmayan çok sayıda ülke bulunmaktadır.

AB ve Avrupa Serbest Ticaret Birliği'nin çeşitli üye devletlerindeki uygulamalara yönelik bir anket iki hususu ortaya koymaktadır. İlki, kanunun ya da sözleşmenin ihlalinden dolayı üretim ve/veya dağıtım lisanslarının ya da imtiyazlarının iptali durumlarının ender görülmesidir. AB ve EFTA ülkelerindeki hemen hemen tüm ulusal enerji piyasası kurumlarına bir anket gönderilmesinin ardından, yanıtlardan yalnızca dördünde kanunun ya da sözleşmenin ihlalinden dolayı söz konusu sözleşme veya lisansların fiilen iptalinden söz edilmiştir. İkincisi, iptal işlemi genellikle yalnızca önemli bir bildirim süresinin ardından ve/veya kapsamlı görüşmelerin gerçekleştirilmesinin ardından yürütülmektedir.

Bu davaları incelemeyen önce şuna dikkat edilmesi gerekmektedir: Belirli bir davada bilgilerin çoğunluğu ulusal makamların sağladığı bilgilere dayalıdır. Bu husus mutlaka akılda tutulmalıdır.

Birleşik Krallık

Belirtildiği üzere, lisans iptali konusundaki Birleşik Krallık sistemi iyi belgelendirilmektedir ve bu sisteme kolayca erişim sağlanabilmektedir. Yalnızca elektrik ile ilgili olarak (doğal gaz lisansları hariç tutulmak üzere), beş çeşit lisans mevcuttur: Elektrik Üretim (binalara elektrik tedarik etme ya da tedarikin sağlanmasını mümkün kılma amacıyla elektrik üretimi için), Elektrik İletim (tedarikin sağlanması amacıyla elektriğin iletimi), Elektrik Ara Bağlantı (bir elektrik ara bağlantısının çalışması için), Elektrik Dağıtım (tedarikin sağlanması amacıyla elektriğin dağıtımı, elektrik düşük gerilimli bir kablo ağı aracılığıyla Ulusal Şebekeden müşterilere dağıtılır) ve Elektrik Tedariki (binalara elektrik tedariki için)

Bu lisansların iptal koşulları ayrı ayrı her bir lisans türünde oldukça benzerdir. Her davada iptal mümkündür. Ayrıca her davada bir bildirim süresi mevcut olup uzunluğu iptal sebebine göre değişiklik göstermektedir. Genel ölçülülük şartlarına uygun olarak, bildirim süresi iptal nedeni ile ilişkilidir: Bu süre çok kısadır, örn. lisans alanın feshi kabul ettiği durumda 30 gün (ödemede acze düşme hali yalnızca 24 saatlik bildirim süresi ile özel bir durumdur). Kanunun veya lisans koşullarının ihlali durumunda bildirim süresi ihlalin ağırlığına bağlıdır: Haksız rekabetin sona erdirilmesinin reddi gibi daha olağanüstü du-

rumlarda bildirim süresi yalnızca 30 gündür ve daha olağan durumlarda ve geriye kalan yükümlülüklerde bildirim süresi 2 ile 4 ay arası değişir. Lisans alan, bildirim süresi içerisinde ihlalini giderdiği takdirde, lisans iptal tehdidi çoğu kez ortadan kalkacaktır.

Uygulamada, Birleşik Krallık'ta çeşitli türlerdeki enerji lisanslarının iptali kural olarak, lisans alanın acze düşmesi halinde ortaya çıkan bir durumdur. Diğer iptal türleri, örneğin kanunun ya da lisans koşullarının ihlali nedeniyle iptal durumu gerçekleşmiyor gibi gözükmektedir.

Bu örnek bir sözleşmenin feshine genel sözleşme hukukunun yaklaşımının nasıl Birleşik Krallık'taki enerji lisanslarının feshinde yer aldığını göstermektedir. Her iki durumda da, kanunu, sözleşmeyi ya da lisans koşullarını ihlal eden tarafa ihlalini gidermesi için ikinci bir fırsat verilir. İhlalin ağırlığı ve ihlalin tüm sözleşmedeki veya lisanstaki önemi de bildirim süresini düzenleyen önemli bir etkidir. Aşağıdaki bölümde görüleceği üzere, aynı mantık imtiyazların veya lisansların iptal edildiği, yalnızca esas yükümlülüklerin ciddi biçimde ihlalinin iptal gerekçesi olarak değerlendirildiği ve bu durumlarda dahi ihlalde bulunan tarafa kanunu ya da sözleşmeyi ihlal ettiğine dair bir bildirimde bulunulan ve ihlalini gidermesi için bir imkân tanınan tüm bu Avrupa ülkelerinde geçerlidir.

Finlandiya

Finlandiya'da imtiyazlara ilişkin özel kurallar bulunmamaktadır. Bu sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleri olarak değerlendirilmekte ve genel yasalar ile sözleşme hukuku ilkeleri çerçevesinde yönetilmektedir. Sözleşmelerin özel hukuk durumu Komisyon tarafından Finlandiya aleyhine açılmış ihlal davalarında ortaya konulmuştur.

Bu davada, AT bir Finlandiya belediyesi olan Ilomantsi'nin bir Finli teşebbüs olan Vapo Oy ile önceden hiçbir ilanda bulunmaksızın bölge ısıtma için uzun vadeli (20 yıllık) bir sözleşme akdettiğini belirtmiştir. Anlaşma ile Vapo Oy, yerel ısıtma sistemini kiralamış ve 20 yıllık süre ile yerel bölge ısıtma sistemini sağlama hak ve yükümlülüğünü elde etmiştir. Bu umuma kapalı sözleşme mekanizmasının AT madde 49'dan kaynaklanan şeffaflık ilkesine ter düştüğü öne sürülmüştür. Dava idari aşama ile sona ermiş ve ECJ'ye götürülmemiştir.

Bu davada devletin karşılaştığı zorluklardan biri sözleşmeyi bir sonuca bağlayacak araçları bulunmayışıydı. Mevzu bahis sözleşme bir özel hukuk düzenlemesi olarak taraflardan birinin tek taraflı fiillerine karşı korunmaktaydı.

İsveç

İsveç'te yüksek gerilimli elektrik hatlarının yapımı ve/veya işletilmesi için bir imtiyaz öngörülmektedir. Bir imtiyaz sahibinin yükümlülükleri yalnızca şebeke faaliyetlerini kapsamaktadır. Şebeke imtiyazları hükümet ya da Şebeke Kurumu (yani İsveç Enerji Kurumu) tarafından verilmektedir. Enerji Piyasaları Denetim Kurulu İsveç Enerji Kurumu'nun bağımsız bir bölümü olup, temel faaliyetlerinden biri de elektrik piyasasında şebeke şirketlerinin denetlenmesi ve tekel konumuna sahip olanların Elektrik Yasası'na uyup uymadıklarının kontrol edilmesidir.

Elektrik Yasası şebeke imtiyaz sahiplerinin hatları ve başkalarının tesislerini kendi şebekelerine makul şartlarda bağlamakla ve enerji sahibinin kim olduğundan bağımsız, elektriği makul şartlar altında iletmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Bu ayrıca iletim hizmetleri için faturalanan bedel için de geçerlidir, mesela şebeke tarifesi makul ve objektif hesaplamalara dayalı olmalıdır. Ayrıca tarafsız ve ayrımcılıktan uzak olmalıdır.

Bir imtiyaz sahibi Denetim Kurulu'nun elektrik kullanıcılarının menfaatine denetim görevlerini gerçekleştirebilmesini sağlamak üzere şebeke kurumuna sunulacak yıllık raporları hazırlamakla yükümlüdür.

İsveç Piyasaları Denetim Makamı / Ekfors Kraft AB

İsveç'te bir şebeke imtiyazını yönetme hakkının iptal edildiğinin gözlemlendiği tek olay İsveç'in kuzeyinde bulunan, Övertornea ve Haparanda'daki müşterilere elektrik temin etmek için bir şebeke imtiyazına sahip yerel bir elektrik iletim ve dağıtım firması olan Ekfors Kraft AB ile ilgilidir.

Ekfors Kraft AB'nin işindeki düzensizliklerden dolayı, Denetim Kurulu 2005'te Ekfors Kraft'ın yönetimi bu düzensizlikleri giderme-

si gerektiği yönünde hüküm vermesi için idari istinaf mahkemesine bir başvuruda bulunmuştur. Hem idari istinaf mahkemesi hem de ulusal idare mahkemesi Denetim Kurulu'nun lehine hükümde bulunmuş ve şirket 2006'ya dek yaklaşık bir yıl boyunca önce Vattenfall ve daha sonra Ackordscentralen tarafından yönetilmiştir.

Bu hükümlerin ana nedenleri Ekfors Kraft'ın 2000'de (birkaç yıl önce yasal adımlar fiilen atılmıştır) sona eren elektrik dağıtım imtiyazının yenilenmesi için başvuruda bulunmaması ve şirketin imtiyaz alanı dahilindeki bazı müşterileri şebekeye bağlamayı reddetmesiydi.

Bazı düzensizlikler zorunlu yönetim esnasında çözülmüş, ancak genel sorunlar varlığını sürdürmüş ve örneğin şebeke tarifesinde izin verilmeyen yüzde 33'lük ücret artışı gibi yeni sorunlar ortaya çıkmıştır. Zorunlu yönetim genel konuları çözüme ulaştırmadığı ve Ekfors Kraft yasal şartlara ve yasa çerçevesinde bağlayıcı kararlara uymayı reddettiği için, Denetim Kurulu şebekenin ve Ekfors Kraft'tan gelen ilgili mülklerin kamulaştırılması için bir başvuruda bulunmuştur. Esas duruşmalar 14 Mayıs 2007 tarihinde Lulea'daki mülk mahkemesinde gerçekleşmiş ve mahkeme kararını 13 Haziran 2007'de vermiş, kamulaştırma işlemine geçme hakkını teyit etmişti. Ekfors Kraft temyiz mahkemesine başvurmuş, mahkeme kararını 9 Temmuz 2008 tarihinde vermişti.

Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'na ve bu konvansiyonun mülkiyet hakkı hükümlerine atfen, mahkeme kamulaştırma için yasal ön koşulların bu davada gerçekleştirilmediğini tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre, zorunlu yönetime ilişkin sorunlar çözülebilirdi ve bu nedenle kamulaştırma kararı ölçülü olmayacaktı. Mahkeme bu nedenle Denetim Kurulu'nun başvurusunu reddetmiştir. Karar yine İsveç temyiz mahkemesine sunulmuş olup dava halen sürmektedir.

Norveç

Komşu ülke Norveç 2007 tarihinden, Norveç nihai kullanıcı piyasasında kanun ihlali ve imtiyaz ihlalinden ötürü enerji imtiyazının iptaline neden olan bir olay bildirmiştir.

İmtiyazın verilmesi Norveç Enerji Yasası'na dayalıdır. Birçok Avrupa ülkesinden farklı olarak, imtiyazlar sözleşme olarak kabul edilmemektedir. Buna rağmen, işlevsel açıdan bir kamu hukuku sözleş-

mesine çok benzer olduğu görülmektedir. Enerji Yasası'nın 4-1 sayılı bölümü, düzenleyiciye genel menfaat içerisinde başka şartlar belirleme yetkisi vermekle beraber imtiyaza bağlayabileceği bazı açık koşullar da ortaya sunar. Enerji Yasası'na ait Enerji Yönetmeliği'nin 4. Bölümü imtiyazın verilmesine ilişkin ek koşulları ve imtiyaza ait koşulları ortaya koymaktadır (Yönetmelik No 959 07.12.1990).

Bu özel durumda, imtiyazın 6.1 maddesi kanuna veya imtiyaz koşullarına aykırı olması durumunda geri alınabileceğini belirtmektedir.

B2C Energy AŞ isimli bir şirket Norveç enerji mevzuatının ihlalden dolayı Norveç nihai kullanıcı piyasasında işini sürdürmek üzere izin alamamıştır. Norveç Su Kaynakları ve Enerji Denetim Kurulu (NVE) şirketin Norveç nihai kullanıcı piyasasında bir elektrik satıcısı olarak faaliyetini sürdürmesi ile ilgili izni reddetmeden önce yaklaşık 6 ay boyunca şirketi yakından takip etmiştir (bu süre boyunca şirketle müzakerelerde bulunmuştur). B2C'nin ekonomik ve teknik faaliyetleri ile ilgili raporlar, şirketin hem nihai kullanıcılara elektrik satışı için uygun olmadığını hem de işlerini Norveç mevzuatına uygun olarak yürütmediğini açıkça ortaya koymuştur.

Şirketin kanunu ve imtiyazı ihlal eden faaliyetleri içerisinde, özel ek koşullara tabi olarak elektrik ticareti iznine geçici bir süre uzatımı verilmesinin ardından, pek çok müşteriden 2 aylık miktarın üzerinde ödemeyi peşin talep etmesi de yer almaktadır. Şirket bunu müşterilerine şirketle müşteri ilişkilerinin kabulü veya iptali arasında bir seçim hakkı tanıyarak gerçekleştirmiştir. Ayrıca, şirketin eksik raporlamaları basiretli bir elektrik tedarikçisi olarak hareket etmesi için gereken rutin iş ve müşteri sistemlerine sahip olmadığını göstermiştir. Üstelik şirketin müşterileri için fiyat ve hacimlerin yıllık muhasebesini tutmak üzere yeterli düzeni de bulunmamaktadır.

Kanun ve imtiyaz ihlallerini belirten raporlara karşın, şirketin faaliyetleri Norveç Su Kaynakları ve Enerji Denetim Kurulu tarafından 5 Mart 2007'de alınan fiili karar tarihine dek sürmüştür.

Hollanda

Hollanda'nın ayrıca bildirdiği bir örnekte, 1998 tarihli Elektrik Yasası'nın yürürlüğe girmesinden itibaren Hollanda Enerji Düzenleme Dairesi (DTe) ticari imtiyazı iptal etmek zorunda kalmıştır. 1998 Elekt-

rik Yasası'nın 95. maddesi lisans iptaline ilişkin esasları ortaya koymaktadır. Alt bölüm (i), *'Bakanımızın görüşüne göre, lisans sahibi diğer esaslar çerçevesinde lisanslı faaliyete ya da lisans koşullarına uygunluğu sağlamaya daha fazla yetkin görülmediği takdirde'* iptalin mümkün olduğunu belirtmektedir.

Hollandalı bir şirket olan E-part Financial Trading BV'ye 2005'te Hollanda Elektrik Yasası uyarınca bir elektrik tedarik lisansı verilmiştir. Şirket yaklaşık 460 müşterilik bir müşteri tabanı elde etmiştir. 9 Kasım 2006'da, mali suiistimal, gizli müşteri bilgilerinin kötüye kullanımı amacıyla fatura göndermeyi reddetme ve müşteri sorularının yanıtlanmaması gibi çok çeşitli tüketici şikâyetinden dolayı E-part'ın imtiyazı iptal edilmiştir. İptal kapsamlı görüşmelerden ve birkaç uyarıdan sonra gerçekleştirilmiştir.

Çek Cumhuriyeti

Son döneme dek, Çek Cumhuriyeti PPP'leri yürütmek için imtiyaz kullanmamış, bunun yerine işbirliğini imtiyazlara dayandırmıştır. 2006'da bir imtiyaz kanunu yürürlüğe konulmuş ve birkaç pilot proje başlatılmıştır. Her ne kadar Çek Cumhuriyeti güvenilir bir ortak olarak değerlendirilip imtiyaza ilişkin mevzuat ve genel bağlam oldukça ümit verici görülse de, bu ülkenin lisans iptalleri ile ilgili birkaç durum bildiren tek ülke olduğunun belirtilmesi de şaşırtıcı olacaktır.

Çek Enerji Yasası çerçevesinde bir enerji tedarik lisansının geri alınması, enerji tedarikinin kesintiye uğraması yönünde açık bir risk söz konusu olduğu ve enerji tedarikinin devamı için belli başlı enerji tesislerine ihtiyaç duyulduğu takdirde mümkündür. Bu durumda, belli tesislerin sınırlı bir süre için ve tazminat amacıyla kamulaştırılması da mümkündür. İptal usulünden önce ve usul boyunca lisans sahibi ile görüşmeler yürütülmektedir. Lisans koşullarının ya da kanunun ihlalinin giderilmesi halinde usul askıya alınacaktır.

Bu tür bir iptalin gerçekleşmesine ilişkin olarak son dönemden dört örnek mevcuttur:

Durum 1

İlk durum ısı üretimi ve dağıtımı ile ilgilidir. Bu durumda, işletmecisi şirket kendisine üretim ve dağıtım altyapısını kiralayan bir finan-

sal kiralama şirketine karşı finansal yükümlülüklerini yerine getirmeyi reddetmiştir. Buna cevaben, finansal kiralama şirketi işletmeci şirketi sözleşme ilişkisini bitirmekle ve tesislerine el koymakla tehdit etmiştir. Isı, enerji ve sıcak su tedarikinin kesintiye uğramasından endişelenen Enerji Düzenleme Dairesi dağıtım ve üretim tesislerini mühürlemiş ve bunları bir başka alternatif şirketin kontrolüne vermiştir. Isı enerjisi ve su tedariki yaklaşık 10 gün boyunca bu alternatif şirket tarafından yürütülmüştür. Bu süre boyunca esas işletmeci ile finansal kiralama şirketi arasındaki meseleler çözülmüş ve enerji tesisleri eski işletmeci tarafından devralınmıştır.

Durum 2

İkinci durum yerel gaz dağıtımı ile ilgilidir. Yerel gaz dağıtım sistemi yeni bir sahibe satılmıştır. Ulusal makamlara göre dağıtım sisteminin düşük kârlılığından ötürü, yeni sahip bu sistemi çalıştırmak üzere harekete geçmemiştir. Bundan dolayı, yerel gaz dağıtım sistemine bağlı yaklaşık beş şirketin tedarik güvenliği tehlikeye girmiştir. İdari bir usul ile Enerji Düzenleme Dairesi dağıtım sistemini devralmış ve bunu ilgili bölgesel gaz dağıtım şirketine devretmiştir, gaz dağıtım sistemini satın alan bu şirket de bugün sistemin işletmecisidir.

Durum 3

Bu durum yerel gaz dağıtımı ile ilgilidir. Gaz dağıtım sistemi iki ayrı mal sahibinin mülkiyetinde ve denetiminde bulunmaktaydı, bu mal sahipleri dağıtım işinden elde edilen gelire ilgili bazı hususlarda anlaşmazlığa düşmüşlerdir. Görüldüğü kadarıyla, bu anlaşmazlık çok sayıda müşteriye yapılmakta olan gaz tedarikinin kesintiye uğraması riskini beraberinde getirmiştir. Bundan dolayı, Enerji Düzenleme Dairesi idari usulü başlatmış ve ihtilaf süresince aktifler çoğunluğun denetimine verilmiştir. İdari süreç esnasında, taraflar bir anlaşmaya varmışlar ve usul sonlandırılmıştır.

Durum 4

Son durum elektrik ve ısı tedariki ile ilgilidir. Sürmekte olan (ve mevcut ayrıntıları oldukça belirsiz olan) bu davada yaklaşık 10 müşte-

ri için elektrik tedarikinin kesintiye uğraması tehlikesi ve ardından 500 hanenin daha ısı ve sıcak su tedarikinin kesintiye uğraması 'yerel dağıtım sistemi işletmecisinin kusurlu fiillerinden' kaynaklanmıştır. Bu noktada Enerji Düzenleme Dairesi idari usulü başlatmış, bu süreç boyunca yerel dağıtım sistemi ara bir düzenleme olarak bir başka dağıtım şirketinin kontrolüne verilmiştir.

Diğer Avrupa Ülkeleri

EBRD çeşitli türlerde PPP'ler ve özel olarak imtiyazlar üzerine önemli bir çalışma yürütmüştür. Bu çalışmanın odağı doğal olarak Avrupa'daki geçiş ülkeleri ve komşu bölgelerdir.

Çalışmanın resmettiği genel tablo bir ülkenin coğrafi konumu AB'den ne kadar uzakta ise kredi değerliliğinin o kadar düşük olduğu yönündedir. Çalışma birtakım avukatlara uygulanan anketlere dayalı olarak yürütülmüş ve yanıt veren 26 kişiden 16'sı ihale makamlarının (sosyal ve/veya politik baskı altında dahi) genellikle sözleşmelere bağlı kaldığını ve fesih halinde yeterli tazminat verdiğini belirtmiştir.

Çek Cumhuriyeti için söz konusu çalışma başarılı bir projeye yönelik büyük potansiyel ortaya koymuştur. Bu diğer ölçütlerin yanı sıra kamu makamlarının genelde taraf oldukları sözleşmelere bağlı kalmalarına da dayalıdır. Azerbaycan, Beyaz Rusya, Kırgız Cumhuriyeti, Tacikistan ve Özbekistan gibi diğer ülkelerin kredi değerlilikleri çok düşüktür, bu (özellikle elektrik alanındaki) imtiyazların erken feshedilmiş olmasına ve bunlarla ilgili anlaşmazlıklara dayalıdır. Kazakistan genel derecelendirmede nispeten iyi bir sonuç olsa da, sözleşmelere riayet etme anlamında başarısız olmuş ve buna bağlı olarak da imtiyazların erken feshi ile ilgili çok sayıda durum bildirilmiştir.

EBRD çalışmasında yer alan bu ülkelerden özel bir örnek de Macaristan'dır. Şaşırtıcı biçimde, Macaristan'da bir gaz şebekesinin işletilmesi ve gaz satışı örneğin iki rejim ile yönetilmektedir: Lisanslar (ulaşım ve muhafaza için) ve imtiyazlar (dağıtım ve satış için). Macaristan hukuku çerçevesinde imtiyazlar, özel hukuk düzenlemeleri olarak değerlendirilirler: Bunlar medeni kanun çerçevesinde (imtiyazlarda geçerli genel kanunlar *-lex generalis-* olarak) düzenlenir ve genel mahkemelerin yargı yetkisine tabi olurlar. Macaristan İmtiyaz Yasası pek çok hususun yanı sıra ürünlerin boru hattı yoluyla sevkiya-

tı ve muhafazaları için bir imtiyaz sözleşmesi de verilebileceğini belirtmektedir. Kanun çerçevesinde bu tür sözleşmeler yalnızca İmtiyaz Yasası veya sözleşmenin kendisi çerçevesinde tanımlanan durumlarda erken feshedilebilir. İmtiyaz Yasası çerçevesindeki durumlar teknik niteliğe sahip olup projenin ön koşulları ile ilintilidir: Bu koşullar Macaristan'da bir imtiyaz şirketi kurma yükümlülüğü, gerekli hükümet izinlerinin alınmaması veya geri alınması ve benzeridir. Bu çerçevede, fesih ile ilgili sözleşme koşulları imtiyaz sözleşmesinin ihlali veya projenin özel şartlarına uyulmaması ile ilişkili gibi görünmektedir. Sözleşmenin ihlalden dolayı erken fesih durumunda, ihlalde bulunan tarafa yetkili bir mahkemede dava açılmalıdır. Erken feshe ilişkin sözleşme koşullarının önceden kararlaştırılması şartına benzer olarak ayrıca kamu makamının imtiyaz şartlarını tek taraflı olarak değiştirme hakkı da taraflar arasında önceden (yazılı olarak ve imtiyaz sözleşmesinde) yapılacak anlaşmaya tabidir.

Doğal gaz satışı ve dağıtımını (ile elektrik üretimi ve iletimi) Macaristan'daki lisans rejimine tabidir. Gaz Yasası'na göre, lisans sahibi yasal yükümlülüklerini karşılayamaz durumda ise veya kendisine yapılan uyarıya ve konulan para cezasına karşın gaz tedarik sistemini tedarikin emniyetini veya kamunun yaşamını, sağlığını veya mülkünü yahut çevreyi ciddi tehlikeye atacak biçimde işletmeyi sürdürdüğü takdirde bu lisans Macaristan Enerji Dairesi tarafından geri alınabilir. Macaristan Elektrik Yasası çerçevesinde erken fesih hakkı aynı koşullara; uyarı ve para cezasına tabidir.

8. Sonuç

Bu makale çeşitli PPP biçimlerini incelemiştir. Özel sektörün kamu hizmetlerinin üretimine katılımı arttıkça, bu tür sözleşmelerin sayısının da artış göstermesi beklenebilir. Buna karşın, özel sektörü dışarıdan sağlanabilecek bir geleneksel devlet sorumluluğu alanına sokmayı amaçlayan bu tür sözleşmeye dayalı ve sözleşme dışı çözümlerin artışı zorluklardan arındırılmış değildir.

Bu yeni sözleşme biçimlerinin ve diğer çözümlerin niteliği çoğunlukla belirsizdir. Bunlar sözleşme olarak mı yoksa (sadece sözleşme görünümünde) tek taraflı işlem olarak mı değerlendirilmelidirler? Özel hukuk sözleşmeleri olarak mı yoksa kamu hukuku sözleş-

meleri olarak mı ele alınmalıdırlar? Ayrım ilk aşamada önemli midir? Bu yasalar hangi düzeyde kesinlik ve koruma sağlamaktadırlar?

Bu makale bu sorulara ışık tutmuştur. Söz konusu meseleye de Avrupa hukuku açısından yaklaşmıştır. Burada incelenen kuramsal konulara ve uygulamalara dayalı olarak, bu farklı PPP biçimlerinin sunduğu kesinlik ve koruma düzeylerinin kabul edilebilir olduğu görülmektedir. AB ülkelerinin hükümetleri taahhütlerini yerine getirmektedirler. Sözleşmeler iptal edildiğinde, usulüne uygun değerlendirilme yapılmaksızın karar alınmamaktadır ve özel kişiliğin hakları da bu süreçte bir rol oynamaktadır. Fesih veya iptal durumları nadiren görülmekte olup yatırımcıya çoğu zaman ihlalini gidermesi için fırsat tanınmaktadır. Yalnızca bu tür bir imkanın halihazırda (genellikle uzun görüşmeler sonrasında) verilmiş olması koşuluyla imtiyaz veya lisans geri alınabilir.

Bu makale Avrupa'ya odaklanmıştır. Atlantik'in diğer tarafına kısa bir göz attığımızda da hükümet sözleşmelerine benzer bir yaklaşım tespit edebiliriz. Kamu makamları tarafından imzalanan sözleşmelerde ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesine bağlılık konusu da ABD Yüksek Mahkemesi'nin teamüllerinde giderek artan biçimde gözlemlenmektedir.

MARKA HACZİ VE PARAYA ÇEVİRİLMESİ

Murat DÖNMEZ*

Marka Kavramı ve Genel Açıklamalar

Marka, bir işletmenin mal veya hizmetlerini tanıtmaya, benzerlerinden ayırt etmeye yarar.¹

Marka, bir teşebbüsün mallarını ve/veya hizmetlerini başka teşebbüslerinkinden ayırt etmeyi sağlayan, aynı zamanda para ile ölçülebilen bir değeri temsil etmesi sebebiyle, kişinin ya da işletmenin malvarlığı içinde yer alan unsurlardan biridir.²

Ancak malvarlığı terimi geniş bir kavram olup bu kavram içerisinde maddi ve maddi olmayan unsurlarda yer alır. Marka da bu ayırım içerisinde bir kişinin ya da işletmenin maddi olmayan (gayri maddi) mal varlıkları içerisinde yer alır.³

Marka hakkı, haklar kategorisinde ise, değeri para ile ölçülebilen haklardan olan ve ileri sürülebileceği çevre bakımından da gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklar arasında yer alan fikri haklara ve fikri haklar içinde de sınai haklara dahil olan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴

* Av., İzmir Barosu.

¹ Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 245; Bahtiyar, Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 94; Baktır, Selma, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 135; Bozer, Ali, *Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi*, s. 95; Deryal, Yahya, *Ticaret Hukuku*, s. 103; İnal, Tamer, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 220; Kayar, İsmail, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 191; Kayıhan, Şaban, *Ticaret Hukuku*, s. 63.

² Kaya, Arslan, *Marka Hukuku*, s. 34.

³ Kaya, Arslan, *a. g. e.*, s. 34; Kayıhan, Şaban, *a. g. e.*, s. 70.

⁴ Kaya, Arslan, *a. g. e.*, s. 44; Kayıhan, Şaban, *a. g. e.*, s. 70; Özel, Çağlar, *Marka Lisansı Sözleşmesi*, s. 36.

Tescilli veya tescilsiz bir marka üzerindeki hak borçlandırıcı veya tasarrufi işlemlere konu olabilir. Dolayısıyla, ticari işletmenin bir unsuru olan marka işletme ile birlikte veya işletmeden ayrı olarak devir edilebilir, üzerinde işletme rehni tesis edilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, üzerinde rehin hakkı ya da intifa hakkı tesis edilebilir.⁵

Marka tescilinden doğan hak ve marka tescil başvurusu ile sağlanan hak haczedilebilir. İşletmeden bağımsız olarak devredilebilen marka hakkı, aynı şekilde işletmeden bağımsız olarak haczedilebilir.⁶

Haciz işlemi sadece tescilli markalar için değil tescilsiz markalar için de söz konusudur.⁷ Zira tescilsiz marka da gayri maddi malvarlığı değeridir ve haczi de mümkündür. Haciz işleminin uygulanabilmesi için markanın tescilli olması şart değildir. Ancak durumda tescilsiz markanın bir sicil kaydı bulunmadığı için Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 19/2 hükmü uygulanmaz, tescilsiz markanın haczi, icra müdürünce düzenlenen bir tutanak ile yapılır.⁸

Markanın haczedilebilirliği konusunda markanın türünün ne olduğu da önemli değildir. Garanti markası ve ortak markaların haczedilip haczedilemeyeceği konusunda mezkûr KHK'da bir hüküm yer almamıştır. Ancak bu tür markaların devri mümkün olduğuna göre haczinin de mümkün olduğunu kabul etmek gerekecektir.⁹

Markanın bir gerçek kişinin isminden oluşması halinde haczedilip haczedilemeyeceği konusunda öğretide değişik görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre marka sahibinin soyadı gibi kişisel unsurlar içeriyor ise ve haciz MK m. 24 anlamında şahsiyet hakkına tecavüz oluşturuyor ise haciz işlemi yapılmamalıdır.¹⁰ Diğer bir görüşe göre ise markanın kişinin adı ve soyadından oluşması tek başına markanın haczedilmesine engel değildir.¹¹ Kanımızca da markanın kişinin ad ve soyadından

⁵ Kaya, Arslan, *a. g. e.*, s. 44.

⁶ Kaya, Arslan, *a. g. e.*, s. 216.

⁷ Kaya, Arslan, *a. g. e.*, s. 216 dn.39; Özel, Çağlar; *a. g. e.*, s. 41.

⁸ Kaya, Arslan, *a. g. e.*, s. 216 dn. 39.

⁹ Kaya, Arslan, *a. g. e.*, s. 217; Özel, Çağlar; *a. g. e.*, s. 41.

¹⁰ Oytaç, Kutlu, *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku*, s. 209; Özel, Çağlar; *a. g. e.*, s. 41; *Sn. Özel'e* göre markanın ayın zamanda bir gerçek kişinin ismini oluşturması hali, markanın serbestçe değerlendirileceği ilkesine istisna oluşturur.

¹¹ Aslan, Kaya, *a. g. e.*, s. 216; *Sn. Aslan'a* göre bizatihi haciz ve paraya çevirme işlemi kişilik haklarının ihlalinin oluşturmaz. Hacizle bağlantılı olarak kişilik haklarının ihlali markanın

oluşması markanın haczedilmesine engel teşkil etmez. Kişilik haklarının zedelenmesi daha çok markanın kullanımı ile ilgili bir husustur.

Marka Hakkının Haczi

Türk Patent Enstitü (TPE)'deki Markalar Sicili'ne kaydedilmiş ve tescil edilmiş bir markanın haczi konusunda, İcra ve İflâs Kanunu'nda bir hüküm yer almamaktadır. Markanın haczi ile ilgili olarak 27.06.1995 tarih ve 22236 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 24.06.1995 tarih ve 556 sayılı "*Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*"nin *Haciz* başlığını taşıyan 19. maddesinde; "*Tescilli bir marka işletmeden bağımsız olarak haciz edilebilir. Haciz sicile kayıt edilir ve yayımlanır*" şeklinde yer alan bir hüküm ile belirtilmiştir. Ancak bu madde de haczin usulü hakkında ayrıntılı bir düzenleme yer almamaktadır.

Mevcut düzenleme haciz prosedürü konusunda açıklayıcı bir nitelik taşımamakla birlikte, sicile kayıtlı varlıkların (taşınmazların, motorlu taşıtların ve gemiler gibi) haczi konusunda uygulanan prosedürün burada da uygulanabileceğini söyleyebiliriz. Zira İİK'nın 79. maddesi'nin 2. fıkrasına göre "*Resmi sicile kayıtlı malların haczi, takibin yapıldığı icra dairesi'nce, kaydına işletilmek suretiyle doğrudan doğruya yapılabilir.*"

Dolayısıyla haciz işlemi, alacaklı vekilinin talebi doğrultusunda icra müdürünün TPE'ye doğrudan yazacağı bir müzekkere ile gerçekleştirilebilecektir. Takibin Ankara dışında yer alan bir icra dairesince örneğin İzmir icra dairelerinden biri tarafından yapılması durumunda, İzmir icra dairesi haciz konusunda Ankara'daki icra dairesini istinabe etmeksizin uygulamadaki diğer bir tabiriyle bu konuda bir talimat yazmaksızın doğrudan doğruya TPE'ye yapacağı bildirim ile ilgili sicile şerh verilmek suretiyle markanın haczedilmesini isteyebilecektir.

kullanılma şekli ile alakalı bir husustur. Sorun, marka üzerinde sahibinin manevi haklarının da olup olmadığı ve kişilik hakları meselesidir. Bunlar da esasen markanın kullanılma şekli ile ilgilidir. (s. 216 dn. 40)

Haczin Borçluya Bildirimi

Alacaklının satış talebinde bulunmadan önce haciz işlemi ile ilgili olarak eğer haciz borçlunun gıyabında yapılmış ise ki genellikle marka hacizleri TPE'ye bildirimde bulunarak sicile şerh verilmek suretiyle yapıldığından borçlunun işlemde bir bilgisi olmamaktadır. Bu nedenle borçluya, İİK m. 103 gereğince (22) örnek davet kâğıdı (İİK Yönetmeliği m. 17) tebliğ edilmek suretiyle haciz işlemi kendisine bildirilmelidir.

Kıymet Takdiri

Yapılan haciz işleminden sonra, markanın öncelikle İİK m. 87 gereğince uzman bilirkişiler tarafından kıymet takdirinin yaptırılması gerekecektir.

Ancak şu hususu belirtmek gerekir ki markanın değerinin hesaplanması başlı başına bir sorundur. Bugün uygulamada çok fazla marka değerlendirme yöntemi olmasına karşın marka değerinin hesaplanmasında herkes tarafından doğruluğu genel kabul görmüş bir değerlendirme yöntemi de bulunmamaktadır.

Uygulamada kullanılan marka değerlendirme yöntemlerinin hesaplama biçimindeki ve hesaplama yönteminde esas aldıkları verilerdeki farklılar, aynı marka hakkında farklı sonuçlar verebilmektedir.¹²

İcra dairesince yaptırılan kıymet takdirine ilgililerin icra mahkemesi nezdinde yapacakları şikâyet neticesinde, icra mahkemesinin özellikle yüksek değer tespiti yapılan markaların yeniden değerinin tespiti için bu konuda mahalli bilirkişilerden değil de üniversitelerdeki mevcut öğretim üyelerinden ya da Türk Patent Enstitüsü'nde görevli uzmanlardan yararlanmasının daha sağlıklı olabileceği kanısındayım.

¹² *Interbrand modeli* Volkswagen markasına 2002'de 7.6 milyar Euro, buna karşılık *Semion modeli* 18.8 milyar Euro değer biçmiştir. Aynı şekilde *Coca Cola* markasının değeri konusunda (1992), *Farquhar et al* 3 milyar dolar rakamını bulmuş, *Ourusoff et al* ise 24 milyar dolar ve *Financial World* firması da 33 milyar dolar değer biçmişlerdir. Ayrıca PwC'nin 2004'te ilgili bir yayınında 9 ayrı modelin, belirli bir markanın varsayım değeri için 173 milyon ile 958 milyon Euro arasında değişen rakamlar bulduklarını belirtmiştir. (Yüksel, Ülkü / Yüksel Mermod, Aslı, *Marka Yönetimi ve Marka Değerinin Ölçülmesi*, s. 204)

556 Sayılı KHK'ye Aykırı Marka Devrinin Takip Hukukuna Etkisi

Marka, tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebilir (KHK m. 16/1). Devir taraflardan birinin talebi üzerine, sicile kayıt edilir ve yayınlanır (m. 16/6). Devir sicile kayıt edilmediği sürece, taraflar markanın tescilinden doğan yetkileri iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez (m. 16/7).

556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin anılan hükümleri doğrultusunda, marka devri sicile kayıt edilmediği sürece takip alacaklısının haklarını etkilemeyecektir.¹³

Haczin Marka Hakkının Borçlu Tarafından Kullanımına ve Diğer Tasarruf İşlemlerine Etkisi

Öğretide ileri sürülen görüşe göre; markanın haczedilmesi, marka hakkı sahibi borçlunun marka üzerinde rehin hakkı tesis etmesi ya da markayı üçüncü bir şahsa devir etmesine engel teşkil etmez. Aynı şekilde haciz borçlunun markayı kullanmasını da engellemez. Markayı devralan üçüncü şahıs markayı üzerindeki haciz yükü ile birlikte devralır.

¹³ Y. 21. HD, 06.10.2003 T. E.6142 K.7462 “Davanın yasal dayanağını oluşturan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesine göre marka hakkı tescil yolu ile elde edilebilir. 16. maddenin 4. fıkrasına göre ise, marka devri, sicile kayıt edilmediği sürece taraflar markanın tescilinden doğan yetkileri iyi niyetli 3. kişilere karşı ileri süremez. Somut olayda ise, dava konusu marka borca esas çeklerin keşide tarihlerinden sonra 11.10.2000 tarihli marka devir sözleşmesi ile davacıya devredilmiştir. Devir her ne kadar hacizden önce gözükmekte ise de kayıt ve tescil edilmediğinden takip alacaklısının haklarını etkilemeyeceğinden istihkak davasının reddi gerekir. “Y. 21. HD, 20.06.2000 T. E.4781 K.4908” Kredi borçlusu O. Makarnacılık Sanayi ve Ticaret AŞ adına tescilli 18 adet marka, borçlu O... Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ adına 2 adet, O... Mobilya ve Ağaç Ürünleri Sanayi AŞ adına tescilli 2 adet marka üzerine haciz 26.10.1999 tarihinde konulmuştur. Davacı 3.kişi bu markaları marka sahibi borçlu şirketlerden 28.07.1999 tarihli devir sözleşmeleriyle devraldığını ileri sürerek bu markalar üzerine konulan hacizlerin kaldırılmasını istemiştir. Ancak bu markalar devralan davacı adına tescil ve ilan edilmiştir. 27.06.1995 tarihli *Resmi Gazete*'de yayınlanan Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname'nin 9/son ve 16/son maddeleri uyarınca marka siciline tescil ve ilan edilmeyen markalardan doğan hakların iyi niyetli 3. kişilere, somut olayda takip alacaklısına karşı ileri sürülmesi olanaksızdır. Dairemizin yerleşmiş uygulaması da bu yoldadır. (21. HD, 30.11.1999 gün ve 1997/7727-8662 sayılı kararı).” (Güneren, Ali, *İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarruf İptal Davaları*, s. 243-244)

Zira Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de konu ile ilgili bir kararında¹⁴ marka haczinde İİK. m. 86'nın uygulanamayacağı, dolayısıyla haciz işleminin, markanın üçüncü bir şahsa devrine engel teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Anılan kararın önemi ve bu konuda fazlaca karar bulunmaması sebebiyle mezkûr kararın geniş bir metni aşağıda sunulmaktadır.

“Davacı vekili, dava dışı M. AŞ'nin sahibi bulunduğu 10 adet marka haklarını müvekkile devrettiği halde, müvekkili tarafından yapılan tescil başvurusunun davalı TPE tarafından haksız olarak reddedildiğini ileri sürerek, markaların davacı adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı TPE vekili cevabında, markalar üzerinde farklı icra takipleri ve haciz şerhleri bulunduğunu, menkul hükmünde olan markalar ile ilgili İİK'nun 86. maddesi gereğince ret talebinin yerinde olduğunun savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia ve savunmaya, toplanan delillere nazaran, MK'nun 686 ve 796. maddeleri ile 556 sayılı KHK'nun 15.maddeleri birlikte değerlendirildiğinde marka hakkının menkul niteliğinde olup, İİK'nun 86/1.maddesi hükmü gereğince, alacaklının ve icra memurunun müsadese alınmaksızın mahcuz mallarda tasarruf edilemeyeceği, bu itibarla hacizli markaların tescil başvurusunun reddinde bir isabetsizlik bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere davadaki uyuşmazlığın odak noktası üzerine haciz işlemi uygulanmış markanın, devir sebebi ile devir alan kimse adına tescili için haciz alacaklıların bu devre muvafakatlarının aranıp aranmayacağı hususunu oluşturmaktadır.

Dosya kapsamından, dava dışı M. AŞ tarafından dava konusu markaların noter tasdikli sözleşme ile davalı M. AŞ'ye devir edildiği, bu devir sözleşmesine dayanılarak davacı tarafından bu markaların adlarına tescili için davalı TPE'ye başvurulduğu, davalı tarafından marka sicilleri üzerinde çeşitli icra daireleri aracılığı ile haciz şerhi koydurulduğu bu durumda İİK'nun 86. maddesi hükmü uyarınca alacaklının muvafakati ve icra müdürlerinin müsadese olmadan marka devrinin yapılamayacağı gerekçesiyle davacı talebinin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

¹⁴ Y. 11. HD, 09.03.2000 T. E.1999/8623 K.2000/2232 (YKD, 2000/11, s. 1702-1704)

Bu durumda uyuşmazlığın çözümü İİK'nun 86.maddesinin markalar hakkında da uygulanıp uygulanmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, belirtmek gerekir ki, marka ve ayırt edici ad ve işaretler maddi bir varlığa sahip bulunmamaktadır. Bu nedenle yani bir eşya niteliğini haiz olmadığından zilyetliğe de konu olmazlar. Bunun sonucu olarak da üzerinde zilyetlik oluşturabilinen menkullerden sayılması da mümkün değildir. O halde, ilk bakışta belirlenebileceği gibi menkul mallarla sınırlı İİK'nun 86. maddesi markalar bakımından uygulama alanı bulamaz. Nitekim kanun koyucu da bu amaçla 556 sayılı KHK'nun 19. maddesinde markaların haczini özel olarak düzenlemiş ve İİK'nun haciz yolu ile takipteki 86. maddesine yollama yapmadan, markaların işletmeden bağımsız olarak haczedilebileceği ve haczin sicile kayıt ve keyfiyetin yayınlanacağını öngörmüştür. Yasa koyucunun bu düzenleme ile yetinmesi çok doğaldır. Zira menkul mallarla ilgili İİK'nun 86/1. maddesinin getirdiği tasarruf yetkisini sınırlama, o menkul malın zilyet değiştirmesi halinde alacaklının bundan zarar görmesini önlemeye yöneliktir. Sicile kayıtlı ve devir işlemleri de ancak sicil üzerinden oluşabilecek marka hakkı bakımından bu sınırlandırmaya gerek yoktur. Haczin sicile şerhi ile o markayı devir alacak kişilerin bu yükümlülükle marka hakkını üzerine aldıklarının kabulü gerekir. Bu durumda da haciz alacakların devir işleminden, devir alan kimse bakımından da onu bağlayacak diğer bir deyişle haciz prosedürü işlemeye devam edecektir.

556 sayılı KHK'nın tescil ret sebeplerini sayan 7 ve 8. maddelerin de bu yönde bir hüküm bulunmadığına göre, mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yukarıda değinilen hususları dikkate almayan gerekçelerle davanın reddine karar verilmiş olması isabetsiz görülmüş ve kararın davadı yararına bozulması gerekmektedir."

Ancak Danıştay hacizli markanın devri konusunda Yargıtay'ın yukarıda anılan kararının aksi yönde görüş bildirmiş ve hacizli markanın devre konu olamayacağını belirtmiştir.¹⁵

Kanımızca da her ne kadar İİK m. 86 hükmü taşınırlara ilişkin bir düzenleme olup ayrıca sınai haklara ilişkin ayrıca bir düzenleme ge-

¹⁵ Danıştay 10. Daire 28.01.1999 T. E.1996/8828 K.24 " ... 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 86. maddesinde; borçlunun, alacaklının muvafakati ve icra memurunun müsaadesi alınmaksızın, mahcuz menkul mallarda tasarruf edemeyeceği hükmüne bağlanmıştır. Sınai mülkiyet hukukuna göre haczedilebilecek olan marka üzerinde haciz uygulanması halinde, markanın devredilemeyeceği de tartışmasız olup..." (Uyar, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, C. 6, s. 7543-7545.)

tirmemekte ise de kıyasen markanın haczinde de aynı hükmün uygulanabileceği görüşümdedir. Zira yukarıda anılan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin kararında da belirtildiği üzere İİK'nın 86/1. maddesinin getirdiği tasarruf yetkisini sınırlama, o menkul malın zilyet değiştirmesi halinde alacaklının bundan zarar görmesini önlemeye yöneliktir. Dolayısıyla markanın devrinde de aynı tehlike söz konusudur. Devralan kişinin, markanın kötüye kullanımından dolayı markanın değerini düşürecek eylemlerde bulunması ve alacaklının bir zarara uğraması söz konusu olabilecektir. Ancak alacaklı ve icra dairesinin muvafakati ile devrin gerçekleşmesi mümkün olabilecektir.

Marka Hakkının Paraya Çevrilmesi

Haczedilen marka hakkının veya marka tescil başvurusunun paraya çevrilmesi İİK m. 121 uyarınca yapılacaktır.¹⁶ Zira 121. madde de *"Bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi gibi yukarıdaki maddelerde gösterilmeyen başka nevi malların satılması lazım gelirse icra müdürü satışın yapılacağını icra mahkemesinden sorar."* hükmü getirilmiştir.

Dolayısıyla icra müdürü m. 121 kapsamında satışın nasıl yapılacağını icra mahkemesinden soracaktır. İcra mahkemesi de gerektiğinde ilgilileri de dinledikten sonra satışın açık artırma suretiyle yapılmasına karar verebileceği gibi satış için bir memur da tayin edebilecek ya da diğer tedbirleri alabilecektir.

İİK m. 121 hükmünde icra mahkemesinin pazarlıkla satışa karar verebileceği yönünde bir hüküm olmamakla birlikte özellikle m. 119/1 hükmü gereğince bütün ilgililerin pazarlıkla satışı talep etmeleri durumunda icra mahkemesinin pazarlıkla satışa da karar verebileceği kanısındayım.

Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki aslında m. 121 hükmünün uygulama açısından çok da gerekli bir hüküm olduğu söylenemez. Kaldı ki mevcut hüküm mahcuz mal ve hakların paraya çevrilmesi konusunda icra mahkemesine uygulamadan farklı bir yetki tanımamış ve farklı bir yenilik de getirmemiştir. Zira hükümde de mahkemenin *açık artırma ile satışa kara verebileceği* ya da *bir satış memuru tayin edebileceği* ya da pek de açık olmayan ve neyi kastettiği anlaşılamayan

¹⁶ Kaya, Arslan, a. g. e., s. 218; Oytaç, Kutlu, a. g. e., s. 209; Özel, Çağlar, a. g. e., s. 41.

bir ifade tarzı ile “iktiza eden başka tedbirleri alabileceği” belirtilmiştir. Dolayısıyla m. 121 hükmü icra dairesinin uygulamadaki yöntemlerinden farklı bir satış usulü de getirmemiştir. Ayrıca yine madde de yer alan ve icra mahkemesine satış memuru tayin yetkisi veren hüküm de çok da yerinde değildir. Zira icra mahkemesinin atayacağı bir satış memurunun da mahcuz malın ya da hakkın satışını bir icra müdüründen daha iyi bir şekilde yapabileceğini kabul etmek de pek mümkün görünmemektedir.¹⁷ Diğer bir nokta da icra müdürünün tayin ettiği satış usulü konusunda ilgililer bu yöntemin malın satışı konusunda gerekli faydayı sağlamayacağını düşünüyor iseler ya da bütün ilgililerin mal ya da hakkın pazarlık sureti ile satışını talep etmişler ancak icra müdürü açık artırma ile satışa karar vermiş ise icra müdürünün bu kararına karşı icra mahkemesine şikâyet hakkı bulunduğundan (İİK m. 16) icra mahkemesi de satış usulü konusunda zaten bir karar vermek durumunda kalacaktır. Ancak herhangi bir şikâyet olmaksızın icra dairesinin haczedilen bir mal ya da hakkın satışının ne şekilde olacağı konusunda icra mahkemesinden bir görüş istemesi, icra mahkemelerinin iş yoğunluğunu artırabileceği gibi ayrıca satış işlemlerinin de bir an önce hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesini önleyen ve zaman kaybına sebebiyet veren bir usul olarak karşımıza çıkmaktadır.

Markanın İhale Alıcısı Adına Tescili

Marka hakkının paraya çevrilmesi neticesi, markanın ihale alıcısı adına tescili işlemi için icra müdürlüğü gerekli işlemleri yapacaktır.

İcra müdürü bu kapsamda markanın ihale alıcısı adına tescili için TPE'ye yazacağı müzekkerede markanın tescil numarası ile markanın adını ve ihale alıcısının ismini belirterek mezkûr markanın cebri icra yolu ile satışının yapıldığı bu nedenle ihale alıcısı adına tescil işleminin yapılmasını talep edecektir (KHK Yön. m. 19/d)

Mülkiyetin İhale Kararı ile Kazanılması ve Hukuki Sonuçları

Marka hakkının açık artırma suretiyle satışının yapılması halinde, marka hakkının mülkiyeti, ihale alıcısına, ihale anında yani kendisine malın ihale edildiğine ilişkin icra müdürünün kararı ile geçer (BK m. 231).

¹⁷ Domaniç, Hayri, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 745.

Pazarlık sureti ile satışlarda öğretilerdeki baskın görüş¹⁸ ise mülkiyetin, malın ihale alıcısına teslimi ile geçeceği yönündedir. Ancak pazarlık suretiyle satış bir cebri icra işlemi olduğundan artırma suretiyle satışlarda olduğu gibi malın mülkiyetinin alıcıya, teslim şartı aranmaksızın icra müdürünün alıcıya ihale edilmesi kararı ile geçeceği kanısındayım.¹⁹

Marka hakkının ihale kararı ile birlikte ihale alıcısına geçmesi ile birlikte; ihale kesinleşinceye kadar geçen sürede, ihaleye konu marka hakkının korunmasını gerektiren durumlar söz konusu ise, bu durumda ihale alıcısı adına tescil yapılmasını beklemeden, marka hakkının korunmasına yönelik gerekli davaları açma, hukuki taleplerde bulunma hakkına sahip olabilecektir.

KAYNAKLAR

Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 1993.

Arslan, Ramazan, *İcra- İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, Ankara 1984.

¹⁸ Belgesay, Mustafa Reşit, *Yeni İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, I. Kitap İcra, s. 160; Kuru, Baki, *İcra Hukuku*, s. 275; Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 365; Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, *a. g. e.*, s. 349 (Pazarlıkla satışın normal satış sözleşmesi hükümlerine (BK m. 182 vd) hükümlerine tabi olduğu gerekçesiyle mülkiyetin, ancak malın teslimi anında alıcıya geçeceği görüşündedir.); Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin Özkan, Meral / Özkes, Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 241; Pekcanitez / Atalay / Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Temel Bilgiler*, s. 81; Gürdoğan, Burhan, *İcra Hukuku Dersleri*, s. 103; Ercan, İsmail, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 210; Korkusuz, M. Refik, *İcra Hukuku ve Uygulaması*, s. 255; Olgaç, Senai, *İcra-İflâs*, C. 2, s. 1038; Ulukapı, Ömer, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 96; Yıldırım, M. Kâmil, *İcra Hukuku Ders Notları*, s. 127.

¹⁹ Erturgut, Mine, *İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*, s. 190; Arslan, Ramazan, *İcra İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, s. 65 (Sn. Arslan, Sn. Kuru ve Sn. Yılmaz ile ortak yazdığı eserinden farklı olarak bu eserinde aynen “Pazarlıkla satış bir cebri icra icra tasarrufu olarak nitelendirilince, bu tasarrufun hukuki sonuçlarının da, bu niteliğe uygun olarak ortaya çıkacağını, yani, satılan malın mülkiyetinin satış kararından (ihale tutanağının düzenlenmesinden) itibaren alıcıya geçeceğini kabul etmek daha tutarlı bir görüş olacaktır.” demiştir. Postacıoğlu, İlhan E., *İflâs Hukuku İlkeleri*, s. 176. “...İİK'nın 241.maddesinde pazarlıkla satış imkanının tanınması iflâs organları tarafından yapılmış satış cebri icra rejiminden çıkarıp medeni hukuk rejimine ithal edemez. Çünkü medeni hukuk rejiminde satışa vücut veren asli unsurlardan biri mal sahibinin bu bapta iradesidir ki, pazarlık sureti ile de olsa bu mal sahibine ait rızai unsur burada hiçbir suretle gerçekleşmemektedir. Binaenaleyh 241. maddenin pazarlıkla satış müsaadesini mevrudine hasretmek ve bu muamelenin cebri icra mahiyetini muhafaza etmek zaruridir. Bu tahlilin neticesi şu oluyor ki bu pazarlıkla satış neticesinde gayrimenkulün mülkiyeti satış tarihinden itibaren alıcıya geçer.” Özümucu, Seda, *Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış*, s. 149; Üstündağ, Saim, *İflâs Hukuku*, s. 162.

- Bahtiyar, Mehmet *Ticari İşletme Hukuku*, 3.Bası, İstanbul 2005.
- Baktır, Selma, *Ticari İşletme Hukuku*, İzmir 2000.
- Belgesay, Mustafa Reşit, *Yeni İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Birinci Kitap İcra*, 2.Tabı, İstanbul 1932.
- Bozer, Ali, *Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi*, Ankara 1986.
- Deryal, Yahya, *Ticaret Hukuku*, Trabzon 2004.
- Domaniç, Hayri, *Kıymetli Eorak Hukuku*, İstanbul 1975.
- Ercan, İsmail, *İcra ve İflas Hukuku*, 3.Bası, İstanbul 2006.
- Erturgut, Mine, *İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*, Ankara 2000.
- Güneren, Ali, *İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarruf İptal Davaları*, Ankara 2004.
- Gürdoğan, Burhan, *İcra Hukuku Dersleri*, Ankara 1970.
- İnal, Tamer, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul 2004.
- Kaya, Arslan, *Marka Hukuku*, İstanbul 2006.
- Kayar, İsmail, *Ticari İşletme Hukuku*, 3.Baskı, Ankara 2003.
- Kayıhan, Şaban, *Ticaret Hukuku*, Sakarya 2003.
- Korkusuz, M. Refik, *İcra Hukuku ve Uygulaması*, Ankara 2004.
- Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku, C.I, İcra Hukuku*, Ankara 1965.
- Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku - İptal Davaları ve Konkordato Dahil*, Ankara 1983.
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, *İcra ve İflas Hukuku*, Ders Kitabı, 18.Baskı, Ankara 2004.
- Olgaç, Senai, *İcra-İflâs, C.2*, Ankara 1978.
- Oytaç, Kutlu, *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku*, İstanbul 2002.
- Özel, Çağlar, *Marka Lisansı Sözleşmesi*, Ankara 2002.
- Özmumcu, Seda, *Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış*, İstanbul 2005.
- Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku Temel Bilgiler*, 4.Baskı, Ankara 2004.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin Özkan, Meral / Özekes, Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2006.
- Postacıoğlu, İlhan E., *İflâs Hukuku İlkeleri*, İstanbul 1978.
- Ulukapı, Ömer, *İcra ve İflâs Hukuku*, 2.Baskı, Konya 2007.
- Uyar, Talih, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C.6*, 2.Baskı, Ankara 2006.
- Üstündağ, Saim, *İflâs Hukuku*, 6.Bası, İstanbul 2002.
- Yıldırım, M. Kâmil, *İcra Hukuku Ders Notları*, 2.Bası, İstanbul 2004.
- Yüksel, Ülkü / Yüksel-Mermod, Aslı, *Marka Yönetimi ve Marka Değerinin Ölçülmesi*, İstanbul 2005.

TAHLİYE TAKİPLERİNDE İHTARLI ÖDEME EMRİNE İTİRAZ EDİLMESİ VE İTİRAZIN İCRA MAHKEMESİNCE İNCELENMESİ (İİK m. 269 b)

Talih UYAR*

Bu maddede; *“borçlu-kiracının ‘kira sözleşmesi’ yönünden ‘örnek: 13 ihtarlı ödeme emri’ne itiraz etmesi” ve “bu itirazının icra mahkemesince incelenmesi”* konusu düzenlenmiştir.

Borçlu-kiracının, kendisine gönderilen *“örnek:13 ihtarlı ödeme emri”*ne, *“itiraz süresi”* olan 7 ve 3 gün içinde iki yönden –*“kira sözleşmesi”* veya *“kira sözleşmesi dışındaki nedenlerle”*- itiraz edebileceğini¹ (m. 269b, 269c) ve bu itiraz ile takip duracağını² (m. 269/III), takibin devamını (*“alacağın alınmasını”* ve *“taşınmazın tahliyesini”*) sağlamak için, alacaklı-kiralayanın icra mahkemesine başvurması (m. 269/III) gerektiğini belirtmiştir.

Borçlu-kiracının *“kira sözleşmesi yönünden ödeme emrine itiraz etmesi”* demek, *“alacaklının varlığını iddia ettiği kira sözleşmesinin (ilişkisinin) kiracı tarafından kabul edilmemesi (inkar edilmesi)”*dir. Borçlu-kiracının bunu itirazında açıkça -örneğin; *“kiracı değilim”, “alacaklı ile aramızda kira sözleşmesi (ilişkisi) yoktur”, “alacaklının dayandığı (takip konusu yaptığı) kira sözleşmesi altındaki imza bana ait değildir”*^{3, 4, 5} şeklinde- bildirmesi

* Av., İzmir Barosu.

¹ Bu konuda bkz. Uyar, T., *İİK Şerhi*, C. 11, s. 17536.

² Bu konuda bkz. Uyar, T., *a. g. e.*, s. 17538.

³ Kuru, B., *İcra ve İflâs Hukuku*, C. 2, 1990, s. 1875; Kuru, B., *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2004, s. 709.

⁴ Aynı doğrultuda: Bkz. 12. HD. 3.2.1998 T. 271/636; 27.1.1986 T. 7456/815.

⁵ Karş: 12. HD. 28.4.1987 T. 9876/5805; 20.10.1983 T. 6344/7814.

gerekir... Bu şekilde “kira sözleşmesini ve varsa yazılı kira sözleşmesindeki imzasını” açık ve kesin olarak reddetmeyen kiracı, kira sözleşmesini kabul etmiş sayılır (İİK m. 269/II, c:2).

Ayrıca belirtelim ki; alacaklı “*takip talebi*”nde sözlü kira sözleşmesine dayanmışsa, borçlu-kiracının bu kira sözleşmesine itiraz etmiş olması halinde, alacaklı-kiralayan, icra mahkemesine başvurup “*itirazın kaldırılmasını ve tahliye karar verilmesini*” isteyemez. Bu durumda, alacaklı-kiralayanın *sulh hukuk mahkemesine* başvurup “*kira alacağıının ödenmesi ve temerrüt nedeniyle tahliye kararı verilmesini*” istemesi gerekir.

“*Takip talebi*”nde kira sözleşmesinin sözlü olduğunu bildirmiş olan alacaklı-kiralayan, icra mahkemesinde “kira sözleşmesinin yazılı olduğunu” ileri süremez...

Kira sözleşmesini “*açık ve kesin olarak*” inkar eden kiracı, bu itirazı ile birlikte ayrıca “*kira borcunu ödediğini*” bildiremez (İİK m. 269b/III)⁶

Borçlu-kiracının “*kira sözleşmesi yönünden ödeme emrine itiraz etmesi*” üzerine, alacaklı-kiralayanın elinde “*noterlikçe düzenlenmiş ya da onaylanmış*” kira sözleşmesi bulunup bulunmamasına göre izleyeceği yol değişiktir:

a. Alacaklı, “noterlikçe re’sen düzenlenmiş” ya da “noterden onaylı” bir sözleşme sunduğu takdirde –“takip talebinde”⁸ ve “ödeme emri”nde ayrıca tahliye isteminde bulunmuş olmak koşuluyla- icra mahkemesinden “itirazın kaldırılmasını” ve “kiralananın boşaltılmasını” isteyebilir.

I. Alacaklı, borçlunun “örnek:13 ihtarlı ödeme emri”ne itirazda bulunması -yani; borçlu-kiracının, noterlikçe re’sen düzenlenmiş veya imzası onaylanmış kira sözleşmesi altındaki imzasını inkar etmiş olma-

⁶ Kuru, B., a. g. e., C. 2, s. 1876; Kuru, B., *El Kitabı*, s. 1709.

⁷ İİK m. 269b/II’de öngörülmemiş olmakla beraber, “imzası kiralayan tarafından ikrar edilmiş” olan bir belgeyi de buraya dahil saymalıdır. Eğer kiralayan, belge altındaki imzayı inkar ederse icra mahkemesi “imza incelemesi” yapamaz (Kuru, B., a. g. e., C. 2, s. 1898; Kuru, B., *El Kitabı*, s. 717); Bkz. 6. HD. 26.1.2006 T. 10290/280; 24.1.2006 T. 9909/211.

⁸ Bkz. 6. HD. 6.4.2006 T. 1394/3515; 12. HD. 3.7.2001 T. 11527/12059; 5.10.2000 T. 14053/14409.

⁹ Bu konuda bkz. Uyar, T., s. 17517.

sı- üzerine, hemen icra mahkemesine başvurup “itirazın kaldırılması” isteminde bulunabileceği gibi¹⁰ (bu varsayımda, alacaklı-kiralayan icra mahkemesinden “itirazın kaldırılması” kararını aldıktan sonra, bu karara dayanarak borçlu-kiracının aşınmazdan “tahliyesi” için icra mahkemesine başvurabilir.) ödeme emrindeki -30,6 ve 60 günlük- “ödeme (ih-tar) süreleri”nin geçmesini bekleyip,¹¹ bundan sonra icra mahkemesine başvurarak “itirazın kaldırılmasını ve boşaltmaya (tahliyeye) karar verilmesini” isteyebilir.¹² Yani, alacaklı-kiralayan, “itirazın kaldırılması” ve “boşaltma (tahliye)” için icra mahkemesine ayrı ayrı başvurabileceği gibi,¹³ bu isteklerini “birlikte” de bildirebilir. Uygulamada genellikle “itirazın kaldırılması ve tahliye” istekleri birlikte (aynı dilekçede) istenmekte yani ikinci yol izlenmektedir.¹⁴

“İtirazın kaldırılması” istemiyle icra mahkemesine başvuruda bulunabilmek için belirli bir sürenin geçmesi gerekmediği halde^{15, 16} “tahliyeye karar verilmesi” istemiyle icra mahkemesine başvuruda bulunabilmek için ödeme emrinde belirtilen -30, 6, 60 günlük- “ödeme süresi”nin geçmiş olması gerekir.^{17, 18}

Eğer, alacaklı-kiralayan; ödeme emrinde belirtilen “ödeme süresi” geçmeden icra mahkemesine hem “itirazın kaldırılması” ve hem de “tahliye”ye karar verilmesi için başvurmuşsa, alacaklı-kiralayanın “tahliye” istemi reddedilmeli ve “itirazın kaldırılması” istemi incelenmelidir.¹⁹

¹⁰ Bkz. 6. HD. 22.6.2006 T. 5791/7271; 11.5.2006 T. 910/2860; 6. HD. 11.5.2006 T. 2871/5225- 12. HD. 22.2.2001 T. 2155/3266.

¹¹ Bkz. 12. HD. 24.1.2003 T. 28004/1011.

¹² Bkz. 6. HD. 22.2.2007 T. 13180/1685; 12.2.2007 T. 12908/1181; 12. HD. 20.5.2002 T. 9381/10452; 16.5.2002 T. 9077/10229.

¹³ Bkz. 6. HD. 22.6.2006 T. 5791/7271; 11.5.2006 T. 910/2860.

¹⁴ Bu konuda icra mahkemesine yazılacak dilekçe örneği için bkz. Uyar, T. Uygulama İcra ve İflâs Hukuku, 2. Bası, 1993, C. 1, s. 403 vd.

¹⁵ Bkz. 12. HD. 14.6.1984 T. 5380/7672; 21.1.1981 T. 8570/428.

¹⁶ Karş. 12. HD. 22.10.1981 T. 6134/7723.

¹⁷ Bkz. 6. HD. 22.2.2007 T. 13395/1700; 15.2.2007 T. 13005/1370; 12.2.2007 T. 12868/1151.

¹⁸ Karş. Kuru, B., a. g. e., C. 2, s. 1882; Kuru, B., *El Kitabı*, s. 713 (Bu görüşe göre; borçlu ödeme emrine itiraz ettiğine göre, ödeme süresi içinde borcunu ödeyeceği çok şüphelidir. Alacaklı, ödeme süresi içinde ‘itirazın kaldırılması’ ile birlikte ‘tahliye’de isteyebilmeli ancak icra mahkemesi, ödeme süresi geçmeden tahliyeye karar verilmemelidir...)

¹⁹ Bkz. 12. HD. 24.1.2003 T. 28004/1011.

Bu durumda, alacaklı-kiralayanın, ödeme emrindeki “ödeme süresi” dolduktan sonra tekrar icra mahkemesine “*tahliye*” için başvurması gerekir.

Alacaklı-kiralayan, ödeme süresi, dolmadan icra mahkemesine “*itirazın kaldırılması*” ve “*tahliye*” için başvurmuş olur ve icra mahkemesinde duruşmada “*tahliye*” isteminden vazgeçerse, icra mahkemesinin sadece “*itirazın kaldırılması*” istemi hakkında bir karar vermesi gerekir.²⁰ Yoksa, alacaklının “*itirazın kaldırılması isteminin de reddine*” karar veremez.

Alacaklı-kiralayanın, icra mahkemesinden “*itirazın kaldırılması*”nı isteyebilmesi için, İİK 269/III’deki altı ay’lık hak düşürücü sürenin geçmemiş olması gerektiği halde,^{21,22} icra mahkemesinden “*tahliye*” isteminde bulunabilmek için yasada herhangi bir süre öngörülmemiş olduğundan -İİK m. 269a’ya “...*ihtar müddetinin bitim tarihini takip eden altı ay içinde...*” şeklindeki sözcükler 4949 sayılı Kanunla eklenmeden önceki dönemde- *yüksek mahkeme “altı aylık itirazın kaldırılmasını isteme süresinin tahliye istekleri hakkında uygulanmayacağını, her zaman tahliye istenebileceğini”²³ belirtmişken, İİK m. 269a’da yapılan değişiklikten sonra “...İİK’nın 269a maddesinde ‘takibin kesinleşmesi halinde tahliye davasının ihtar müddetinin bitim tarihini takip eden altı ay içinde açılması gerektiği’ öngörülmüştür. Yasa koyucunun amacı, 269a maddesinde olduğu gibi tahliye davası için süre bakımından bir sınırlama getirmek olduğuna göre, bu maddede öngörülen sürenin itirazın kaldırılması kararının kesinleşmesini müteakip açılacak tahliye davalarında da uygulanması gerekir...”²⁴ diyerek, İİK m. 269a’daki altı aylık sürenin İİK 269b’ye göre verilecek tahliye kararlarında da kıyasen uygulanmasını istemiştir...*

Yüksek mahkeme borçlunun ödeme emrine itiraz etmiş olması halinde²⁵ “*tahliye*” istemiyle icra mahkemesine başvuruda bulunan

²⁰ Bkz. İİD. 2.12.1963 T. 11247/12622.

²¹ Bkz. 12. HD. 27.2.1984 T. 12508/2060; 12.11.1981 T. 6524/8236.

²² Eğer “kiracı-borçlunun itiraz dilekçesi, alacaklı-kiralayana hiç tebliğ edilmemişse, itirazın kaldırılması ve tahliye davasının süresinde açılmış olduğu” kabul edilir (Bkz. 6. HD. 24.5.2007 T. 4937/6540).

²³ Bkz. İİD. 30.4.1970 T. 4758/4697; 9.6.1966 T. 6450/6297.

²⁴ Bkz. 6. HD. 11.5.2006 T. 2871/5225.

²⁵ Eğer, borçlu-kiracı ödeme emrine itiraz etmemişse (ya da istenen kira borcunun bir kısmına itiraz etmiş ve bir kısmına itiraz etmemiş ve itiraz etmediği kira borcunu

alacaklı-kiralayanın, başvuru dilekçesinde “*tahliye*” yanında “*itirazın kaldırılmasını*” da istemiş olmasını aramaktadır. Başka bir deyişle, yüksek mahkeme, alacaklı-kiralayanın “*itirazın kaldırılması*” isteminde bulunmadan, “*tahliye*” isteminde bulunamayacağını ve icra mahkemesince “*tahliye kararı*” verilemeyeceğini belirtmiştir.²⁶

12. Hukuk Dairesi uzun yıllar bu görüşünü “*çok sert biçimde*” uygulamıştır.²⁷ Bir icra mahkemesinin Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin, İİK m. 269b hükmünü bu şekilde çok sert ve dar yorumlayarak verdiği “*bozma kararı*”na uymayarak önceki kararında direnmesi üzerine, konuya eğilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, İİK m. 269b hükmünün bu şekilde dar yorumlanmasını hatalı bularak, direnme kararını onanmıştır. Bu Genel Kurul Kararı’nda²⁸ alacaklının “*takibin devamı ve tahliye*” istemiyle icra mahkemesine başvurması halinde, “*takibin devamı*” isteminin, “*itirazın kaldırılması*” istemini de içerdiği kabul edilerek, icra mahkemesinin “*tahliye*”ye karar vermesinde bir sakınca bulunmadığı -oybirliği ile- belirtilmiştir. 12. Hukuk Dairesi, bu Genel Kurul Kararından sonra bu görüş doğrultusunda; örneğin; “*alacaklının; icranın devamına karar verilmesini istemesinin*”,²⁹ “*alacaklının; ...liranın tahsilinin teminini istemesinin*”³⁰ “*alacaklının, kira bedelinin tahsilini istemesinin*”,³¹ “*alacaklının; itirazın yersiz olduğunu belirtmiş olmasının*”³² itirazın kaldırılması istemini de içerdiğini kabul etmeye başlamıştır...

Bugün, icra mahkemelerinin İİK m. 269 vd. çerçevesinde vermiş oldukları “*tahliye*” konusundaki kararları temyizen incelemek-

da ödeme süresi içinde yatırmamışsa) alacaklı-kiralayan, doğrudan doğruya -dava dilekçesinde, “*itirazın kaldırılması*” isteminde bulunmadan- “*tahliyeye karar verilmesini*” isteyebilir.(Uyar, T., a. g. e., , s. (Bkz. Yuk. İİK m. 269a, Açıklama: I. “dipn. 8 ve dipn. 13 civarı”)

²⁶ Bkz. 6. HD. 22.2.2007 T. 13180/1685; 12.2.2007 T. 12908/1181; 12. HD. 20.5.2002 T. 9381/10452; 16.5.2002 T. 9077/10229; 15.3.2002 T. 4164/5318; 12. HD. 12.6.1997 T. 6526/6978.

²⁷ Bkz. 12. HD. 8.5.1980 T. 1545/4076; 20.11.1979 T. 8494/8874; 16.8.1979 T. 6482/6636; 10.4.1979 T. 3005/3257 (Uyar, T. İcra Hukukunda Tahliye, 1. bası, s. 181 vd.)

²⁸ Bkz. HGK. 25.3.1981 T. E:1979-12/1824, K:135.

²⁹ Bkz. 12. HD. 23.2.1984 T. 12325/1925; HGK. 25.3.1981 T. 12-1824/135; 12. HD. 30.11.2000 T. 17711/18721.

³⁰ Bkz. 12. HD. 12.4.1984 T. 1815/4421.

³¹ Bkz. 12. HD. 18.1.1984 T. 10490/209.

³² Bkz. 12. HD. 6.12.1982 T. 9074/9107.

te olan Yargıtay 6. Hukuk Dairesi³³ de “alacaklı-kiralayanın, icra mahkemesine verdiği dilekçede ‘kiralayanın tahliyesi’ talebi yanında, ayrıca ‘takibin devamını’ da istemiş olduğu gözönünde bulundurularak, bu talebin ‘itirazın kaldırılmasını’ da kapsayacağını düşünülmesi gerekeceğini” belirterek aynı doğrultuda içtihatla bulunmuştur...

Biz, daha da ileriye giderek, alacaklı-kiralayan dilekçesinde, “takibin devamı” ya da bu anlama gelen bir sözcük kullanmış olmasa dahi, “tahliye” isteminde bulununca, “o’nun, ‘itirazın kaldırılmasını’ da istemiş olduğunun” kabul edilmesinin daha doğru olacağı kanısındayız. Çünkü, çoğun içinde az da vardır. Borçlunun itirazı kaldırılmadan, takibe devam edilemeyecek ve tahliye gerçekleşmeyecektir. Alacaklı, “tahliye” istediğine göre, “borçlunun itirazının kaldırılmasını” da istemiş farz olunmalıdır...

Yüksek mahkeme³⁴ “itirazın kaldırılmasına karar verilmedikçe, tahliye karar verilemeyeceğini” çeşitli kararlarında belirtmiştir.

II. İcra mahkemesinin, alacaklı-kiralayanın başvurusu üzerine tahliye kararı verebilmesi için, dilekçesinde açıkça “tahliye” isteminde bulunduğunu açıklamış olması gerekir. Dilekçede, sadece “itirazın kaldırılması” istenmiş, ayrıca “tahliye” istenmemişse, icra mahkemesince “tahliye kararı” verilemez.³⁵ “Yüksek mahkeme; “dava dilekçesindeki ‘itirazın kaldırılması ve takibin devamı’ isteğinin, ‘temerrüdüin meydana geldiğine dair bildirim’in³⁶ tahliye istemini de kapsadığını” fakat “tahliye davasının, itirazın kaldırılması isteminden ayrı (bağımsız) bir dava olması nedeniyle, ‘ıslah’ yolu ile görülmekte olan ‘itirazın kaldırılması’ davasına eklenemeyeceğini³⁷ belirtmiştir...

III. “Tahliye talebi” bölünebilir nitelik taşımadığından, kiralayan konumundan “birden fazla kişi” bulunması halinde, tahliye istemli takibin kiralayanların tümü tarafından yapılmış ve tahliye davasının da hepsi

³³ Bkz. 6. HD. 19.2.2007 T. 13299/1535; 21.9.2006 T. 6695/8890.

³⁴ Bkz. 6. HD. 13.2.2007 T. 12545/1247; 13.7.2006 T. 6570/8158; 30.3.2006 T. 1124/3260; 6. HD. 3.4.2006 T. 1150/3395.

³⁵ Bkz. 12. HD. 22.4.1986 T. 10962/4761; 17.3.1986 T. 8937/2829.

³⁶ Bkz. 12. HD. 26.6.1984 T. 5681/8167.

³⁷ Bkz. 6. HD.6.7.2006 T. 5531/7833.

tarafından açılmış olması gerektiği^{38,39} gibi, paylı taşınmazlarda paydaşlardan birisinin tek başına tahliye takibi yapıp, daha sonra tahliye davası açması⁴⁰ da mümkün değildir... Aynı şekilde, taşınmazda “bir-den fazla kişi” kiracı konumunda ise, tahliye istemli takibin ve tahliye davasının tüm kiracılar hakkında açılması gerekir...^{41,42}

Kiralayanın ölümü halinde de *elbirliği (iştirak hailnde) mülkiyet* söz konusu olduğundan mirasçılardan birisi tek başına tahliye istemli icra takibi yapıp, daha sonra da tahliye davası açamaz...⁴³

III. İcra mahkemesinin tahliye kararı verebilmesi için, borçlu-kiracıya; “örnek: 13 ihtarlı ödeme emri” gönderilmiş olması -ve “takip talebi”nde tahliye istendiğinden açıklanmış olması⁴⁴ gerekir. Eğer borçlu-kiracıya, “örnek: 7 ödeme emri” gönderilmişse, icra mahkemesince tahliye kararı verilemez.⁴⁵

IV. Tahliye kararı verilmesi için başvurulacak icra mahkemesi, *icra takibinin yapıldığı yerdeki icra mahkemesidir.*⁴⁶ Kira borcunun tahsili için, borçlunun bulunduğu yerdeki icra dairesine haciz talimatı yazılmış olması, oradaki tahliye kararı istenmesini gerektirmez.⁴⁷

V. İcra mahkemesinde “*itirazın kaldırılması*” ve “*tahliye*” istemleri -İİK 269/d maddesi yolu ile uygulanması gereken 70. madde uyarın-

³⁸ Yılmaz, H., Kiralanan Taşınmazların İlamsız İcra Yolu ile Tahliyesi, *Terazi Der.* S. 4, Aralık/2006, s. 63).

³⁹ Bkz. 6. HD. 13.4.2006 T. 1698/3289.

⁴⁰ Bkz. 6. HD. 22.5.2006 T. 2479/5661; 12. HD. 5.12.2000 T. 18538/19119; 12. HD. 9.2.1998 T. 378/1054.

⁴¹ Yılmaz, H. a. g. m., s. 63.

⁴² Bkz. 12. HD. 14.11.2000 T. 16823/17429; 28.2.2000 T. 2550/3231.

⁴³ Bkz. 6. HD. 2.5.2006 T. 2765/4788- 12. HD. 14.6.2002 T. 11632/12848; 12. HD. 19.1.2001 T. 20503/558.

⁴⁴ Bkz. 6. HD. 6.4.2006 T. 1394/3515; 12. HD. 3.7.2001 T. 11527/12059; 5.10.2000 T. 14053/14409.

⁴⁵ Bkz. 12. HD. 1.5.1986 T. 11629/5179; 10.3.1986 T. 8978/2582; 10.5.2002 T. 8384/9851; 14.2.2002 T. 1647/3234; 14.2.2002 T. 1847/3234; 6.4.2000 T. 4336/5407; Bkz. 12. HD. 1.5.1986 T. 11629/5179; 10.3.1986 T. 8978/2582; 10.5.2002 T. 8384/9851; 14.2.2002 T. 1647/3234; 14.2.2002 T. 1847/3234- 6.4.2000 T. 4336/5407.

⁴⁶ Bkz. HGK. 21.3.2001 T. 12-235/269; 12. HD. 26.5.2000 T. 7262/8622; 2.2.1998 T. 14747/591.

⁴⁷ Bkz. 12. HD. 28.4.1986 T. 10838/4921.

ca- duruşmalı olarak incelenir.⁴⁸ Yani; iki taraf davet olunup, dinlenerek, delilleri toplandıktan sonra karar verilir, evrak üzerinden karar verilemez.⁴⁹

Duruşma davetiyesinin, vekil aracılığı ile itiraz eden borçluya (kiracıya) değil, vekiline gönderilmesi gerekir.⁵⁰

Duruşmada mazereti kabul edilen borçluya (kiracıya), yeni duruşma gününü belirtir davetiye gönderilmeden, sonraki duruşmada yokluğunda karar verilemez.⁵¹

Duruşma davetiyesinin, duruşma tarihinden sonra borçluya (kiracıya) tebliğ edilmiş olduğunun saptanması halinde, borçlunun yokluğunda yapılan duruşma (ve verilen karar) usul ve yasaya aykırı olur.⁵²

İcra mahkemesi önce *“takip talebinin kanuna uygun olup olmadığına”* -özellikle; alacaklı-kiralayanın takip talebinde *“tahliye”* istemiş olup olmadığını- inceler. Eğer takip talebinde *“tahliye”* istememişse, alacaklı-kiralayanın *“tahliye talebinin reddine”* karar verir...⁵³ Sonra, borçlu-kiracıya gönderilen *“ödeme emrinin kanuna uygun olup olmadığını”* -özellikle; gönderilen *“örnek: 13 ihtarlı ödeme emri”*nde ‘ödeme’ ve ‘itiraz’ sürelerinin kanuna uygun olarak belirtilmiş olup olmadığını⁵⁴ ve *“örnek: 13 ihtarlı ödeme emri”* yerine hatalı olarak *“örnek:7 ödeme emri”* gönderilmiş olup olmadığını,⁵⁵ *“itirazın kaldırılması ve tahliye talebi”*nin altı aylık süre içinde yapılmış olup olmadığını- araştırır.

*“Tahliye talebi”*nin ve *“ödeme emri”* kanuna uygun olarak düzenlenmiş olduğunu ve alacaklı-kiralayan tarafından altı aylık süre geçmeden *“itirazın kaldırılması ve tahliye”* talebinde bulunulmuş olduğunu

⁴⁸ Bkz. 12. HD. 26.5.1999 T. 6222/6836.

⁴⁹ Bkz. 12. HD. 26.5.1999 T. 6222/6836.

⁵⁰ Bkz. 6. HD. 24.9.2007 T. 7994/9777; 9.4.2007 T. 2085/4019; 27.6.2006 T. 6017/7465.

⁵¹ Bkz. 12. HD. 10.4.1984 T. 1653/4360.

⁵² Bkz. 12. HD. 7.6.1983 T. 3112/4561.

⁵³ Bkz. 6. HD. 6.4.2006 T. 1394/3515; 12. HD. 3.7.2001 T. 11527/12059; 5.10.2000 T. 14053/14409.

⁵⁴ Bkz. 6. HD. 9.11.2006 T. 9083/11042; 12. HD. 31.5.2001 T. 8763/9698; 6. HD. 27.3.2006 T. 723/3067; 12. HD. 4.6.2001 T. 8964/9930; 12. HD. 4.12.2000 T. 18599/19029; 12. HD. 25.9.2000 T. 12266/13455.

⁵⁵ 12. HD. 10.5.2002 T. 8384/9851; 14.2.2002 T. 1647/3234; 14.2.2002 T. 1847/3234; 6.4.2000 T. 4336/5407.

saptayan icra mahkemesi, bundan sonra bu talebi esastan incelemeye başlar...

İhtarlı ödeme emrinin, borçlu-kiracıya usulsüz (Tebliğat Kanunu'na aykırı olarak) tebliğ edilmiş olması, ödeme emrini geçersiz kılmaz. Bu hususun borçlu-kiracı tarafından ayrıca "*şikayet*" konusu yapılması ve "*ödeme emrinin tebliğ tarihinin, usulsüz tebliğatin öğrenildiği tarih olduğu*" konusunda icra mahkemesinden karar alınması⁵⁶ (ve bildirilen "*öğrenme tarihi*"ne göre "*itiraz süresi*" içinde icra dairesine itirazda bulunulması) gerekir...

Yüksek mahkeme "*icra müdürlüğü tarafından çıkartılan ödeme emrinin borçlu kiracıya usulsüz olarak tebliğ edilmiş olması halinde, tahliye istemli dava dilekçesini alan borçlu-kiracının icra dosyasındaki usulsüz tebliğden bu suretle haberdar olmuş sayılacağını, usulsüz tebliği bu şekilde öğrendikten sonra, icra mahkemesine yedi gün içinde başvurup tebliğ tarihinin düzeltilmesi için şikayette bulunması gerekeceğini, bunu yapmaması halinde, icra mahkemesince tahliye istemli davanın esasına girilerek, gerekli kararın verilmesi icap edeceğini*"⁵⁷ belirtmiştir.

"*Takip talebi*"nde, takip konusu yapılan ayların ismen belirtilmemiş olması halinde, duruşmada, kiralayana "*hangi ayların kira parasının takip konusu yapıldığının*" açıklattırılması gerekir.⁵⁸ Yoksa, sırf bu nedenle "*itirazın kaldırılması*" ya da "*tahliye*" isteğinin reddine karar verilemez. Aynı şekilde, birden fazla kiralananandan hangisinin kirasının takip konusu edildiğinin "*takip talebi*" ve "*ödeme emri*"nde açıklanmamış olması halinde, duruşmada kiralayana bu hususun açıklattırılması gerekir.⁵⁹ Ancak, tahliyesi söz konusu olan yerin açık seçik anlaşılabilmesi ve bunun tesbitinin yargılama yapılmasını gerektirmesi halinde, uyuşmazlık icra mahkemesinde çözümlenemeyeceğinden,⁶⁰ "*görevsizlik kararı*" verilmesi gerekir...

Borçlu, bildirdiği "*itiraz sebepleriyle bağlı*" olduğundan (İİK m. 269b/III) itirazında "*kira sözleşmesini*" reddettikten sonra, itiraz sebepleriyle bağlı kalır ve sonradan "*kira borcunun takas ya da başka bir neden-*

⁵⁶ Bkz. 6. HD. 27.1.2005 T. 9952/267; 12. HD. 8.10.2002 T. 18834/20304.

⁵⁷ Bkz. HGK. 5.12.2007 T. 6-915/946; 28.9.2005 T. 6-518/518.

⁵⁸ Bkz. 6. HD. 13.11.2006 T. 10275/11257; 12. HD. 27.10.1997 T. 10614/11536.

⁵⁹ Bkz. 12. HD. 12.12.1983 T. 9072/10301.

⁶⁰ Bkz. 12. HD. 11.4.1983 T. 1689/2742.

le sona erdiğini" ileri süremez,⁶¹ "aylık kira miktarına", "kiralayanın takip hakkına" itiraz edemez (İİK m. 269b/III).⁶²

Gerçekten, bir kimse ya kiracı değildir, o takdirde kira borçluyula, o borcun ödenmiş olup olmamasıyla bir ilgisi yoktur ya da kiracıdır ve ancak o zaman "ödeme vb. gibi def'ileri" ileri sürmesi mümkün ve yerindedir.⁶³

Keza borçlu, "kira sözleşmesine" itiraz ederken, bu itirazı ile birlikte -kademeli (terditli) olarak- diğer itirazlarını -örneğin, kirayı ödediğini vb.- bildiremez (İİKm. 269b/III).⁶⁴

Borçlu, "kira sözleşmesine" ilişkin karşı iddia ve def'iler ileri sürmüşse, bunları aynı kuvvet ve nitelikteki belgelerle -yani, noterlikçe düzenlenmiş ya da imzası onaylanmış- kanıtlamak zorundadır (İİK m. 269/b-II).

Ödeme emrine karşı yaptığı itirazda "alacaklı kiralayana borcu bulunmadığını" bildirmiş olan borçlu-kiracı, yargılama devam ederken, elindeki "ödeme belgesi"ni icra mahkemesine sunabilir.⁶⁵

Gönderilen "ihtarlı ödeme emri" karşı, icra dairesine itirazda bulunan kiracının, ayrıca icra mahkemesine yapacağı -gereksiz- itirazın icra mahkemesince reddedilmesi gerekir.⁶⁶

"Kiralayan" sıfatının tesbitinde duraksamaya düşülmesi,⁶⁷ " tarafların -aynı kiralanan hakkında- ayrı ayrı kira sözleşmelerine dayanmaları"⁶⁸ ve "kira sözleşmesinde tarafların karşılıklı taahhütler üstlenmiş olmaları"⁶⁹ halinde uyuşmazlığın çözülmesi yargılamayı gerektireceğinden, icra mahkemesinin "itirazın kaldırılması talebinin reddine" karar vermesi gerekir.

⁶¹ Kuru, B., a. g. e., C. 2, s. 1898; Kuru, B., *El Kitabı*, s. 717; Berkin, N., *İflâs Hukuku Rehberi*, 1980, s. 159; Üstündağ, S., *İcra Hukukunun Esasları*, 2004, s. 343.

⁶² Bkz. 12. HD. 15.5.1986 T. 11611/5809; 22.4.1986 T. 10894/4737.

⁶³ Gürdoğan, B., *İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer*, s. 51.

⁶⁴ Kuru, B., a. g. e., C. 2, s. 1876; Kuru, B., *El Kitabı*, s. 709.

⁶⁵ Bkz. 6. HD. 24.4.2006 T. 2108/4354.

⁶⁶ Bkz. 12. HD. 16.12.1985 T. 4789/11009; 18.10.1983 T. 6286/7662.

⁶⁷ Bkz. 12. HD. 13.1.1981 T. 8428/115.

⁶⁸ Bkz. 12. HD. 5.5.1964 T. 5089/5581; 22.1.1980 T. 454/413.

⁶⁹ Bkz. 12. HD. 3.5.1984 T. 5209/5585.

Kiracı hakkında, “ihtiyaç sebebi ile tahliye davası” açılmış olması⁷⁰ hatta, sulh hukuk mahkemesince “tahliye kararı” verilmiş olması⁷¹ icra mahkemesinin “tahliye kararı” vermesine engel teşkil etmez.

İcra mahkemesi, alacaklı-kiralayanın dayandığı -noterlikçe re’sen düzenlenmiş veya noterlikçe onaylanmış- kira sözleşmesi altındaki imza hakkında bir inceleme yapamaz...

Tahliye isteğine ait icra mahkemesindeki duruşmada, kiralayanın, kiracının belirli bir tarihteki tahliye taahhüdünü kabul etmesi halinde, “tahliyenin tarihinde infaz edilmesine” şeklinde karar verilmesi gerekir.⁷²

Doktrinde⁷³ “alacaklı-kiralayanın en geç ilk duruşmada yüzde kırktan aşağı olmamak üzere tazminat isteyebileceği” (İİK m. 269, d; 68/son) belirtilmesine rağmen, yüksek mahkeme “yüzde kırktan aşağı olmamak üzere -her iki tarafça- yargılama sona erinceye kadar tazminat istenebileceği” görüşündedir...

İcra mahkemesince “itirazın kaldırılması talebinin esasa ilişkin nedenlerle kabulü halinde alacaklı lehine, talebin aynı nedenle reddi halinde ise borçlu lehine -itiraz edenin iyi ya da kötü niyetine bakılmaksızın- yüzde kırktan aşağı olmamak üzere” tazminata hükmedilir..⁷⁴

Fakat “talep olmadığı halde”, icra mahkemesi kendiliğinden inkar tazminatına hükmedemez.⁷⁵

“İtirazın kaldırılması” ve “tahliye” isteklerinden maktu harç alınır.⁷⁶

Yargılama sonunda, icra mahkemesince, duruşmada tefhim edilen ‘kısa karar’ a aykırı biçimde ‘gerekçeli karar’ yazılamaz..⁷⁷

İcra mahkemesi, “kiralanan taşınmazın boşaltılmasına” karar verdikten sonra, bu karar icra dosyasına konularak takibe kaldığı yerden de-

⁷⁰ Bkz. 12. HD. 23.11.1983 T. 7817/9332; 27.4.1981 T. 706/4195.

⁷¹ Bkz. 12. HD. 10.2.1984 T. 11360/1305.

⁷² Bkz. 12. HD. 2.2.1984 T. 11325/1015.

⁷³ Kuru, B., a. g. e., C. 2, s. 1891; Kuru, B., El Kitabı, s. 714.

⁷⁴ Bkz. 6. HD. 17.4.2007 T. 3173/4507; 10.10.2006 T. 7648/987.

⁷⁵ Bkz. 6. HD. 25.5.2006 T. 3967/5877; 28.3.2006 T. 1037/3110.

⁷⁶ Bkz. 12. HD. 16.10.1984 T. 7527/10507.

⁷⁷ Bkz. 12. HD. 3.10.2002 T. 18360/19758; 14.2.2002 T. 1908/3171; 26.2.2001 T. 2615/3663.

vam edilir. Kiralananın boşaltılması için ayrıca kiracıya “tahliye emri” gönderilmesi gerekmez.⁷⁸

İcra mahkemesinin “temerrüt nedeniyle tahliye”ye ilişkin kararları kesinleşmeden infaz edilebilir (İİK m. 269c/III, c:2)⁷⁹

Yüksek mahkeme, “tahliye ilamının en geç ne zaman infazının istenmesi gerekeceği, ne zaman kira sözleşmesinin yenilenmiş sayılacağı” konusunda;

√ “Tahliye ilamının, bir yıllık kira dönemi içinde infazının istenmesinin gerekeceğini, bu sürenin aşılması halinde kira akdinin yenilenmiş sayılacağını”⁸⁰

√ “İcra mahkemesinden alınan tahliye kararının, sonraki dönem içerisinde infaza konulmayıp, kira ilişkisinin devam ettirilerek üç yıl daha kira bedelleri tahsil edildikten sonra tahliye kararının infaz ettirilmek istenmesinin isabetli görülmemeyeceğini”⁸¹

belirtmiştir...

VI. İcra mahkemesinin takip hukukuna ilişkin kararları “kesin hüküm” (HUMK 237) teşkil etmediğinden,⁸² icra mahkemesinin verdiği tahliye kararına karşı “yargılamanın yenilenmesi” isteminde bulunulamaz.⁸³

İcra mahkemesinin “tahliye kararı”nı bozan Yargıtay kararına karşı icra mahkemesince ısrar edilebileceği (İİK m. 366/III) gibi, Yargıtayın “onama” ve “bozma” kararına karşı -on gün içinde- “karar düzeltme” isteminde bulunmak mümkündür (İİK m. 366/III).

“Tahliye takipleri” ile ilgili icra mahkemesinin kararları -diğer takiplerle ilgili kararlar gibi- Yargıtayda “evrak üzerinde” incelenmekte yani “duruşma” istemi kabul edilmemektedir.⁸⁴

⁷⁸ Bkz. 4.12.1957 T. 10/25 sayılı İct. Bir. K.

⁷⁹ Bkz. 12. HD. 11.12.2007 T. 21027/23321.

⁸⁰ Bkz. HGK. 5.12.2007 T. 6-915/946.

⁸¹ Bkz. 12. HD. 19.12.2002 T. 26007/27012.

⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. Uyar, T., *İcra Hukukunda Yetki - Görev ve Yargılama Usulü*, 2. Bası, 1991, s. 423; Sungurtekin, M., *Kiralanan Gayrimenkullerin İlamsız İcra Yoluyla Tahliyesi*, 1987, s. 98.

⁸³ Bkz. 12. HD. 31.3.1981 T. 1539/3231; 16.10.1979 T. 7583/8063.

⁸⁴ Bkz. 12. HD. 11.3.1986 T. 9133/2632; 29.5.1984 T. 4768/6887.

Ayrıca belirtelim ki; “noterlikçe resen düzenlenmiş veya noterlikçe onaylanmış” kira sözleşmesine dayanmış olan alacaklı-kiralayan, borçlu-kiracının, takip dayanağı kira sözleşmesi altındaki imzasını inkar etmesi halinde, icra mahkemesine başvurup “itirazın kaldırılması ve tahliye kararı” verilmesini isteyecek yerde, sulh hukuk mahkemesine başvurup “temerrüt nedeniyle tahliye davası” hatta “itirazın iptâli ve tahliye davası” -bu konuda bkz: İleride; İİK m. 269d- açabilir...

VII. İcra mahkemesinin vereceği “tahliye kararının temyizi” ve bunun “tahliye ve takibe etkisi” için bkz. İleride İİK m. 269c, AÇIKLAMA: A:XIV.

b. Alacaklı, icra mahkemesine “noterlikçe re’sen düzenlenmiş veya noterden onaylı” bir kira sözleşmesi sunamazsa (yani alacaklı “sözlü”^{85, 86} ya da “adi yazılı şekilde”⁸⁷ yapılmış kira sözleşmesine dayanıyorsa); borçlu-kiracının kira sözleşmesinin varlığını inkar etmesi halinde alacaklı icra mahkemesinden “itirazın kaldırılmasını ve tahliyeye karar verilmesini” isteyemez.⁸⁸ Yani, kira sözleşmesinin sadece “yazılı” olması, alacaklıya “itirazın kaldırılması ve tahliyeye karar verilmesi” konusunda icra mahkemesine başvurabilmek hakkı vermemektedir. Çünkü, burada “imza incelemesi”⁸⁹ ve “itirazın geçici olarak kaldırılması” kurumlarına kanun koyucu tarafından yer verilmemiştir.^{90, 91} Bu durum icra mahkemesinin “itirazın kaldırılması ve tahliye isteminin reddine” mi yoksa “görevsizlik kararı” (“görev yönünden isteğin reddine”) mi karar vermesi doğru olur? Yüksek mahkeme’nin her iki doğrultuda da kararları vardır.⁹² Kanımızca, bu durumda ‘itirazın kaldırılması ve tahliye

⁸⁵ Bkz. 6. HD. 14.3.2005 T. 255/2192.

⁸⁶ Bkz. 12. HD. 21.5.2001 T. 8114/8975.

⁸⁷ Bkz. 12. HD. 5.10.2000 T. 15206/14338.

⁸⁸ Bkz. 12. HD. 29.12.2003 T. 22492/26602; 7.11.2003 T. 18746/21897; 23.9.2002 T. 17096/17947; 11.12.1996 T. 15215/15599; 3.12.1996 T. 14426/15184.

⁸⁹ Bkz. 6. HD. 19.10.2006 T. 8436/10381; 17.5.2006 T. 3251/5552, 12. HD. 1.3.2005 T. 7201/3995.

⁹⁰ Kuru, B., a. g. e., C. 2, s. 1879, 1895; Kuru, B., *El Kitabı*, s. 712, 715; Üstündağ, S., a. g. e., s. 347; Postacioğlu, İ., *İcra Hukuku Esasları*, 1982, s. 596; Çetin, H. E., *İcra Hukukunda Tahliye Davaları*, 2007, s. 113; Muşul, T., *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 976.

⁹¹ Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. Gürdoğan, B., “Rehnin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takip - Kiralar Hakkında Özel Hükümler ve Kiralanan Gayrimenkullerin Tahliyesi”, İİK Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer’e Sunulan Tebliğ, 1963, s. 47 vd.

⁹² Bkz. 12. HD. 27.5.1986 T. 12400/6655; 5.5.1986 T. 1195/5338.

isteğinin reddine' karar verilmesi hukuk tekniğine daha uygun olur.^{93, 94}

I. Alacaklının “*yazılı ve noterden onaylı*” bir kira sözleşmesi veremediği hallerde, alacaklı ancak sulh hukuk mahkemesinde “*kira bedelinin ödenmesi ve tahliye davası*” açabilir. Bu takdirde de, borçluya itiraz üzerine duran takipte gönderilmiş olan “*ihtarlı ödeme emri*” açılan bu davalar bakımından BK m. 260 ve 288 öngörülen “*ihtar*” yerine geçer (m. 269b/IV).

Kanun koyucu takibe konu teşkil eden yazılı kira sözleşmesindeki imzanın borçlu tarafından haksız yere inkar edilmesini önlemek için, imzanın inkarından dolayı alacaklının dava açmak zorunda bırakılması ve sonuçta alacaklı lehine karar verilmesi halinde, “*borçlunun para cezasına da mahkum edileceğini*” öngörmüştür (İİK m. 269b/son).

Alacaklı-kiralayanın *ancak “noterlikçe düzenlenmiş veya noterden onaylı”* kira sözleşmesine dayanması halinde, “*itirazın kaldırılması ve tahliye*” kararı vermesi gerekirse de, Yargıtay, kira sözleşmesi noterlikçe düzenlenmemiş veya noterden onaylı bulunmamış dahi olsa, taraflar arasında kira sözleşmesinin varlığının -tarafların özel durumları gereği- tartışılmayacak derecede belirgin olduğu durumlarda da icra mahkemesinin “*itirazın kaldırılmasına ve tahliye*” karar verebileceğini içtihat etmiştir. Gerçekten yüksek mahkemeye göre; gönderilen ihtarlı ödeme emri üzerine, itirazında “*kira akdini inkar etmiş*” dahi olsa; -takip ve itiraz tarihinden sonra- kiralayana daha önce gönderdiği ihtarnamede, kiracılık sıfatını kabul edip- “*tevdi mahalli kararı*” alması halinde,⁹⁵ kiracının ‘*kiralayana daha önce gönderdiği ihtarnamede, kiracılık sıfatını kabul etmiş olması halinde*,⁹⁶ ‘*borçlunun, taşınmazda kiracı olarak oturduğunun duruşmada sunulan sulh hukuk mahkemesi ilamı ile anlaşılması halinde*⁹⁷ kiracının itirazının kaldırılmasına ve tahliyesine karar verilmesi gerektiğini” belirtmiştir...

Doktrinde⁹⁸ “*adi kira sözleşmesi altındaki imzasını inkâr etmiş olan*

⁹³ Kuru, B., *a. g. e.*, C.2, s. 1893; Kuru, B., *El Kitabı*, s. 715; Uyar, T., *İcra Hukukunda Tahliye*, 2. Bası, 1987, s. 370.

⁹⁴ Aynı doğrultuda: Bkz. 12. HD. 29.12.2003 T. 22492/26602; 7.11.2003 T. 18746/21879; 23.9.2002 T. 17096/17947.

⁹⁵ Bkz. 12. HD. 4.6.1985 T. 15559/5549.

⁹⁶ Bkz. 12. HD. 29.5.1985 T. 15347/5338.

⁹⁷ Bkz. 12. HD. 22.3.1984 T. 862/5405.

⁹⁸ Kuru, B., *El Kitabı*, s. 716.

borçlu-kiracının, bu imzasını icra mahkemesinde açıkça kabul (ikrar) etmiş olması halinde, icra mahkemesinin itirazın kaldırılmasına ve tahliye karar vermesi gerekeceği” -haklı olarak- belirtilmiştir...

Yüksek mahkeme, “icra mahkemesince ‘itirazın kaldırılmasıyla birlikte takibin devamına’ hükmedilmiş olması ve alacaklının takip talebinde ‘tahliye’ isteminde bulunup takibin devamını istemesi halinde, icra mahkemesinin kararı tahliyeyi de içerdiğinden icra müdürlüğünce, alacaklının tahliye talebi doğrultusunda işlem yapabileceğini”⁹⁹ belirtmiştir.

‘Sözlü’ kira akdine dayalı tahliye istemini de içeren kira alacağı-nın tahsiline ilişkin icra takibine, borçlu-kiracı tarafından süresi içinde, kira akdi inkar edilerek ‘alacaklı ile aralarında her hangi bir kira ilişkisi bulunmadığı’nın belirtilmiş olması ve bu beyanın aksinin de alacaklı tarafından İİK 269b’de öngörülen belgelerle ispat edilememesi halinde, anlaşmazlığın çözümü yargılamayı gerektireceğinden icra mahkemesince ‘alacaklı talebinin reddine’ karar verilmesi gerekir.¹⁰⁰

II. Bugün “ilamsız tahliye takibi” üzerine, mahkemelerce verilen “tahliye”ye ilişkin kararları temyizen inceleyen Yargıtay 6. Hukuk Dairesi (ve Hukuk Genel Kurulu) “ilamsız tahliye takiplerinde, borçlu-kiracının ödeme emrine itiraz etmesi” üzerine, alacaklı-kiralayanın -“icra mahkemesinden ‘itirazın kaldırılması ve tahliye’ istemi” ile “sulh hukuk mahkemesinden ‘temerriit nedeniyle’ alacak ve tahliye davası” yanında- “sulh hukuk mahkemesinden itirazın iptâli ve tahliye davası” açabileceği görüşündedir.¹⁰¹ Yüksek mahkemenin bu görüşü doktrinde¹⁰² “İİK m. 269d’de, İİK m. 67 hükmüne atıf yapılmamış olması” yönünden eleştirilmiştir...

III. Kiralanan taşınmazların “kira bedelinin ödenmemesi” nedeniyle ilamsız icra yolu ile tahliyelerinde örneksemeye (kıyasen) uygulanacak hükümler hakkında bkz. Uyar, T., a. g. e., s. 18284 vd.

⁹⁹ Bkz. 12. HD. 15.5.2003 T. 8777/11178.

¹⁰⁰ Bkz. 12. HD. 15.2.2002 T. 2165/3367.

¹⁰¹ Bkz. 6. HD. 6.6.2005 T. 4060/5827; HGK. 20.12.2006 T. 6-804/817; 6. HD. 27.6.2006 T. 6286/7516; 6 HD. 21.9.1999 T. 6494/6660; 6. HD. 10.10.1991 T. 11222/11870.

¹⁰² Kuru, B., *El Kitabı*, s. 728.

İNTERNET YASAKLARI: BİR HUKUK VE ADALET FACİASI MI?

Mustafa AKGÜL*

4.5.2007'de kabul edilen 5651 no.lu İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ilgili yönetmeliklerin yayınlanmasını takiben 23.11.2007'den beri yürürlükte. Bu dönemde, 11.05.2009 itibariyle 2.126 kadar web resen, 475 sayılı web ise mahkemeler kanalıyla erişim engellemesi konmuştur. 5.651 TCK'ya referans veren 7 suç, 5816 no.lu Kanun ile Atatürk aleyhine işlenen suçlar ve daha sonra eklenen 7258 no.lu Kanun'un 5728 ile değiştirilen 5. maddesinin tanımladığı "bahis" ile sınırlıdır. Ama İnternet yasakları bununla sınırlı değildir: Medeni Kanun'a dayanarak kişilik haklarına ilişkin ve FSEK'e dayalı fikri ve sınai haklar nedeniyle da başka weblerin yasaklandığını görüyoruz. Ayrıca mahkemelerimiz 5651'e bağlı kalmadan TCK'nın başka maddelerine dayanarak yasaklama kararı vermektedir. Yasaklananların arasında youtube.com, 5 wordpress.com, Geocities.com, Myspace.com, DailyMotion.com, alibaba.com, groups.google.com, sites.google.com, blogger.com gibi büyük, milyonlarca kullanıcının üye olduğu, içerik eklediği çoğu weblerin yanında, richarddawkins.net, turandursun.com, anarsist.com, ataizm.org gibi aykırı görüşlerin ortaya atıldığı weblerde yasaklardan nasibini almaktadır. Biz bu yazıda, düzenleme ve uygulamalarda ortaya çıkan evrensel hukuk ve TC Anayasası ile çelişen boyutları ve ortaya çıkan adaletsizlikleri tartışmaya açmak istiyoruz.

Durumu özetlemek için ben şu metaforları kullanıyorum: "Donkişot", "devekuşu" ve "harakiri". Benim görebildiğim kadarıyla, ülkemiz, kendi başına İnternete kurallar getirmeye çalışıyor; adeta savaşıyor. İnternette duran bazı nesnelere, Türkiye'den erişimi engelledik diyo-

* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Bilgisayar Teknolojisi ve Bilişim Sistemleri Yüksekokulu, İnternet Teknolojileri Derneği Başkanı.

ruz, ama **i)** nesnelere yerinde duruyor, **ii)** alternatif ulaşmanın yöntemi basın ve internette var. Bu işlem sonucunda halkımızı cezalandırıyoruz. Hukuki boyutta, özgürlükleri kısıtlama yetkisini, yeni kurulan bir idari kolluk kuvvetine veriyoruz; mahkemelerimiz (adil) yargılama yapmadan, tedbir kararını kesinleşmiş karar olarak uyguluyoruz; dünya üzerindeki Türkler kanalıyla mahkememiz yetkisini tüm dünya olarak görüyor ve böylece uluslararası hukuku tesis etmeye çalışıyoruz. Verilen yasaklama kararları da suçluyu değil, komsularını ve tüm vatandaşlarımızı cezalandırıyor.

5651 Ne Getirdi

Yasanın gerekçesi, başlığı ve 1. maddedeki amaç ve kapsam başlığıyla tam da uyumlu değil. Gerekçe Anayasa'daki "*ailenin korunması*" maddesinden yola çıkarak 5651/8'de TCK referanslı katalog suçları kapsayan "*zararlı içeriğin*" gençlere ulaşmasını önlemeyi hedeflemekte, bu suçların elektronik ortamda işlenmesini önlemeyi arzulamaktadır. Buradan hareketle "*... elektronik ortamda yapılan yayınları teknik açıdan ve bilimsel olarak takip eden, çözümünü için, ..., elektronik haberleşme ve internet sektörünü koordine*" etmeyi TİB'ye (Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na) havale ediyor. TİB'e tüm interneti izleme, katalog suçu içeren yayınların tespit edilmesi halinde yasadaki usullerle içeriğin engellemesini istiyor. Başlangıçta amaçlar, "*zararlı içeriği*" engellemeye dönüşüyor. "*Yayınlara düzenlenmesi*" ise erişim ve yer sağlayıcıların BTK'dan belge almasına ve içerik sağlayıcıların ise künye ve yer sağlayıcı bilgisini yayınlamasına indirgeniyor. Başlangıç amacı dışında Atatürk'e ilişkin suçlar ile aile'yi korumakla bir ilgisi bulunmayan 9. madde, yani "*uyar-kaldır*" ekleniyor. Yasadaki bu başka uyumsuzlukların ana nedeni **i)** yasanın çok hızlı geçirilmesi, **ii)** yasanın internetten korkan bir felsefenin ürünü olduğunu düşünüyoruz.

Hatırlanacağı, CMUK içinde internet aktörlerin yetki ve sorumlulukları tanımlanmamıştı. Adalet Bakanlığı, bunlar ve TCK'de eksik kalan bilişim suçları için, "*Bilişim Ağı Hizmetleri ve Bilişim Suçları*" taslağını hazırlaması için bir komisyon kurdu. Komisyon tasarımı bitirdi; kamuoyu görüşlerine açıldı; gelen görüşlerin üzerinden gözden geçirildi. Tam bu sırada çocuk pornosu furyası başladı. Kamuoyu yönlendirilerek, 5651 için ortam hazırlandı. "*Temiz İnternet*" söylemleri arasında, Adalet Bakanlığı devre dışı kaldı ve Ulaştırma Bakanlığı'nın

hazırladığı taslak, biraz yumuşatılarak geçti. Komisyonunda son anda, Atatürk'le ilişkin suçlar ile 9. madde, yani *"uyar-kaldır"* eklendi.

İnterneti Nasıl Algılamalıyız

İnternet hepimizin günlük hayatında önemli bir yer tutmaktadır. Ama İnternetin ne olduğunu, neyi temsil ettiğini, neyi değiştirdiğini, nasıl değiştiğini ve potansiyeli tartışmak gerekmektedir. Algılamamız, ona karşı tavrımızı belirleyecektir.

İnternet bir bilgisayar ağının ötesinde, insanları ve insanlığın düşünce ve kültür ürünlerini kapsayan bir ağıdır. İnternet üzerinde 1.6 milyar insan mevcuttur. 630 milyon bilgisayar İnternet alan adı sistemi DNS'e kayıtlı durumdadır. Yeni tarama motoru cuil.com 125 milyar sayfayı indekslediğini söylemiştir, yani en az o kadar da sayfa bulunmaktadır. netcraft.com 238 milyon web saymıştır. 180 milyon civarında alan adı mevcuttur. 100 milyonu aşkın kişisel web/günlük olduğunu düşünmekteyiz. Tüm İnternette 100 milyon ölçüsünde video olduğu düşünülmektedir. Facebook'un kullanıcı sayısı 250 milyonu aştı.

İnternet, insanların buluştuğu, iş yaptığı, eğlendiği, öğrendiği, öğrettiği, çeşitli elektronik nesnelere değiştiği, paylaştığı, okuduğu, yazdığı bir ortamdır. İnternet, kütüphanelerin, gazete ve dergilerin, TV'lerin, müzelerin, laboratuvarların, sergilerin, konser salonlarının olduğu, insanlığın kültür mirasının paylaşıldığı bir ortamdır. İnsanlar arası iletişim, iş birliği ve dayanışmanın olduğu bir ortamdır. Yaşamın tüm boyutlarına, tüm mesleklere, tüm yaş gruplarına hitabeden, yaşamın yansını bulan, insanlığı etkileyen önemli bir gelişmedir.

Bilgi teknolojilerindeki değişim, bilgi ve enformasyonun saklanması, işlenmesi, üretilmesi, taşınması, sunulması, paylaşılmasında devrimsel boyutta gelişmeleri gerçekleştirmiştir. Bu işlemlerin, çok ucuz, kolay, hızlı ve büyük boyutlarda yapılmasını sağlamıştır.

Bilişim, bilgi teknolojileri ve İnternet, insanlığı yeni bir toplum biçimine taşıyan, tetikleyen ve temsil eden iç içe geçmiş araçlar bütünüdür. İnsanlık, sanayi ötesi bir toplum biçimine, adına *"bilgi toplumu"* demeye çalıştığımız yeni bir toplum biçimine geçişin sancılarını yaşamaktadır. *"Bilgi toplumu"*nun temel özellikleri konusunda geniş bir uzlaşmadan bahsedebiliriz. En temel özellik, bilginin bir üretim faktörü olmasıdır. Buradaki *"bilgi"*, bilim, teknoloji, bilimsel bilgi, ar-ge,

inovasyon, patent, örtük bilgi ve benzerleridir. Bu anlamda bilgi, temel zenginlik kaynağı, verimlilik, rekabet kaynağı ve istihdam aracıdır.

Beyinsel emek yaratılan katma değer açısından, kol emeğinin önüne geçmiştir. Yer altı zenginliklerinden, bankalardaki paralardan çok entelektüel sermaye öne çıkmıştır. Bunun sonucunda ülkelerin zenginlik kaynağı, yetmiş insanın beyinlerindeki bilgidir denebilmektedir.

Birey üretici ve tüketici olarak öne çıkmıştır. Tüketicie dünyanın her yerinde, kişiselleştirilmiş bir şekilde ürün ve hizmet sunumu mümkün olmaya başlamıştır. Tüm dünya, bir pazar olarak, üreticinin önüne çıkmıştır. Zaman ve mekanın etkisi azalmış, dünyanın her hangi bir yerinden entelektüel ürünleri sunma ve pazarlama olanağı oluşmuştur. Her dünya yurttaşına, kendi matbaasını, gazetesini, radyo-sunu, kolay, ucuz ve hızlı bir şekilde TV'sini kurması ve çalıştırması mümkün kılınmıştır. Dünya üzerine yayılan özel ilgi gruplarının oluşması ve bunların topluluk oluşturması mümkün olmuştur.

İnsanlar arasında tüm dünyayı kapsayan, ülkeleri aşan ağlar oluşması mümkün kılınmış, ağ ekonomisi ortaya çıkmaya başlamıştır. Klasik iktisadın tersine, ağın büyümesi sonucunda yaratılan fayda artmaya başlamıştır. Web 2.0 dediğimiz sosyal ağlar oluşmaya başlamıştır. Bu ağlar, tamamen sıradan kullanıcılar tarafından üretilen içeriği sunmakta, gelişimi kullanıcılar belirlemektedir.

İnternette öne çıkan bir diğer kavram katılımcılık, saydamlık ve yönetişimdir. Bilgi ve enformasyonun üretim ve dolaşımındaki bu gelişmeler, örgütsel yapıları değiştirmekte, hiyerarşik yapılar, yerini daha az katmanlı yatay yapılar bırakmaya başlamaktadır. Zaman ve mekan farklarının öneminin azalması ile pek çok kişi bir gerçek ya da elektronik örgüte katkıda bulunabilmekte, bilgi ve deneyimlerini paylaşabilmekte; bu da o örgütün etkisini artırmaktadır. Daha fazla insan bir olaya, bir örgüte katılabilmekte, işleyişinde söz sahibi olabilmekte, daha fazla bilgi talep edebilmektedir.

"Bilgi toplumu"na yönelişin bir sonucu olarak, sektörlerin yapısında önemli değişimler gözükmektedir. Telekom, basın, medya, eğlence sektörleri köklü olarak değişmektedir. Eski telefon santrali üreten fabrikalar kapanmakta; ansiklopediler, kütüphaneler; basın, müzik, film gibi eğlence sektörleri köklü değişimin sancılarını yaşamaktadırlar. Ürünleri sayısal halde ve İnternet üzerinden taşınabilen sektörler, de-

ğişimin etkisini çok fazla hisseden sektörlerdir. Bu sektörlerin, bu değişimi iyi kavraması gerekmekte ve yeni paradigmlar ışığında yeni bir yapılanmaya gitmeleri zorunlu olmaktadır.

Kamu yönetimi, bu gelişmeler sonucunda ciddi bir yeniden yapılanma arayışına girerek, kendini e-devlet uygulamaları şeklinde ortaya koymaktadır. Daha önemlisi, ülkeler ve Birleşmiş Milletler, AB, Dünya Bankası, ITU (Uluslararası Telekomünikasyon Birliği), Dünya Ekonomik Forumu gibi uluslararası yapılar, ülkeleri ve tüm dünyayı "bilgi toplumu"na taşımak için planlar yapmaya, eylem planları ortaya çıkartmaya, her çocuğa bir dizüstü bilgisayar gibi tüm dünya yurttaşlarına yönelik projeler üzerinde çalışmaya başlamıştır. Kısaca tüm dünya, "bilgi toplumu" hedefini benimsemiş ve ona yönelmek için ciddi bir çabaya girmiştir.

İnternet ve Hukuk

İnternet Teknolojileri çok hızlı değişiyor. Bu değişimi öngörmek pek mümkün değil. Ortaya çıkan çeşitli sorunlara kesin çözüm bulmak mümkün olmuyor. Gelişen teknoloji bulunan çözümü kolayca geçersiz bırakabiliyor. Bu nedenle aceleci çözümler yerine, esnek, diyaloga dayalı çözümler peşinde koşmak, bulunacak çözümün minimal, mümkün olduğunca teknoloji bağımsız olması tercih edilmekte. Değişen teknolojilerde ille de bir düzenleme yapmak her zaman en iyi çözüm değildir. Bazen az düzenleme en iyi düzenleme demektir. Bir başka deyişle, çözümü yasal düzenlemeler yerine, sektör ve sivil toplum kuruluşlarının desteği ile yurttaşların etik ilke ve davranışlarında aramak anlamlı olabilir.

İnternetin Sorunları

İnternetin çok uluslu yapısı, uluslararası iş birliği mekanizmalarının kurulamamış oluşu ve teknolojinin sürekli gelişiyor oluşu, çözümünün kısa vadede mümkün olmadığı çeşitli sorunlar ortaya çıkartmıştır. Yurttaşların kimseden izin almadan, fazla bir uzmanlık gerektirmeden, hızlı ve makul fiyatlarla internete bağlanabilmesi, bir web işletebilmesi, internet üzerinden iş yapabilmesi, kendi iletişim ağını kurup çalıştırabilmesi olumlu boyutlarının yanında, kaçınılmaz olarak pek çok ülkede sorun yaratmaktadır.

Dünyanın 192 ülkesinden birinde, küçük bir ada ülkesinden, bazen de bir gemiden yayın yapmanın mümkün oluşu, sıradan yurttaşlara, muhalif gruplara, azınlıklara, aykırı seslere, marjinal gruplara, kriminallere yaşama fırsatı sunmaktadır. İnternette yaşamın her boyutunun yansımaları olduğu gibi, yaşamdaki tüm olumsuzlukların da internette yansımaları vardır. Bir anlamda İnternet bir kütüphane, bir okul, bir iş merkezi vs olduğu gibi aynı zamanda İnternet sokaktır. Sokakta bulduğunuz tüm unsurlar, İnternette de vardır.

Bu sokak tüm dünyadır; bunun kuralları, polisi, mahkemesi henüz oturmamıştır. Bunun bir nedeni teknolojinin sürekli gelişiyor olması, bir nedeni ise uluslar arası görüş farklılıkları, ortak bir zeminde anlaşmanın zorluğu ve böyle bir mekanizmanın olmayışıdır.

Tasarlanan teknolojinin güvenlik unsurlarında eksikliklerin oluşu, kimlik tespitinde bazı sıkıntıları beraberinde getirmektedir. Kullanılan bilgisayar sistemlerin güvenliğindeki sıkıntılar ve kullanıcıların bilgi ve bilinç eksikliği bu kişilerin tespitini zorlaştırmaktadır. Teknolojilerin ve alttaki bilimin sürekli gelişiyor oluşu, eksikliklerin ve açıkların olmasına imkan sağlıyor ve kötü niyetli unsurlar tarafından sık sık masum 3. kişiler aleyhine kullanılmasına neden oluyor. Spam trafiği bugün büyük ölçüde, bilinçsiz kullanıcıların ele geçirilmiş bilgisayarlar ve bilinçsiz sistem yöneticilerin kendi alan adı ve e-posta sistemlerindeki açıklar yoluyla yapılmaktadır. Kriptoloji ve e-imza henüz milyarların rahatça kullanabileceği bir noktaya gelememiştir.

Uluslar arası ticaretin, internet üzerinden kolayca yapılması, alan adı, web mekanı kiralama gibi hizmetlerin kredi kartıyla yapılabilmesi, pek çok ülkede kimliği saklayarak web işletmeyi mümkün kılmaktadır. Ayrıca, kimliği (isim ve IP numarası) saklamaya yönelik hizmetlerde ticari ve ücretsiz olarak var.

Zararlı İçerik

Kriminal konularda bilişim dünyasında esas olarak uzlaşma söz konusudur. Uluslararası işbirliği büyük ölçüde vardır ve gittikçe gelişiyor. Asıl sıkıntı içeriğe ilişkin konularda olmaktadır. Ülkeler arasında kültür, politik sistem farklılıkları, adli sistem farklılıkları içerik konusunda kendini göstermektedir. İfade özgürlüğü ve demokrasi anlayış farklılıkları en çok burada kendini göstermektedir. Terörist, özgürlük

savaşçısı, hakaret, erotik, müstehcen ve kutsal kavramlar ülkeler, bölgeler ve kişiler arasında değişmektedir.

Bunların arasında çocuk pornosu konusunda hemen hemen mutabakat vardır. Neyin çocuk olduğu, neyin çocuk pornosu olduğu konusunda ufak tefek farklılıklar var ise de, çocuk istismarının önlenmesi konusunda Birleşmiş Milletler Sözleşmesine paralel bir ortak tavır söz konusu. Ülkeler çocuk pornosu üretimi ve dağıtımını şiddetli bir şekilde cezalandırmaktadır. Çocuk pornosunu izlemek bile pek çok ülkede ciddi bir suçtur. Türkiye’de de suçtur. Hatta bu konuda araştırma yapmak bile mümkün olmadığı görüşü vardır.

5651 Ne Getirdi

5651 aceleyle getirilmiş, internetten korkan bir felsefeyle yazılmış, ileride kullanılabilinecek maddelerle dolu “*Truva Atı*” görüntüsü veren bir yasadır. Bir tepki ve yasaklama yasasıdır. Özgürlükler ve güvenlik dengesinin, özgürlük aleyhine bozulduğu, “*internetde benim istemediğim kuş, ne pahasına olursa olsun uçmasın*” bakış açısıyla, evrensel hukuk ve Anayasa’nın temel ilkelerin feda edildiği bir düzenlemedir.

Yasa erişim, yer ve içerik sağlayıcıların yetki ve sorumluluklarını tanımladı, katalog suçları tanımladı, erişim engelleme kararının nasıl verileceğini, “*uyar-kaldır*”ı tanımladı ve ileriye yönelik bazı genel hükümleri içeriyor. Yasa esas olarak içerik denetimini düzenlemek istiyor. Bu amaçla, TK içinde İletişim Başkanlığı’na (TİB), hukukçu ve iletişimci ağırlıklı 93 kişilik kadro veriliyor.

Katalog Suçlar: İntihara yönlendirme (TCK 84), çocukların cinsel istismarı (103/1), uyuşturucu kullanımı (190), sağlık için tehlikeli madde (194), müstehcenlik (226), fuhuş(227), kumar (228) ve 5816 n.olu Atatürk’le ilgili Kanun. Buna daha sonra bahis de eklendi.

Kanun’la net tanımı olmamakla birlikte yurt içi ve dışı kavramları getirildi. Yurt dışı için “*idari tedbir*” olarak TİB’nin şikayet üzerine veya resen erişimi engelleme kararı vermesi yetkisi getirildi. Yurt içi için ise erişimi engelleme yargı yoluyla olabilmektedir. Ancak acil hallerde savcılık ve çocuklara yönelikse TİB bu yönde karar alabilir ama 24 saat içinde mahkemeden kararın onaylanması gerekir.

5651’e bağlantı yönetmelikler, yine fazla bir STK etkileşimi olma-

dan çıkartıldı. Yönetmelik, yer sağlayıcılara Faaliyet Belgesi alması zorunluluğu getirdi. Bu Türkiye'deki kamu kurumlarını da kapsıyor. Asıl önemlisi, Türkiye tüm dünyadaki yer sağlayıcılardan da "*faaliyet belgesi*" istiyor. "*Faaliyet belgesi*" alan yabancı şirketler, Türk şirketleri gibi, erişimin engellenmesi açısından, işlem görüyor. Bu youtube'un kapanması gerekçesi olarak Ulaştırma Bakanı ve TK Başkanı tarafından defalarca dile getirildi. Dünyada bizden başka dünyadaki her yer sağlayıcıdan "*faaliyet belgesi*" isteyen ülke yok. Ulaştırma Bakanı son demeçlerinde "*güvenlik belgesi*" deyimini kullandı. Bunu dil sürçmesi olarak düşünmek gerek; "*faaliyet belgesi*"ni kastetmektedir. Kısaca, Türkiye'nin tek başına dünya İnternetine kurallar koymaya çalışmaktadır. Türkiye bu fikrini hiç bir uluslararası forumda savunmadan, uygulamaya çalışıyor.

Yasaklar Nasıl Uygulanıyor

Tüm yasaklamalar 5651 yoluyla yapılmıyor. Fikri ve sanayi haklar nedeniyle (alibaba.com, blogger.com) ya da medeni kanun yoluyla kişilik hakları nedeniyle (wordpress.com, richarddawkins.net, groups.google.com, geocities.com, sites.google.com) ülkemizdeki herhangi bir mahkeme şikayet üzerine, dosya üzerinde koruma tedbiri olarak erişimi engelleme kararı veriyor. Yasağa neden olan, ya bir mesaj, bir yazı, bir resim, bir video gibi genelde bir ya da birkaç nesne olmaktadır. İlgili webte sadece zararlı bulunan nesnelere yasaklamak yerine, o nesneyi içeren bağımsız birim yasaklanıyor. Bu birim, teknik olarak en kolay yolla seçiliyor ve çok büyük haksızlıklara sebep olabiliyor. Bunu bir kitap yüzünden koca bir kütüphaneyi yasaklamak olarak bakabiliriz. Benzeri bir benzetme, is merkezleri kompleksinde, bir iş merkezindeki bir dükkandaki istenmeyen bir mal nedeniyle, tüm iş merkezleri kompleksini yasaklamak olarak düşünebiliriz. Teknik olarak anlatmak için alan adı sistemi (DNS - Domain Name System) ile IP numarası arasındaki ilişkiyi kurmak gerekir. DNS, internetin düzgün çalışması için gerekli en önemli parçalardan biridir. DNS sistemindeki aksamalar tüm interneti etkileyebilir. Sadece webin değil, e-posta dahil tüm internet hizmetleri için önemlidir. İnternetteki her bilgisayarın bir IP numarası vardır ve genelde bir de isim verilir. İsim verme, kurumsal yapıyı yansıtır ve akılda tutulması kolay sembolik isimler seçilmeye çalışılır. Bir alan adına ilişkin bilgisayar isimleri ve IP nu-

maraları ilişkilendirilmesi DNS yoluyla yapılır. Örneğin, kampanya.org.tr ile 139.179.20.111 bağlantısı vardır. Bu isim-IP bağlantısı genelde çoklu-çoklu olabilir; yani bir isme birden fazla IP verilebilmesi yanında, aynı IP'ye pek çok, hatta binlerce isim verildiği yaygın bir uygulamadır. Bir büyük sunucu için birden fazla IP numarası olabilir ve bir IP için farklı alan adları içinde çoklu isim verilebilir. Aynı webin farklı isimleri ve farklı IP'leri olabildiği, aynı IP altında kolayca binlerce farklı alana ait webler olabilir. Türkiye'de BTK'nın çıkardığı yönetmelikte 2 yöntem benimsenmiş ve mahkemelerimiz bu ikisinden birini bazen de ikisini birden seçiyorlar. Bunlar Alan Adı ve IP yöntemleri.

"Alan Adı" yasaklama yönteminde Türkiye'deki servis sağlayıcılarında yasaklanmak istenilen webin alan adı için yeni bir kayıt giriliyor. Bunun sonucunda o alan adına ait tüm webler "*Bu Siteye Erişim Yasaklanmıştır*" sayfasına yönlendiriliyor. Bunu wordpress.com örneği ile açıklayalım. Diyelim ki, ilgili mahkeme www.wordpress.com da yasalarca tanımlanan zararlı içerik buldu ve yasaklama kararı hukuken uygun. Wordpress.com alan adını bir iş merkezine benzetirsek, www oradaki dükkanlardan sadece biri. "*Alan adı*" yasaklama yöntemi ile aynı iş merkezindeki milyonlarca dükkanı yasaklıyoruz. Şu anda wordpress.com altında 3.5 milyon kişinin blogu var. Alan Adı yöntemi kolay ama haksızlığa sebep oluyor. Bir dükkanı yasaklamak için 3.5 milyon dükkanı yasaklamak hukuki mi? Ayrıca, alan adı sistemine yapılan bu müdahale, o alan adlarını içeren e-posta adreslerinin Türkiye bağlantısını koparır. İnternette web ve e-posta dışında çalışan başka hizmetler olabilir. Alan adı üzerinden yasaklama, o alan adını içeren tüm birey ve kurumların Türkiye ile internet üzerinden yapılan tüm işlemlerine yasaklamak demektir. Bu amacı aşan, adaletsiz ve haksız bir işlemdir.

Wordpress.com, blogger.com gibi yerlerde kişisel webler bir alt alan olarak tanımlıdır: xyz.wordpress.com, abc.blogger.com gibi. Erişimi engellemeyi tüm alan yerine bu alt alan adına uygulamak mümkün. Wordpress.com ve blogger.com'da altalan adı temelli yasaklamak mümkünken, tamamını erişime engellemek kararı ciddi bir hak ihlaline neden olmaktadır. Dava konusu olur.

İkinci yasaklama yöntemi ise IP numarasını yasaklamak; yani o alan adının IP numarasına giden talepleri çöpe atmak ve "*Bu Siteye Erişim Yasaklanmıştır*" sayfasına yönlendirmektir. Bir IP'de koca bir iş

merkezi olduğu zaman, yasaklanmak istenen dükkanın IP'si, o iş merkezindeki aynı IP'yi kullanan bütün dükkanların yasaklanması ile sonuçlanmaktadır. Yine yaşın yanında binlerce kuru da yanmaktadır.

Yasaklamanın nasıl yapılacağı ilgili mahkemenin bilgi ve takdiri-ne bırakılmış. Mahkemeler bazen sağlam olsun diye, her iki yasaklamayı birden yapıyor. Tedbir olarak alınan kararlar, çoğunlukla nihai karar olarak uygulanıyor.

Katalog Sınırlayıcı Değil

Yasada "*Toplu Kullanım Sağlayıcının*" tanımı var ama hiç bir kısıtlayıcı özelliği yok; başkasına internet olanağı sağlayan herkes toplu kullanım sağlayıcısı olabilir. Okullar, iş yerleri, kamu kurumları, oteller, kahveler, pansiyonlar, yurtlar da dahil. Ticari toplum kullanım sağlayıcısı (internet evleri, vs) için ise mulki amirliğe kayıt olması şartı getiriliyor ve yönetmekle kayıt-tutma ve filtre uygulaması zorunlu hale getiriliyor. Madde 7.ii'de "*konusu suç olan içeriklere erişimi önleyici tedbir alma*" yükümlülüğü getiriliyor. Birden bire katalog suçlardan vazgeçiyor, tüm TCK ve ilgili özel kanunlar gündeme geliyor. Böylece sınırlı bir alanda "*zararlı içeriği*" temizlemekten genelde konusu suç olan tüm içeriği engellemeye genişleyiveriyor.

Kanun'un 7.ii maddesi ve ilgili yönetmelik nedeniyle en azından bazı kurumlar filtreleme ve kapsamlı bir log tutma çabasına girmiş durumdalar. Bunun için yazılımlar ve donanım alınıyor. Ülke olarak ciddi bir harcama yapıyoruz.

ihbarweb.org.tr'de yayınlanan erişim engelleme istatistiklerde diğer kategorisinde 197 sayısını görüyoruz. Bu mahkemelerin katalog suçlar dışında (terör, organ nakli vs) yasalarımıza göre suç olan konularda verdiği erişim engelleme kararlarını kapsıyor. Medeni kanuna ve FSEK'e dayalı kararlar, belki 1-2 istisnasıyla, bu sayılarının dışında. FSEK nedeniyle savcılıkların yüzler ölçüsünde webi kapattığı bilinmekte. Medeni Kanun yoluyla kapatılan yerler konusunda elimizde sağlıklı bilgi yok.

Yasaklar Ne Kadar Hukuki

Yasaklama kararı başta iletişim özgürlüğüne ve ifade özgürlüğüne kısıtlama getiriyor; aynı zamanda öğrenme, iş yapma, ticaret, ör-

gütlenme, kendini geliştirme, eğlenme, kendini geliştirme konularında da kısıtlama getiriyor. Bunlar temel insan haklarıdır. TC Anayasası, hukukun temel ilkeleri bu kararın ancak mahkeme tarafından verilmesini şart koşmaktadır. Bu bakımdan, yasanın getirdiği “*idari tedbir*”, yani BTK içinde bürokratik bir kadronun bir mahkeme gibi, resen, karar vermesi, Anayasa ve evrensel hukuk ilkelerine aykırıdır. Bilişim STK’ları 5651 sayılı Kanun’un yönetmelikleri iptali ve Kanun’un Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesi’ne götürülmesi istemiyle Danıştay’a dava açmıştır.

Trafik mevzuatında benzeri bir uygulama, sürücülerin özgürlüğüne idare tarafından kısıtlama getirilmesi, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.

İzmir Çeşme’de yapılan 2. Bilgi Teknolojileri Kongresi’nde konuşan bir Yargıtay temsilcisi, TIB’nin bu yetkisini kullanmamasını, aldığı kararları mahkemeye onaylatmasını önermiştir. Fransa’da 3 defa müzik indirenin internet bağlantısını servis sağlayıcının kesmesini isteyen bir yasa geçmiştir. Ayrıca Fransa bu maddeyi, Avrupa Parlamentosu’nda (AP) görüşülen Telekom Reform Tasarısı’na bir önergeyle ekletmiştir. AP, bu yetkinin mahkemelerde olması gerektiği için taslağı geri çevirmiştir. Fransa Anayasa Mahkemesi de ilgili yasa iptal etmiştir.

Mahkemelerin verdiği kararlar koruma amaçlı, tedbir kararıdır. Tedbir kararının bir süresi olmak gerekir. Buda en fazla üç aydır. Üç ay dolduğunda, kararın tazelenmesi gerekir. Benim bildiğim kadarıyla, hiçbir vakada bu tekrarlanmadı.

Yasaklama kararından önce ya da sonra hukuki olarak bir tebligat yapıldığını ben bilmiyorum. Bir bilirkişi incelemesi yapıldığı bir vaka da ben bilmiyorum. Ancak, youtube gibi yerler, biz kaldırdık dersi o zaman, mahkeme gerçekten kalkmış mı diye bilirkişiye başvurduğu oluyor. Kararlar hep dosya üzerinden veriliyor. Mahkemenin, yasaklanan nesneyi yerinde incelediğin kanıtına hiç rastlayamadık; ya savcı ya da şikayetçi avukatın belgelerine dayanılıyor.

Özellikle wordpress.com ve blogger.com gibi yerlerde her blog ya da kişisel web ayrı bir altalan olarak tanımlanıyor. Bu sadece bir ya da bir kaç bloğa erişim engeli koymak mümkün. Bir blogu yasaklamak mümkünken, milyonlarca suçsuz webi yasaklamak hukuki olabilir mi? Kanımca, bu kararı verenler en azından tazminat davasına mu-

hatap olabilirler. AIHM'den ülkemizin mahkum olması bence çok büyük bir olasılık.

Alan adı bozulmasında gözden kaçan başka haksızlık ve dolayısıyla hukuksuzluk söz konusu olabilir. Bir alan adında sadece www.xyz.com olmak zorunda değil. Alan adı bozulmasında yapılan, Türkiye'deki bazı DNS sunucularında ilgili alan adı için "yasaktır" webine işaret tek bir kayıt yerleştirilmesidir. Mahkeme kararı da www.xyz.com için erişimi engellemez. Aynı alan adı altında birçok alan adı olabilir. Google.com örneğine bakarsak: www.google.com, sites.google.com, video.google.com, maps.google.com, books.google.com, translate.google.com, earth.google.com gibi pek çok alan adı vardır. Ayrıca, e-posta ve başka pek çok servis vardır. Dikkatsiz bir alan adı bozulması, mahkeme kararını maksadı aşan ve haksızlık yaratan bir uygulamaya dönüştürecektir.

Yargılama Genellikle Yapılmıyor

Yasaklamaların büyük çoğunluğunda bir yargılama yapılmıyor. Ancak, yasaklananlardan biri mahkemeye itiraz ederse bir duruşma yapılıyor. Yasaklama kararı veren mahkeme bunu bir ceza ve/veya tazminat davasıyla takip etmiyor. 5 Mayıs 2008'den beri yasaklı olan youtube aleyhine açılmış bir dava yok. Sadece youtube ve STK'ların itirazlarıyla ilgili verilmiş karar var. Kısaca, yasağın devam ettiği hiçbir yasaklamada, her hangi birey ya da kurum için bir dava açılmıyor. Bir tebligat da yapılmadığı için yasaklı webin sahibin ya haberi olmuyor, ya olanağı olmuyor ya da korktuğu için mahkemeye başvurmuyor. Bazen da taraf teşkil edilemediği için açılan soruşturma dava aşamasına gelemiyor. Sonuçta, bir hukuk devletinde yargılama yapılmadan pratik olarak kesinleşen bir karar var. Ve aşağıda belirteceğimiz gibi başkalarını cezalandırıyoruz.

Orantılılık İlkesi İhlal Ediliyor

Yasaklanmak istenilen tek bir nesne için kolayca milyonlarca nesne cezalandırılıyor. Wordpress.com'da 3.5 milyon blog var. Youtube'da video sayısını biliyoruz en azından 10 milyonlar ölçüsünde olduğu düşünebiliriz.

Özensizce uygulanan yasaklar, bir an için özünde hukuki olduğunu var saysak bile, uygulamada ciddi hukuk ihlallerine neden oluyor. Kaldı ki savunma almadan, yargılama süreci yaşanmadan uygulanana kararlar ne kadar hukuku uygun olabilir ki? Wordpress.com'da bir kişinin günlüğünde, hakaret içeren bir paragraf iddiası ile 3.5 milyon kişinin günlüğü yasaklanıyor. Blogger.com'da 60 kişinin günlüğünde fikri hakları ihlal ettiği gerekçesiyle milyonlarca kişinin günlüğüne yasak konuyor. Bu iki örnekte, alt alan adına yasak getirilerek, sadece bu günlükler yasaklamak mümkündü. Bu, belki bilgisizlikten kaynaklandı, ama çok açık bir adaletsizlik ve hak ihlalidir. Adalet Bakanlığı ve TK bu adaletsizliği sadece seyrediyor; siyasal iktidar, muhalefet ve büyük ölçüde toplum önderleri ve basın da bir sorumluluk almadan seyrediyor.

Orantılık konusunda kanun koyucunun bir yorumu: *"Hukuk devletin bir başka yönü, eylem ve işlemlerinde ölçülü (oranlı) davranan devlet olmasıdır. Orantılılık ilkesi, hukuk devletine hakim olan aşırılık yasağının bir bölümünü oluşturur. Bu ilkeye göre, ceza muhakemesi hukuku işlemi yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi ihtimal dahilinde bulunan zarar arasında makul bir oranın (ölçünün) bulunmasını, oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını ifade eden ilkeye orantılık (ölçülülük) ilkesi denir..."*

Yargıtay'ın yorumu ise: *"Tedbir önemli bir zararın meydana gelmesini önleyecek şekilde verilmelidir. Bir tarafın şahsi ihtiyacını karşılayıp pek çok insana zarar vermesi ihtimali bulunan bir konuda ihtiyati tedbir kararı verilmesi mümkün değildir."*

Burada yargılama süreci yaşanmadan bir ceza uygulaması yapılmasının hukuksuzluğunun yanında, yaşın yanında orantısız ölçüde kurunun yanması söz konusu. Polis, özel koşullarda, kaçan suçluya ateş edebilir; ölümüne neden olabilir. Ama kaçan suçlu bir kalabalığa girdiyse, polisin kalabalığı yayılım ateşine tutmak, bir suçluyu kaçırmamak için yüzlerce masum insana ateş etmesi kimsenin aklının ucundan bile geçmez. Ama İnternet konusunda bunu gözümüz kırpmadan yapıyoruz. Youtube, bir kaç video yüzünden 5 Mayıs 2008'den beri kapalı. Worldpress, blogger, google groups, myspace, geocities, dailymotion gibi yerlerde bir potansiyel suçlu için, milyonlarca kişinin iletişim hakkını yasaklıyoruz. Koca bir iş merkezinde, bir dükkanda suç işlendi ihbarı üzerine, tüm iş merkezini veya iş merkezinin olduğu mahalleyi kapatmayı hiçbir normal insan düşünmez, ama bu iş inter-

nete gelince gözümüzü kırpmadan yapıyoruz. Bu haksızlığa, topluma zarar veren bu uygulamaya, toplum büyük ölçüde sessiz kalıyor: üniversiteler, hukuk fakülteleri, barolar, bilişim dışı sivil toplum kuruluşları gözlerini kapamayı tercih ediyor.

Gözden kaçan bir hukuk ihlali ise, sıradan yurttaşın, her internet kullanıcısının iletişim, öğrenme, eğlenme, bilgilenme ve iş yapma haklarına engel konulması. İnterneti günlük gazete, dergi, kitap gibi algılayanın bir sonucu böyle büyük haksızlıklara sebep oluyor. İşin acı gerçeği, ülkemizin interneti henüz algılayamaması. Kanımca, bu hatırlar işlerinden olmasın diye matbaayı ülkeye geç getirmek, bunun sonucunda aydınlanma ve bilimsel teknolojik devrim ve sanayi devrimini kaçırmamızla paralel bir durum. İnternet en az sanayi devrimi boyutlarında köklü bir değişimi temsil ediyor. İnternetin temsil ettiği bu devrimsel değişimi algılayamadığımız için refleksel tepkilerle yasaklayarak sorunları çözmeye çalışıyoruz. Sonuçta, harakiri yaparak, kendimize zarar veriyoruz.

Masum milyonlarca kişinin iletişim, öğrenme, eğlenme, ifade, bilgilenme, alışveriş yapma ve kendi işini kurma özgürlüğüne engel getirildiğinin, bununda Anayasa suçu olduğu pek çok kimse fark etmiyor. Yargılanmadan, ceza uygulanması evrensel hukuk ilkelerine ters. Ayrıca, TK'ya sorgusuz sualsiz, resen yasaklama hakkı verilmesi, kuvvetler ayrılığına ters ve dolayısıyla Anayasa'nın iletişim, yargı, ifade özgürlüğü ile ilişkin maddelerine aykırı.

5651 katalog suçlar dışındaki yasaklamalar konusunda, bu benim yetki alanım dışında diye sadece seyrediyor. 5651 kapsamındaki suçlar içinde web yurt dışında ve "faaliyet belgesi" alınmadıysa, gereklim görürse resen yetki kullanıyor, şayet mahkeme karar aldıysa da, yönetmelikle aldığı "arabulucuk" rolünü kullanmak istemiyor. 5651'e son anda eklenen 9. madde "uyar-kaldır" ilkesini getiriyor; ama mahkemelerimiz genelde bunu bilerek ya da bilmeyerek uygulamıyor.

Uyar-Kaldır ve Yasaklar

5651'in 9. maddesi son anda komisyonda eklendi. Yasanın ana amacı dışına çıkan bir eklenti. Kişisel hakları koruma için tekzipten esinlenen "uyar-kaldır"ı getirdi.

Kişisel haklarına saldırı olduğunu düşünen kişi/kurum içerik sağ-

layıcıdan ilgili metin için düzeltme ve kaldırma isteyebilir. 2 gün içinde bu isteğin yerine gelmemesi, reddedilmesi demektir. Bu durumda 15 gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulur. Hakim 3 gün içinde dosya üzerinden karara bağlar. İçerik sağlayıcı karar tebliğini takiben 2 gün içinde ilgili metni kaldırır ve cevap metnini yayınlar. Mahkeme kararını yerine getirmeyen kişi 6-24 ay hapisle cezalandırılır.

Görüldüğü gibi bu madde kişisel haklar nedeniyle erişimi engellemeden bahsetmez. Bu yasa TCK'dan sonra çıktığı ve özel yasa olduğu için hiçbir şekilde erişimin engellememesi gerekir. Bu Adnan Oktar'ın Vatan Gazetesinde bir okuyucu mesajı üzerine bir mahkemeden erişimi engelleme kararı alması üzerine gündeme gelmişti.

Çözüm İçin STK Önerileri

Yasaklar büyük haksızlığa neden olmasının yanında, mutlak değil. Sadece Türk vatandaşları için geçerli. Ayrıca gittikçe artan bir oranda vatandaşlar bu yasakları etkisiz hale getirmenin yollarını çeşitli yollarla öğreniyor. Gazetelerimiz bunu defalarca yayınladılar. Ülke olarak kolaya kaçıp yasaklama alışkanlığından vazgeçip, meseleye olabildiğince ifade özgürlüğü, tartışma ve hoş görü açısından bakmaya çalışmalıyız. Yasaklar, çok özel hallerde, sınırlı ve dikkatli yapılmak zorunda.

Çok kısa olarak "*Bilişim Sivil Toplum Kuruluşları*" olarak yaptığımız önerileri özetlemek isterim. Kısa vadede "*Nesne Temelli*" filtreleme yapılmasını öneriyoruz. Örneğin youtube için 10 video nedeniyle yasaklama kararı yerine, sadece bu 10 videoya erişimin engellenmesi kararının verilmesi. BTK bunu yapacak teknik, mali ve idari yeteneği var. Şu anda youtube'un kapalı kalmasının altında 10 videodan birinin ABD yasalarına göre suç olmaması ama bizim mahkemenin onun kaldırılmasını istemesi. Youtube kaldırdığı 9 videonun yanında, kalan tek videonun Türkiye'deki IP'lerden erişimini engelliyor. Ama mahkememiz, Yurt dışındaki Türk vatandaşların bu videoyu görebildikleri gerekçesiyle, söz konusu videonun tüm dünyadan kaldırılmasını talep etmekte. Ama bu Türk mahkemelerin yetki alanının dünya olarak ilan edilmesi anlamına gelmektedir. Bu Türkiye'nin tek başına uluslararası hukuku tesis etmesi anlamına gelmektedir. Yapılması gereken ilgili düzenlemede "*zararlı*" nesnenin yayından kaldırılmasını yeniden tanımlayarak, tanımın berraklaşmasını sağlamaktır.

Orta vadede 1-2 tane geçici uzmanlık mahkemesi kurarak içtihatların oluşmasına ortam sağlamaktır. Bu mahkemelere, ciddi bir danışmanlık desteği sağlamak, üniversite ve STK'larla diyalog içinde olunmasını ve mahkemelerin kendi bağımsız kararlarını vermelerini sağlamak gerekir. Bunun yanında STK ve kamunun ortak ve öz denetim (co-regulasyon ve self-regulasyon) yapıları kurmasında yarar var. Sivil yapılar, ülkenin hassas olduğu "zararlı" nesnelere daha kolay kaldırılabılır.

Uzun vadede meseleye fikir ve ifade özgürlüğü açısından yaklaşmamız gerekir. Bir taraftan hukukçulara bilişim eğitimi, bilişimcilere hukuk eğitimi vermenin yolunu bulmalıyız. Düzenlemeleri ilgili herkesin katılımı ile yönetim ilkeleri ışığında minimal, platform ve teknoloji bağımsız bir şekilde tasarlamalıyız. Zararlı içerikle mücadeleyi okullar ve benzeri yerler dışında yurttaşlara bırakmalıyız. Yurttaşları bilgi ve bilinçle donatmalı, ilgili yazılımları gerekirse ücretsiz dağıtmalıyız. Demokratik bir toplumda devletin neyin "temiz" neyin "kirli" olduğuna karar vermesi söz konusu olamaz. Tüm düzenlemeleri yönetim ilkeleri ışığında minimal düzeyde tutmak ve sık sık gözden geçirmek gerekir. İlk fırsatta 5651'i kaldırıp yeni bir düzenlemeye gitmelidir. Siber Suçlar Sözleşmesi kamuoyunda yeteri kadar tartışılıp imzalanmalıdır. Yeni düzenlemeler Siber Suç Sözleşmesi'ne uygun olmalıdır. Adalet Bakanlığı komisyonunca hazırlanan ve askıya alınan taslakla başlayarak yeni bir düzenlemeye gitmeliyiz. Bunun yanında mevcut hukuk camiamızı, hakim, savcı ve avukatları sürekli bilgilendirmeliyiz. Hukuk fakültelerinde bilişim ve internetle ve hukukuyla ilgili temel dersler her öğrenciye verilmeli, hukuk fakültelerinde ve üniversitelerde çok disiplinli bilişim ve internet araştırma merkezleri kurulmalıdır.

İnsanlık için sanayi devrimi gibi önemli bir devrimi, hattatların iş kaygısı gibi marjinal problemlere feda etmemeliyiz.

Türkiye internetin marjinal problemlerine çok fazla enerji harcıyor. Asıl, İnterneti demokrasimizi geliştirmek, toplumsal kalkınmaya katkı vermek ve bilgi toplumu yönünde nasıl kullanırız konularına kafa yormamız gerekir.

İnternet Yaşamdır!

5 TEMMUZ 2006 TARİHLİ ARACI ELİNDE BULUNDURULAN MENKUL KIYMETLERE İLİŞKİN BELİRLİ HAKLARA UYGULANACAK HUKUK HAKKINDA LAHEY SÖZLEŞMESİ*

Çev: Cihan GÖNEN** / Ayça ÇALIŞKANÖZTÜRK**
Melis ERCAN*** / Merve SERDAROĞLU***
Merve Dilan ANSEN*** / Alper AKGÜL****
Gonca AÇICI

Bu Sözleşme'yi imzalayan devletler,

Büyük ve giderek genişleyen bir küresel mali piyasada, artık çoğunlukla takas ve hesaplama sistemleri veya diğer araçlar yoluyla tutulan menkul kıymetlere uygulanacak hukuk bağlamında hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği sağlama ihtiyacının farkında olarak,

Uluslararası sermaye akışını ve sermaye piyasalarına erişimi kolaylaştırmak yolunda, hukuki ve sistemik risk ile buna bağlı olarak aracı elinde bulundurulmuş menkul kıymetleri içeren sınır ötesi işlemlere ilişkin masrafların azaltılmasının önemini bilincinde olarak,

Aracı elinde bulundurulmuş menkul kıymetlere uygulanacak hukuk hakkında, ekonomik gelişmişlik açısından her düzeydeki devlete faydalı olacak ortak kuralları koymayı arzularak,

Aracılarla yapılan hesap sözleşmelerince belirlenen “İlgili Aracının Bulunduğu Yer Yaklaşımı” (PRIMA)’nın gerekli hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği sağladığını kabul ederek,

Bu hususta bir Sözleşme akdetmeye karar vermiş ve aşağıdaki hükümlerde anlaşmışlardır:

* Sözleşmenin İngilizce metni için; Convention On The Law Applicable To Certain Rights In Respect Of Securities Held With An Intermediary: Concluded 5 July 2006, http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=72.

** Av., Ankara Barosu.

*** Stj. Av., Ankara Barosu.

**** Ar. Gör., Polis Akademisi

BÖLÜM 1. TANIMLAR VE UYGULAMANIN KAPSAMI

Madde 1. Tanımlar ve Yorum

1. Bu Sözleşme'de -

a. *"menkul kıymetler"* hisse senedi, bono ile diğer finansal araçlar veya finansal değerler(nakit dışında), yahut bunlara dair bir menfaati,

b. *"menkul kıymet hesabı"* bir aracı tarafından tutulan ve menkul kıymetlerin alacak veya borç olarak kaydedilebileceği hesabı,

c. *"aracı"* işin veya başka bir olağan faaliyetin seyri sırasında başkaları namına veya başkası namına ve kendi hesabına menkul kıymet hesapları tutan ve bu sıfatla hareket eden kişiyi,

d. *"hesap sahibi"* aracı tarafından namına menkul değerler hesabı tutan kişiyi,

e. *"hesap sözleşmesi"* menkul kıymet tutan ilgili aracı ile menkul kıymet hesabına ilişkin olarak yapılan sözleşmeyi,

f. *"aracı elinde bulundurulmuş menkul kıymet"* hesap sahibinin, menkul kıymet hesabına alacak olarak kaydedilen menkul kıymetten kaynaklanan haklarını,

g. *"ilgili aracı"* hesap sahibi adına menkul kıymet hesabını tutan aracıyı,

h. *"tasarruf"* bir sıfatın doğrudan veya menkul kıymet yoluyla mülkiyet hakkının devrini ve zilyedi olunan veya olunmayan menkul kıymet getirisinin ferağını,

i. *"tekâmül"* bir tasarrufun, o tasarrufa taraf olmayan kişilere karşı muteber hale getirilmesi için gerekli işlemlerin tamamlanmasını,

j. *"ofis"* aracıya ilişkin olarak, yalnızca geçici olması düşünülen işyerleri ile aracı dışındaki diğer kişilerin işyerleri hariç olmak üzere, aracının faaliyetlerini yürüttüğü işyerini,

k. *"aciz işlemleri"* borçlunun malvarlığı ve faaliyetlerinin yeniden yapılandırılması veya tasfiyesi amacıyla mahkeme veya diğer yetkili makam vasıtasıyla kontrol ve denetimine ilişkin geçici işlemleri de kapsayan kolektif adli veya idari işlemleri,

l. *"aciz hali yöneticisi"* uygulanan iflas hukuku izin verdiği hallerde zilyet olan borçlu da dâhil olmak üzere, ihtiyati olsun veya olmasın,

yeniden yapılandırma veya tasfiyenin idaresiyle yetkili kılınan kişiyi,

m. “çok birimli devlet” içinde madde 2 (1)’de belirtilen hususlara dair kendi hukuk kuralları olan iki veya daha fazla bölgesel birimli devleti,

n. “yazı” ve “yazılı” maddi veya başka bir halde bulunup sonradan maddi hale getirilebilecek olan bilgi kaydını (uzaktan iletişim yoluyla iletilenler dahil)

ifade eder.

2. Bu Sözleşme anlamında, aracı elinde bulundurulmuş menkul kıymetler üzerinde yapılan tasarruflar

a. menkul kıymet hesabı üzerindeki bir tasarrufu,

b. hesap sahibinin aracısı lehine yapılan bir tasarrufu,

c. menkul kıymet hesabının tutulma ve işletilmesi ile bağlantılı bir iddiaya ilişkin olarak hesap sahibinin aracısı lehine tesis edilen hapis hakkını,

içerir.

3. Bir kişi aşağıdaki sebeplerin varlığında,

a. menkul kıymet ihraççısı namına çalışan bir devir acentası veya kayıt memuru olarak hareket ediyorsa;

veya

b. yönetici, acenta, veya bundan başka tamamen idari bir sıfat ile namına hareket ettiği diğer kişiler adına bir aracı tarafından tutulan menkul kıymet hesabına alacak olarak kaydedilen menkul kıymetlerin detaylarını kendi defterlerine kaydediyorsa,

bu Sözleşme anlamında aracı sayılmaz.

4. Paragraf (5) saklı kalmak kaydıyla bir kişi, merkezi menkul kıymet depozitörü sıfatıyla tuttuğu ya da bunun dışında menkul kıymet hesaplarına deftere kayıt yoluyla devredebildiği menkul kıymet hesabına yatırılan menkul kıymetlere ilişkin olarak, bu sözleşme uyarınca aracı sayılır.

5. İhraççının kayıtlarında veya ihraccıya nazaran ilk kayıt hakkı tesis eden diğer kayıtlardaki bu tür menkul kıymetleri muhafaza ve

devir sistemini işletme yetkisini haiz bir kişinin tuttuğu menkul kıymet hesaplarına yatırılmış olan menkul kıymetler hakkında, bu menkul kıymetlerin hukukuna uygun olarak çıkarıldığı akit devlet, bu sistemi işleten kişiyi bu sözleşme anlamında aracı kabul etmediğini herhangi bir tarihte beyan edebilir.

Madde 2. Sözleşmenin ve Uygulanacak Hukukun Kapsamı

1. Bu Sözleşme, aracı elinde bulundurulan menkul değerlere ilişkin olarak aşağıdaki hususlara uygulanacak hukuku belirler:

a. bir menkul kıymet hesabına alacak olarak kaydedilen menkul kıymetten doğan hakların aracıya ve üçüncü kişilere olan hukuki etkileri ve mahiyeti,

b. aracıda saklanan menkul kıymetlerin tasarruf işlemlerinin aracıya ve üçüncü kişilere olan hukuki etkileri ve mahiyeti,

c. aracıda saklanan menkul kıymetlerin tasarrufunun (varsa. tekmül şartları,

d. bir kişinin, aracı elinde bulundurulan menkul kıymet üzerindeki menfaatinin sona erip ermediği veya başka bir kişinin menfaati üzerinde önceliği olup olmadığı,

e. aracının elinde tuttuğu menkul kıymetler üzerindeki bir menfaat hakkında, hesap sahibi veya hesap sahibinden başka menkul kıymete dair bir menfaate sahip olduğu iddiası bulunan kişiye karşı, eğer varsa, yükümlülükleri,

f. aracı elinde bulundurulan bir menkul kıymet üzerindeki menfaatin tahakkuku için, eğer varsa, gerekli şartlar,

g. aracı elinde bulundurulan menkul kıymetlere ilişkin bir tasarrufun, temettü, irat ile diğer dağıtılanlar veya itfa, satış ile diğer gelirler üzerinde hak sahibi olmayı kapsayıp kapsamadığı.

2. Menkul kıymet hesabındaki menkul kıymetlerin alacak olarak kaydından doğan haklar, paragraf (1)(a)'ya göre akdi olarak nitelense bile, bu Sözleşme, aracı elinde bulundurulan menkul kıymet üzerindeki bir menfaat veya bir tasarrufa ilişkin Paragraf (1)'de sayılan meselelere uygulanacak hukuku belirler.

3. (2). paragraf saklı kalmak kaydıyla, bu Sözleşme -

a. bütünüyle akdi veya bütünüyle şahsî hak ve yükümlülükler olmaları şartıyla, menkul kıymet hesabına alacak olarak kaydedilen menkul kıymetlerden kaynaklanan hak ve yükümlülükler,

b. tarafların, aracıda tutulmakta olan menkul kıymetin tasarrufuna dair akdî veya diğer şahsî hak ve yükümlülükler veya

c. menkul kıymetin hamili veya herhangi bir diğer kişi ile ilişkili olsun olmasın, menkul kıymet ihraççısı veya ihraçcının kayıt görevlisi yahut transfer acentasının hak ve yükümlülüklerine

uygulanacak hukuku belirlemez.

Madde 3. Uluslararası Nitelik

Bu Sözleşme, farklı devletlerin hukukları arasında bir seçim yapılmasını içeren tüm durumlarda uygulanır.

BÖLÜM 2.

UYGULANACAK HUKUK

Madde 4. Ana Kural

1. Madde 2 (1)'de belirlenen tüm hususlara, hesap sözleşmesinde açıkça başka bir devletin yürürlükteki hukuku kararlaştırılmamışsa hesap sözleşmesi için açıkça seçilen hukuk madde 1 (2) için de uygulanır. Bu hükme uygun olarak belirlenen hukukun uygulanabilmesi için, Sözleşme anında ilgili aracının o devlette bir ofisinin bulunması gerekir.

Bu ofis -

a. ilgili aracının tek başına veya diğer işyerleri ile yahut o devlette ya da başka bir devlette ilgili aracı adına hareket eden diğer kişiler ile beraber-

i. menkul kıymet hesaplarının girdilerini yapan veya takip eden;

ii. aracı elinde bulundurulan menkul kıymetlere ilişkin ödemeleri veya kurumsal faaliyetlerde bulunan;

veya

iii. başkaca, menkul kıymet hesabı tutan veya bu alanda diğer olağan faaliyetler yürüten;

veya

b. o devlette menkul kıymet hesapları tuttuğu, bir hesap numarası, banka kodu veya diğer ispat vasıtalarıyla tespit edilmiş;

bir ofis olmalıdır.

2. Aşağıdaki hallerde bir ofis, Paragraf (1)(a. bağlamında menkul kıymet hesabı tutma işi veya bu alanda diğer olağan faaliyetler yürütüyor sayılmaz:

a. salt, menkul kıymet hesap defterlerinin tutulması veya bu hesaplara ilişkin bilgi işlem faaliyetlerini destekleyen teknolojinin bulunduğu yer olması sebebiyle;

b. salt, hesap sahipleri ile yapılan telefon görüşmelerinin yürütüldüğü merkezlerinin bulunduğu veya işletildiği yer olması sebebiyle;

c. salt, menkul kıymet hesaplarına ilişkin posta faaliyetlerinin organize edildiği, yahut dosya veya arşivin bulunduğu yer olması sebebiyle;

veya

d. menkul kıymet hesaplarının açılışı ve muhafazasına ilişkin olanlar dışında yalnızca temsili veya idari görevler ile uğraşılıyor ve bir hesap sözleşmesine taraf olmak için herhangi bir bağlayıcı karar verme yetkisi bulunmuyorsa.

3. Belli bir aracının menkul kıymet hesabını hesap sahibi adına kendi kayıtları üzerinden takip edip etmediğine bakılmaksızın, hesap sahibinin tasarrufları bakımından bu sözleşme anlamında,

a. bu aracı, ilgili aracıdır.

b. hesap sahibi ile o aracı arasındaki hesap sözleşmesi, ilgili hesap sözleşmesidir.

c. Madde 5 (2) ve (3) anlamında menkul kıymet hesabı, tasarruftan hemen önce menkul kıymetlerin alacak olarak kaydedildiği menkul kıymet hesabıdır.

Madde 5. Tamamlayıcı Kurallar

1. Eğer uygulanacak hukuk madde 4 ile belirlenmemiş, ancak ilgili aracının belirli bir ofis vasıtasıyla hesap sözleşmesine taraf olduğu açık ve tereddüde yol açmayacak şekilde bir yazılı hesap sözleşmesinde belirtilmişse, madde 2 (1)'de belirtilen tüm hususlara uygulanacak hukuk, o ofisin, madde 4 (1)'nin ikinci cümlesinde belirlenen şartı sağlanması koşuluyla, o an bulunduğu ülkede veya çok birimli devletin bölgesel biriminde yürürlükte olan hukuktur. Bir hesap sözleşmesinde, ilgili aracının Sözleşme'ye belirli bir ofis vasıtasıyla taraf olduğunun açık ve tereddüde yol açmayacak şekilde belirlenmesinde, aşağıdaki-lerin hiç biri dikkate alınmayacaktır-

a. ihbarlar ve sair belgelerin ilgili aracıya mezkûr ofisinde tebliğ edilebileceğine veya tebliğ edilemeyeceğine dair bir hüküm,

b. ilgili aracıya karşı açılacak davaların belli bir ülkede veya çok birimli devletin bir bölgesel biriminde açması gerektiğine veya açabileceğine dair bir hüküm,

c. herhangi bir beyan veya sair belgenin ilgili aracı tarafından bu ofisten sağlanması gerektiğine veya sağlanabileceğine dair bir hüküm,

d. herhangi bir hizmetin ilgili aracı tarafından bu ofisten sağlanması gerektiğine veya sağlanabileceğine dair bir hüküm,

e. herhangi bir operasyon veya görevin ilgili aracı tarafından bu ofiste sürdürülmesi gerektiğine veya sürdürülebileceğine yahut gerçekleştirilmesi gerektiğine veya gerçekleştirilebileceğine dair bir hüküm.

2. Eğer uygulanacak hukuk paragraf (1) uyarınca belirlenmemiş ise, bu hukuk, ilgili aracının yazılı hesap sözleşmesine taraf olduğu anda böyle bir Sözleşme mevcut değilse, menkul kıymet hesabının açıldığı anda hangi devletin veya çok birimli devletin hangi bölgesel biriminin kanunlarına göre tüzel kişilik kazanmış veya kurulmuş bulunuyor ise, orada yürürlükte olan hukuktur. Ancak, eğer ilgili aracı, çok birimli devletin bölgesel birimlerinden birinin değil de, o çok birimli devletin kendisinin hukukuna göre tüzel kişilik kazanmış veya kurulmuş ise, uygulanacak hukuk, ilgili aracının yazılı hesap sözleşmesine taraf olduğu andaki veya böyle bir Sözleşme yoksa menkul kıymet hesabının açıldığı andaki işyerinin bulunduğu, veya ilgili aracının birden çok işyeri olması halinde esas işyerinin bulunduğu çok bi-

rimli devletin o bölgesel biriminde yürürlükte olan hukuktur.

3. Eğer uygulanacak hukuk paragraf (1) veya paragraf (2) uyarınca belirlenmemiş ise, bu hukuk, ilgili aracının yazılı hesap sözleşmesine taraf olduğu andaki veya böyle bir sözleşme yoksa menkul kıymet hesabının açıldığı andaki işyerinin, veya ilgili aracının birden çok işyeri olması halinde esas işyerinin bulunduğu devletin veya çok birimli devletin bölgesel biriminin hukukudur.

Madde 6. Dikkate Alınmayacak Unsurlar

Bu Sözleşme kapsamında uygulanacak hukukun belirlenmesinde aşağıdaki hususlar dikkate alınmayacaktır -

a. menkul kıymet ihraççısının tüzel kişilik kazandığı veya kurulduğu yahut yasal merkezinin veya kayıtlı ofisinin, merkezi idaresinin veya işyerinin veya esas işyerinin bulunduğu yer,

b. menkul kıymetleri temsil veya ispat eden menkul değer belgelerinin bulunduğu yer,

c. menkul kıymet ihraççısı veya menkul kıymetleri saklayanlar tarafından ihraççı adına kayıtların tutulduğu yer,

d. ilgili aracı dışında başka herhangi bir aracının bulunduğu yer.

Madde 7. Uygulanacak Hukukun Değişmesinde Hakların Korunması

1. Bu Madde, hesap sözleşmesinin bu Sözleşme kapsamında uygulanacak hukukta değişiklik yapması durumunda uygulanır.

2. Bu Maddede,

a. "*yeni hukuk*" değişiklikten sonra bu Sözleşme gereğince uygulanan hukuku ifade eder,

b. "*eski hukuk*" değişiklikten önce bu Sözleşme gereğince uygulanan hukuku ifade eder.

3. Paragraf (4) saklı kalmak kaydıyla, yeni hukuk madde 2(1)'de belirtilen tüm hususlara uygulanır.

4. Eski hukukun uygulanmasına, hukuk değişikliğine rıza gösteren şahıs dışında, aşağıdaki hallerde devam edilecektir:

a. uygulanacak hukukun değiştirilmesinden önce doğmuş olan, aracı kurum elinde bulundurulan menkul kıymet üzerindeki bir menfaatin mevcudiyetine ve yetkili hukuk değişikliğinden önce yapılmış olan menkul kıymetlerle ilgili tasarrufların tekâmülüne,

b. uygulanacak hukukun değiştirilmesinden önce doğmuş olup, aracı elinde bulundurulan menkul kıymete dair olan bir menfaat bakımından -

i. uygulanacak hukukun değiştirilmesinden önce yapılmış olan bu menkul kıymetlere ilişkin tasarrufla ilgili menfaatin ilgili aracıya ve bir tarafa karşı hukuki mahiyeti ve etkileri;

ii. uygulanacak hukukun değiştirilmesinden sonra bu menfaatin, menkul kıymetleri haczettiren kişi bakımından hukuki mahiyeti ve etkileri;

iii. Madde 2 (1)'de belirtilen tüm hususların, hukukun değiştirilmesinden sonra başlayan aciz işlemlerindeki aciz hali yöneticisi açasından tespiti;

c. hukukun değiştirilmesinden önce menfaatleri doğmuş olan taraflar arasındaki öncelik.

5. Paragraf (4) (c), eski hukuk uyarınca doğan fakat yeni hukuka göre tekâmül eden menfaattteki önceliğe yeni hukukun uygulanmasına engel değildir.

Madde 8. Aciz Hali

1. Aciz işlemlerinin başlamasına bakılmaksızın, bu Sözleşme gereğince uygulanacak hukuk, Aciz işlemlerinin başlamasından önce meydana gelmiş olan madde 2 (1)' de sayılan bütün hususlara uygulanır.

2. Bu Sözleşme aşağıdaki hususlar dahil maddî veya usulü aciz hali kurallarının uygulanmasını etkilemeyecektir. Bu kurallara aşağıdakiler dahildir:

a. alacağın sıra dereceleri veya bir imtiyaz olarak tasarrufun iptali veya alacaklıların hileli transferleri veya

b. aciz hali işlemlerinin başlamasından sonra hakların kabul edilmesini içeren hükümlerin uygulanması.

BÖLÜM 3. GENEL HÜKÜMLER

Madde 9. Sözleşmenin Genel Olarak Uygulanması

Bu Sözleşme, uygulanacak hukukun akit devletlerden birinin hukuku olup olmadığına bakılmaksızın uygulanır.

Madde 10. Kanunlar İhtilâfı Kuralları İstisnası (Renvoi/Atıf)

Bu Sözleşme’de, “*hukuk*” terimi, kanunlar ihtilâfı kuralları dışında bir devlette yürürlükte olan hukuk anlamında kullanılmaktadır.

Madde 11. Kamu Düzeni ve Milletlerarası Nitelikli Emredici Kurallar

1. Bu Sözleşme uyarınca yetkili kılınan hukukun uygulanması hâkimin kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde reddedilebilir.

2. Bu Sözleşme, hâkimin hukukunda, kanunlar ihtilafı kuralları dışında, milletlerarası meseleler hakkında getirilen hükümlerin uygulanmasını engellemez.

3. Bu madde, bu Sözleşme gereğince uygulanacak hukuk olmaması şartıyla hâkimin hukukunda yer alan tekâmül bakımından veya yarışan menfaatler arasındaki önceliğe dair şartlar koyan hükümlerinin uygulanmasına cevaz vermez.

Madde 12. Çok Birimli Devletler Açısından Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

1. Hesap sahibi ile ilgili aracı, çok birimli devletin belli bir bölgesel biriminin hukukunun uygulanmasını kararlaştırmışlarsa-

a. madde 4 (1)’in ilk cümlesindeki “*devlet*” terimine atıftan o bölgesel birim anlaşılmalıdır;

b. madde 4 (1)’in ikinci cümlesindeki “*bu devlet*” terimine atıftan çok birimli devletin kendisi anlaşılmalıdır.

2. Bu Sözleşme'nin uygulamasında-

a. çok birimli devletin bölgesel biriminde yürürlükte olan hukuk, hem o birimin hukukunu hem de çok birimli devletin kendi hukukunu ifade eder.

b. çok birimli devletin bölgesel biriminde yürürlükte olan hukuk; aleni başvuru, kayıt veya tescil yoluyla tekâmülü düzenleyen, o devletin başka bir bölgesel biriminin hukukunun uygulanmasını öngörüyorsa, diğer bölgesel birimin hukuku uygulanır.

3. Çok birimli devlet imza, onay, kabul, uygun bulma veya katılma anında, madde 5'e göre yetkili olan hukukun çok birimli devletin veya onun bölgesel birimlerinden birinin hukuku olması halinde, çok birimli devletin veya çok birimli devletin belirli bölgesel biriminin maddi hukuk kurallarının uygulanmasını bu (çok birimli devletin yürürlükte bulunan iç kanunlar ihtilâfı kurallarının belirleyeceğine dair bir beyanda bulunabilir. Böyle bir beyanda bulunan çok birimli devlet, bu iç kanunlar ihtilâfı kurallarının içeriği hakkındaki bilgileri Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı Dâimi Bürosu'na iletmelidir.

4. Çok birimli devlet, madde 4'e göre uygulanacak hukuk kendi bölgesel birimlerinden birinin hukuku ise, o bölgesel birimin hukukunun ancak ilgili aracının o bölgesel birim içinde madde 4(1)'in ikinci cümlesinde belirtilen şartı karşılayan bir ofisinin bulunması koşulu ile uygulanabileceğine dair bir beyanı her zaman yapabilir. Böyle bir beyanın, beyanın yürürlüğe girmesinden önce yapılan tasarruflara etkisi yoktur.

Madde 13. Yeknesak Yorum

Bu Sözleşme'nin yorumunda, Sözleşme'nin uluslararası karakteri ve uygulanmasında yeknesaklığı sağlama gereği dikkate alınmalıdır.

Madde 14. Sözleşme'nin İşleyiş Sürecinin Gözden Geçirilmesi

Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı Genel Sekreteri, bu Sözleşme'nin işleyiş sürecini gözden geçirmek ve bu Sözleşme'de herhangi bir değişiklik yapılmasının arzulanabilir olup olmadığını değerlendirmek üzere düzenli aralıklarla bir "Özel Komisyon" toplayacaktır.

BÖLÜM 4. GEÇİŞ HÜKÜMLERİ

Madde 15. Sözleşme-Öncesi ile Sözleşme-Sonrası Menfaatler Arasındaki Öncelik

Akit bir devlette, bir kişinin bu Sözleşme'nin o devlet için yürürlüğe girmesinden sonra iktisap ettiği aracı elinde bulundurulmuş menkul kıymete dair menfaatlerinin sona erip ermeyeceğini veya başka bir kişinin bu Sözleşme'nin o devlet için yürürlüğe girmesinden önce iktisap ettiği menfaatleri üzerinde bir önceliği olup olmadığını, bu Sözleşme'ye göre uygulanacak hukuk belirler.

Madde 16. Sözleşme-Öncesi Hesap Sözleşmeleri ve Menkul Kıymet Hesapları

1. Bu Sözleşme'de hesap sözleşmesine yapılan atıflar, madde 19 (1) uyarınca yürürlüğe girmesinden önce yapılan hesap sözleşmelerini de kapsar. Bu Sözleşme'de menkul kıymet hesaplarına yapılan atıflar, Sözleşme'nin madde 19 (1) uyarınca yürürlüğe girmesinden önce açılan menkul kıymet hesaplarını da kapsar.

2. Bir hesap sözleşmesi bu Sözleşme'ye sarıh bir atıf barındırmıyorsa, akit bir devletin mahkemeleri, madde 4 (1)'in bu Sözleşme'nin madde 19 gereğince o devlet için yürürlüğe girmesinden önce taraf olunan hesap sözleşmeleri hakkında paragraf (3) ve (4) uygulamalıdır. akit devlet, imza, onay, kabul etme, uygun bulma veya katılma anında, bu Sözleşme'nin madde 19 (1) gereğince o devlet için yürürlüğe girmesinden sonra, fakat bu Sözleşme'nin madde 19 (2) gereğince o devlet için yürürlüğe girmesinden önce taraf olunan hesap sözleşmeleri hakkında mahkemelerinin bu paragrafları uygulamayacağına dair bir beyanda bulunabilir. Akit devlet, çok birimli devlet ise, böyle bir beyanı bölgesel birimlerinden herhangi biri hakkında yapabilir.

3. Hesap sözleşmesine etkisi olan sözleşme şartları, bu Sözleşme'yi düzenleyen belirli bir devletin ya da çok birimli devletin belirli bir biriminde yürürlükte olan hukuk kuralları uyarınca madde 2 (1)'de belirtilen tüm hususlara uygulanır; sözleşmenin yürürlüğe girdiği sırada, madde 4 (1)'in ikinci cümlesinde belirtilen özelliklere sahip ofisin ilgi-

li aracı tarafından temin edilmesinde madde 2 (1)'de belirtilen hukukun etkisi olmalıdır. Akit devlet, imza, onay, kabul etme, uygun bulma veya katılma anında, farklı bir devlette menkul kıymet hesaplarının tutulması konusunda açıkça anlaşan taraflar, paragrafa göre tanımlanan hesap sözleşmesi hakkında, bu paragrafı uygulamayacakları yönünde beyanda bulunabilir. Akit devlet, çok birimli devlet ise, böyle bir beyanı bölgesel birimlerinden herhangi biri hakkında yapabilir.

4. Paragraf (3)'ün uygulandığı sözleşmeler haricindeki bir hesap sözleşmesinin tarafları, menkul kıymet hesabının belli bir devlette veya çok birimli devletin bölgesel biriminde tutulması hususunda anlaşmışlar ise, o devlet veya bölgesel birimde yürürlükte olan hukuk, madde 2 (1)'de belirtilen tüm hususlara uygulanacak hukuftur, meğer ki sözleşmeye taraf olduğu anda ilgili aracının o devlette madde 4 (1)'in ikinci cümlesindeki şartı sağlayan bir ofisi bulsun. Böyle bir anlaşma, bütün olarak veya çevreleyen koşullar değerlendirildiğinde, sarıh veya zımni olarak yapılmış olabilir.

BÖLÜM 5.

NIHAİ HÜKÜMLER

Madde 17. İmza, Onay, Kabul Etme, Uygun Bulma veya Katılma

1. Bu Sözleşme tüm devletlerin imzasına açıktır.

2. Bu Sözleşme, taraf devletlerin onayına, kabulüne veya uygun bulmasına tâbidir.

3. Bu Sözleşme'yi imzalamamış her devlet, herhangi bir tarihte Sözleşme'ye katılabilir.

4. Onay, kabul etme, uygun bulma veya katılma belgeleri, bu Sözleşme'nin depozitörü olan Hollanda Krallığı Dışişleri Bakanlığı'na tevdi edilir.

Madde 18. Bölgesel Ekonomik Bütünleşme Toplulukları

1. Bu Sözleşmeye konu olan belli meseleler hakkında yetki sahibi ve bağımsız devletler tarafından kurulan "Bölgesel Ekonomik Bütün-

leşme Toplulukları" bu sözleşmeyi imzalayabilir, kabul edebilir, onaylayabilir veya katılabilir. Bu halde, "*Bölgesel Ekonomik Bütünleşme Toplulukları*", sözleşmede düzenlenen konular hakkında yetki sahibi olduğu ölçüde akit bir devlet gibi hak ve yükümlülüklerle sahip olacaktır. Bu sözleşmeye göre akit devletlerin sayısı bu sözleşmeye uygun olduğu sürece, "*Bölgesel Ekonomik Bütünleşme Toplulukları*", Akit devlet olan kendi üyeleri için akit devlet olarak kabul edilmeyecektir.

2. "*Bölgesel Ekonomik Bütünleşme Topluluğu*", imza, onay, kabul, katılma anında üye devletleri tarafından bu topluluğa devredilen yetki konusunda bu Sözleşme'ye tabi meseleleri yazılı olarak depozitöre bildirecektir. "*Bölgesel Ekonomik Bütünleşme Topluluğu*", bu paragraf uyarınca belirlenmiş yetkisinde, herhangi bir değişikliği veya yeni yetki devrini yazılı olarak derhal bildirilmelidir.

3. Bu Sözleşme kapsamında akit devlet veya akit devletlere yapılan atıf müessesenin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde "*Bölgesel Ekonomik Bütünleşme Toplulukları*" için aynen uygulanır.

Madde 19. Yürürlüğe Girme

1. Sözleşme, 17. maddede öngörülen üçüncü onay, kabul, uygun bulma, katılma belgesinin tevdiinden itibaren 3. ayı takip eden ayın ilk gününde yürürlüğe girecektir.

2. Bu Sözleşme-

a. Sonradan onaylayan, kabul eden, uygun bulan, katılan her bir devlet veya 18. maddede öngörülen "*Bölgesel Ekonomik Bütünleşme Topluluğu*" yönünden onay, kabul, uygun bulma ve katılma belgesinin tevdiinden itibaren 3. ayı takip eden ayın ilk gününde,

b. Sözleşme'nin 20 (1). maddesi uyarınca teşmil edildiği bir bölgesel birime ilişkin olarak bu maddede öngörülen bildirim yapılmasını izleyen 3 aylık sürenin bitiminden sonraki ayın ilk gününde yürürlüğe girecektir.

Madde 20. Çok Birimli Devletler

1. Çok birimli devlet, imza, onay, kabul, uygun bulma veya katılma anında bu Sözleşme'nin bölgesel birimlerinin hepsinde veya bunlardan sadece birinde veya bir kaçında uygulanacağını beyan edebilir.

2. Böyle bir beyanda Sözleşme'nin uygulanacağı bölgesel birimler açıkça belirtilmelidir.

3. Eğer devlet, paragraf 1 uyarınca böyle bir beyanda bulunmazsa, Sözleşme bu devletin bütün bölgesel birimlerine uygulanacaktır.

Madde 21. Çekinceler

Bu Sözleşmeye herhangi bir çekince konulmayacaktır.

Madde 22. Beyanlar

Madde 1 (5), 12 (3), (4), 16 (2), (3) ve 20'nin amaçları doğrultusunda;

a. Her türlü beyanlar, depozitöre yazılı olarak bildirilmelidir.

b. Akit devlet herhangi bir tarihte yapacağı yeni bir bildirimle beyanını değiştirebilir.

c. Akit devlet herhangi bir tarihte beyanını geri çekebilir.

d. İmza, onay, kabul, uygun bulma veya katılma anında yapılan herhangi bir beyan, ilgili devlette bu Sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle beraber etkisini gösterecektir. Sonraki bir tarihte yapılan bir beyan ve yeni bir beyan madde 24 uyarınca depozitöre yapılan beyanı izleyen 3. ayın bitimini takip eden ayın ilk gününde yürürlüğe girecektir.

e. beyanın geri çekilmesi madde 24 uyarınca depozitöre yapılan beyanı izleyen 6. ayın bitimini takip eden ayın ilk gününde yürürlüğe girecektir.

Madde 23. Çekilme

1. Akit devlet depozitöre yapacağı yazılı bir bildirimle sözleşmeden çekilebilir.

2. Çekilme, bu Sözleşme'nin uygulandığı çok birimli devletin belli bir bölgesel birimiyle sınırlandırılabilir. Çekilme depozitör tarafından bildirim alındığı tarihi izleyen 12 aylık sürenin sona erdiği tarihi takip eden ayın ilk gününden itibaren yürürlüğe girecektir. Bildirimde çekilmenin daha uzun bir süre sonuç doğurmasının ayrıca belirtildiği hallerde çekilme depozitör tarafından alınmasından itibaren söz konu-

su sürenin bitiminde yürürlüğe girecektir.

Madde 24. Depozitör Tarafından Yapılan Bildirimler

Depozitör, Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı'na üye olan devletlerle, madde 17 ve 18 uyarınca Sözleşme'yi imzalayan, onaylayan, kabul eden, uygun bulan, katılan diğer devletler ve "*Bölgesel Ekonomik Bütünleşme Toplulukları*"na;

a. madde 17 ve 18'de öngörülen imza, onay, kabul, uygun bulma ve katılımları

b. madde 19'da öngörülen bu Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihi

c. madde 22'de öngörülen beyan ve geri çekme beyanlarını

d. madde 18 (2)'de öngörülen bildirimleri

e. madde 23'te öngörülen çekilme beyanlarını

tebliğ edecektir.

Bunu teyiden, usulüne uygun olarak yetkili kılınan aşağıdaki imza sahipleri iş bu Sözleşme'yi imzalamışlardır.

Fransızca ve İngilizce dillerinde her iki metinde eş değerde geçerli olmak ve Hollanda Krallığı Hükümeti arşivlerine tevdi edilmek suretiyle ve aslına uygun onaylı bir örneği diplomatik kanaldan; 19. dönem toplantısı sırasında Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı'na üye bulunan devletlere ve bu toplantıya katılmış diğer devletlere verilmek üzere tek bir nüsha halinde 5 Temmuz 2006 günü Lahey'de düzenlenmiştir.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 23.09.2008
E. 2008/4-180
K. 2008/205

* Kamu görevlisine karşı görevi sırasında "görevinden dolayı" hakaret
(5237 sayılı TCK m. 125/1-3/a-4, 62)

Sanık A.G.'nin, hakaret suçundan 5237 sayılı TCY'nin 125/1-3/a-4, 62. maddeleri uyarınca 11 ay 20 gün karşılığı olarak sonuçta 7.000 YTL adli para cezasıyla cezalandırılmasına, hakkında CYY'nin 231. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmiş, sanığın yüzüne karşı verilen bu hüküm yasa yollarına başvurulmaması üzerine kesinleşmiştir.

Adalet Bakanlığının 05.06.2007 gün ve 29349 sayı ile yasa yararına bozma isteminde bulunması üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nce 06.11.2007 gün ve 8617-9050 sayı ile gündemde gerekçesine yer verildiği üzere, eylemin bir görevden dolayı değil, görev sırasında gerçekleştiği, TCY'nin 125/3. maddesinin ise görevden dolayı olmayan hakaret eylemlerinde uygulanamayacağının gözetilmemiş olmasının hukuka aykırı olduğu, suç vasfı yönünden de Yasa Yararına Bozma isteğinde bulunup bulunulmayacağının takdiri Adalet Bakanlığı'na ait olmakla Yerel Mahkeme kararının bu yönde değerlendirildikten sonra gönderilmek üzere dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na iadesine karar verilmiştir.

Adalet Bakanlığınca, Özel Daire'nin başvurusu gözetilerek, 07.02.2008 gün ve 8006 sayı ile yasa yararına bozma isteminde bulunması üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nce 06.05.2008 gün ve 3635-8577 sayı ile;

"5237 sayılı TCY'nin 125/1 maddesi "Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ... veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır."

Aynı maddenin 3. fıkrasında ise, "Hakaret suçunun;

a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,

b) Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamadan, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı,

c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle,

İşlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz"

TCY'nin 131/1. maddesinde ise "Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç; hakaret suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikayetine bağlıdır" hükmü düzenlenmiştir.

1- TCY'nin 125. madde metninde nitelikli hakaret durumunda verilmesi öngörülen en az bir yıl cezanın adli para cezası mı yoksa hapis cezası mı olduğu açık olmamakla birlikte hükümdeki "bir yıl" ibaresinden adli para cezası ve hapis cezasının anlaşılması gerekir.

Maddenin 1. fıkrasında hakaret suçuna ilişkin ceza adli para ya da hapis cezası seçimlik olarak öngörülmüştür.

TCY'nin 50/2. maddesi uyarınca "suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişe; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez"

Suçun nitelikli hallerine ilişkin 3. fıkrasındaki hükmün en az bir yıl hapis cezası olarak anlaşılması gerektiğinin ileri sürülmesi halinde, bu bir zorunluluk kabul edildiğine göre, alt sınırdan 1 yıl olarak belirlenen hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesinin olanaklı olduğunu düşünmek gerekir. Bu durum TCY'nin 50/2. maddesi gereği engellenemez. Dolayısıyla sonuç hapis cezasının paraya çevrilebilmesi olanaklı ise önce hapis cezası verip sonra bu ce-

zayı paraya çevirmek yerine, 1. fıkra uyarınca doğrudan adli para cezasına hükmedilmesi yasal ve hukuka uygundur.

2- Sanığın emniyet müdürlüğü önünde nöbet tutan ve kendisine karşı bir görev ifa etmeyen polis memuruna “yata yata para kazanıyorsunuz şerefsizler” diyerek hakaret etmesinin bir görevden dolayı değil, görev sırasında gerçekleşmesi karşısında TCY’nin 125/3. maddesinin uygulanamayacağına gözetilmemiş olması hukuka aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, Yargıtay C.Başsavcılığının tebliğnamelerindeki görüş yerinde bulunduğundan, Niğde Sulh Ceza Mahkemesinin 06.02.2007 tarih ve 2007/164-103 sayılı kararının CYY’nin 309. maddesi uyarınca Yasa Yararına Bozulmasına, ancak yakınan Koray Erol 02.02.2007 havale tarihli dilekçesi ile şikayetinden vazgeçtiğinden sanık hakkındaki kamu davasının 5237 sayılı TCY’nin 73/1, 131/1 ve 5271 sayılı CYY’nin 223/8, 309/4-c maddesi uyarınca düşürülmesine” karar verilmiştir.

Yargıtay C. Başsavcılığı ise 30.06.2008 gün ve 35109 sayı ile;

“Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunda, hakaretin yalnızca görevin yerine getiriliş biçimiyle ilgili olması şart değildir. Hakaret, kamu görevlisinin görevine veya görevin yerine getiriliş biçimine yönelik olabilir. Herhangi bir kamu görevine karşı duyulan düşmanlık sebebiyle o görevi ifa eden veya etmiş olan görevliye hakarete de illiyet bağının varlığının kabulü gerekmektedir. Bu bağlamda, yerine getirilmekte olan veya yerine getirilen görevin, yalnızca bir kişiye (sanığa) karşı ifa edilmesi zorunluluğu yoktur. Nitekim, madde metni ve gerekçesinde de hakarete konu olan görevin, mutlaka bir kişiye (sanığa) karşı yapılmakta olan veya yapılan bir görev olması gerektiğine ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır. Ayrıca madde ve gerekçesine göre, görevin yapılması sırasında veya yapılmasından sonra görev nedeniyle işlenen hakaret ile bu suç oluşabilir.

Somut olayda, kamu görevlisi güvenlik nedeniyle emniyet müdürlüğü önünde nöbet tutmaktadır. Sanığın hakaret eylemi, kamu görevlisinin yaptığı görevin yerine getiriliş biçimi ile ilgilidir ve mağdurun ifa ettiği görev nedeniyle. Sanığın kamu görevlisinin yaptığı görevin yerine getiriliş biçimine yönelik olan hakaretinin, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlendiğinin kabulü gerekmektedir. Yerine getirilmekte olan görevi aşılamamak biçimindeki eylemin, sanığa karşı bir görev ifa edilmediğinden bahisle görev sırasında gerçekleştiğinin kabulünün hukuka aykırı olduğu kanaatine varılmıştır” görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire kararının

kaldırılmasına ve Adalet Bakanlığı'nın yasa yararına bozma isteminin reddine karar verilmesi isteminde bulunmuştur.

Dosya 1. Başkanlığa gönderilmekle, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanığın hakaret suçundan cezalandırılmasına karar verilen olayda, Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında çözülmesi gereken hukuki sorun, dosya kapsamına göre sabit olduğu üzere, nöbet tutan polis memuruna *“yata yata para kazanıyorsunuz, şerefsizler”* sözleriyle hakaret eyleminin, basit hakaret suçunu mu yoksa nitelikli hakaret suçunu mu oluşturduğu, buna bağlı olarak da soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir.

Hakaret suçu 5237 sayılı TCY'nin ikinci kitabında *“Kişilere Karşı Suçlar”* başlıklı ikinci kısmında *“Şerefe Karşı Suçlar”* başlıklı 8. bölümde 125. maddede düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında suçun temel şekli, üçüncü fıkrasında ise nitelikli halleri düzenlenmiştir. Aynı yasanın 131/1. maddesi uyarınca, kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret dışında kalan hakaret suçlarının takibi şikayete bağlıdır.

Uyuşmazlık konusunu ilgilendiren *“kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret”* suçunun incelenmesinde yarar vardır.

5237 sayılı TCY'deki düzenleme, 765 sayılı TCY'den farklıdır. 765 sayılı Yasa döneminde memura hakaret halleri cezalandırılmış olup, memura görev sırasında herhangi bir nedenle hakaret edilmesi hali dahi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı Yasa'da ise, memur kavramına göre daha geniş bir kapsama sahip *“kamu görevlisi”* esas kabul edilmiş ve yalnızca kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret edilmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Görev sırasında görevinden dolayı olmayan hakaretler ise 125. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen basit hakaret suçunu oluşturacak ve soruşturulması ve kovuşturulması da mağdurun şikayetine bağlı olacaktır.

“Görevinden dolayı” kavramından ne anlaşılması gerektiğine gelince; yapılan kamu görevi ile hakaret eylemi arasında nedensellik bağı-

nın bulunması gerekmektedir. Hakim bu nedensellik bağının bulunup bulunmadığını saptayarak, eylemin, suçun basit haline mi yoksa nitelikli haline mi uyduğunu belirleyecektir. Bu saptama yapılırken, hakaret eylemlerine muhatap olan kamu görevlisinin faile karşı doğrudan veya dolaylı görev yapması koşulu aranmayacaktır. Zira hakaret doğrudan görevle ilgili olabileceği gibi, görevin yerine getiriliş yöntemi ya da sonuçları ile ilgili de olabilir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.11.1992 gün ve 303-320 sayılı kararında da aynı esas kabul edilerek, hakaret suçunun görev dolayısıyla işlenmesinde aranacak hususun, hukuka uygun bir surette yapılan görevin hakaret nedeni oluşturmasının olduğu vurgulanmış, bir kamu görevine karşı duyulan düşmanlık nedeni ile görevi ifa eden veya etmiş olan görevliye yönelik bir hakarete de o görevle suç arasında nedensellik bağı bulunduğu kabul edilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Olay günü sanık, emniyet müdürlüğü binası önünde nöbet tutmakta olan polis memuru mağdura hitap ettiği anlaşılacak şekilde, *"yata yata para kazanıyor şerefsizler"* demiştir. Sanığın söylediği sözlerin tahkir edici nitelikte olduğunda ve hakaret içerdiğinde, keza mağdur polisin kamu görevlisi olduğu hususlarında bir kuşku bulunmamaktadır. Sanık ile mağdur önceden birbirlerini tanımamakta ve aralarında bir husumet de bulunmamaktadır. Sanığın, polislik görevine duyduğu düşmanlık ve görevin yerine getiriliş şekline yönelik olarak söylediği hakaret içeren sözler ile mağdur tarafından ifa edilen kamu görevi arasında nedensellik bağı bulunduğu açıktır. Sanığın eylemi, 5237 sayılı TCY'nin 125. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendindeki suça uymaktadır ve aynı Yasanın 131/1. maddesi uyarınca kendiliğinden soruşturulacak ve kovuşturulacak nitelikte bir suçtur. O halde Özel Dairece, sanığa yönelik bir görev ifa edilmemesi nedeniyle hakaret suçunun nitelikli halinin oluşmadığının kabulü ve kamu davasının şikayetten vazgeçme nedeniyle düşürülmesine karar verilmesi yasaya aykırıdır.

Bu itibarla haklı nedenlere dayanan Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulüne karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul üyeleri ise, *"Özel Dairece benimsenen gerekçe isabetli olup, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir."* görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 18.04.2007

E. 2007/10-226

K. 2007/226

* İstirdat davası

* Sebepsiz zenginleşmede iade

borcunun kapsamı

(818 sayılı BK m. 63;

4721 sayılı MK m. 3)

Taraflar arasındaki “alacak” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bingöl Asliye Hukuk (İş) Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 21.10.2004 gün ve 2004/236-500 sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin 24.05.2005 gün ve 2005/1364-5649 sayılı ilamı ile, (...1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerekçirici sebeplere göre, davalı Nazime Demir’in yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacı Kurum ile davalılardan A. T.’nin temyizine gelince; davacı, fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla 6.345.110.538 lira anapara ve işlemiş faizi olan, 6.182.497.013 lira toplamı 12.527.607.551 liranın anaparaya yürütülecek yasal faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilâmında belirtildiği şekilde davanın reddine karar vermiştir.

a) Muris A.D.’nin ölümünden sonra mirasçılarının murislerini Bağ-Kur’a tescil ettirilmesini sağlayan Mahrukutçılar Derneği kaydının gerçek dışı olduğu Kurum müfettişi raporu ile belirlendiği, murisin bağımsız çalışmasının 20.04.1982-31.12.1982 tarihleri dışında mevcut olmadığı, davalı sağ eşin bu durumu bildiği halde ölüm aylığı aldığı ve bu sebeple iyi niyetli kabul edilemeyeceği dosya kapsamıyla anlaşıldığından ve Kurum müfettişi raporunun aksi sabit olmadığı gözetilerek, Kurumun açtığı istirdat davasının davalı mirasçı yönünden kabulü gerekirken yazılı düşüncelerle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

b) Esnaf ve Sanatkarlar Odası eski genel sekreteri olduğu iddia edilen diğer davalı A.T. hakkında sahtecilik yaptığına ilişkin kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunmadığına göre, Bağ-Kur’un A. T. aleyhine açtığı davanın reddi doğrudur. Ancak, kendisini vekille tem-

sil ettiren Ali lehine nisbi yerine maktu vekalet ücreti verilmesi usul ve yasaya aykırı olup karar bozulmalıdır.

O hâlde, davacı Kurum ve davalı A.T. vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda kısmen direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, sahte meslek kuruluşu kaydına dayalı olarak yapılan Bağ-Kur sigortalılığı nedeniyle ödenen ölüm aylığının iadesi istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, bozma ilamının (2-a) bendine direnilmesine, vekalet ücretine ilişkin (2-b) bendine ise uyulmasına karar verilmiştir.

Muris eş, vergi kaydına dayalı olarak 20.4.1982-31.12.1982 tarihleri arasında zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olup 5.11.1996 tarihinde Kuruma ibraz edilen belgede, ayrıca bir meslek kuruluşu ve esnaf sicil kaydının bulunmadığı görülmektedir. 1975-1989 tarihleri arasında Mahrukâtçılar Derneği üyesi olduğunu belirten bir diğer belge üzerine, 22.3.1985 ile ölüm tarihi olan 20.10.1989 tarihleri arasında 3165 sayılı Kanun ile değişik 1479 sayılı Kanun uyarınca sigortalı kabul edilerek, yapılan toplu prim ödemeleri sonucunda hak sahibi davalı N.'ye ölüm aylığı bağlanmıştır.

Bağ-Kur Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığı (sigorta müfettişi) raporu ile davalının murisi adına düzenlenen Mahrukâtçılar Derneği kaydının sahte olduğunun saptanması üzerine, buna dayalı yapılmış bulunan sigortalılık kaydı iptal edilerek, ödenen ölüm aylığının iadesi istenmiştir.

Bir borcun sebepsiz zenginleşme sayılabilmesi için, zenginleşmenin "*haklı sebebinin*" bulunmaması, haksız olması gerekir. Borçlu, zenginleştiği değeri mümkünse aynen, değilse yerine geçen değeri ifayla yükümlüdür.

Sebepsiz zenginleşen kişinin kusuru olmasa dahi iade yükümlülüğü vardır. Ancak, zenginleşen kişinin kusuru değil, iyi veya kötünüyetli olması iade yükümlülüğünün kapsamını ve sorumluluğu tayinde önem taşır (Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Turhan K., s. 364 vd.).

Sebepsiz zenginleşme kaynağı bakımından hukuksal bir işleme dayanabilir. Bu durumda taraflar arasında bir hukuki işlem yapılmış ise de, bu işlem geçersizdir ya da geçersiz hale getirilmiştir.

İade yükümlülüğünün konusu ve kapsamı Borçlar Kanunu'nun 63. maddesinde hükme bağlanmıştır.

Anılan maddeye göre: *"Haksız olarak bir şeyi istifa eden kimse, onun istirdadı zamanın da elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği miktar nisbetinde red ve iade ile mükellef değildir.*

Şu kadar ki kabız, o şeyi suiniyet ile elden çıkarmış yahut onu elden çıkarır iken bilahare red ve iadeye mecbur olacağına vakif bulunmuş olursa red ve iadeye mecburdur."

Madde, zenginleşen kişinin iade sorumluluğunu iyi veya kötü niyetli olmasına göre farklı şekilde ele almıştır.

Kötü niyetli zenginleşmede, elden çıkarılan değer (zenginleşme) de iadeye tabidir.

Zenginleşmenin haklı bir sebebe dayanmadığını bilen veya bilmesi gereken kimse, kötünüyetli zenginleşen konumdadır (Prof. Dr. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, Beta, s. 846). Zenginleşen başlangıçtan itibaren kötünüyetli ise, zenginleşmenin tamamını iade etmek zorundadır (age: s:846'da yapılan atıf ile; Gauch/Schlup, Keller/Schaufelberger, OR/Schulin, Feyzioğlu I, Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, Oğuzman/Öz).

İade borcunun kapsamı; davalının, ölüm aylığının bağlanmasında iyi niyetli olup olmadığına göre değişecektir. Hak sahibi konumunda bulunan davalı kötü niyetli ise, iktisap ettiği ölüm aylıklarını ister elinden çıkarsın isterse çıkarmasın, iadesi yasa gereğidir.

Sonradan düzenlenen geçersiz, sahte kayda dayalı olarak sosyal güvenlik haklarından istifade edilmesi, murisin sağlığında -meslek kuruluş kaydında- belirtilen işle ilgisinin bulunmadığını bilmemenin davalı eş yönünden hayatın olağan akışına uygun düşmemesi karşı-

sında, bu kayda dayalı olarak bağlanan ölüm aylığı nedeniyle davalının iyi niyetli olduğunun kabulü mümkün bulunmamaktadır.

4721 sayılı Medeni Kanun'un 3. maddesi hükmü ile durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır.

1479 sayılı Kanun'un 79. maddesi gereğince isteğe bağlı sigortalılık, sigortalılık tescil talebinin Kuruma intikal ettiği tarih itibariyle başlatılmakta olup, sahte kayda dayalı olarak yapılan zorunlu sigortalılık prim ödemelerinin, bu kaydın iptali karşısında geçmişe yönelik isteğe bağlı sigortalılık olanağı sağlamayacağı hukuksal gerçeği karşısında, yerel mahkemenin bu yöne ilişkin direnme gerekçesinde de isabet bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklanan maddi ve yasal olgular gözetildiğinde, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 18.04.2007

E. 2007/5-233

K. 2007/221

* Kamulaştırmasız el atılan taşınmaza vaki müdahalenin önlenmesi ve kal

* Okul için kamulaştırma veya satın almalarda husumet (222 sayılı İlköğretim ve Eğitim K. m. 63, 65)

Taraflar arasındaki "Kamulaştırmasız el atılan taşınmaza vaki müdahalenin menî ve kal" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Hendek Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 06.07.2005 gün ve 2004/409 E-2005/267 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 24.01.2006 gün ve 2005/14294-2006/221 sayılı ilamıyla; (... Dava, kamulaştırmasız el atılan taşınmaza vaki müdahalenin önlenmesi ve kal istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Dava, konusu taşınmaza Köy İlköğretim Okulu'nca tecavüz edildiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

222 sayılı Kanun'un 63. maddesine göre köydeki ilköğretim okulları için arsa temini köy tüzel kişiliğine ait olduğu gözetilerek Milli Eğitim Bakanlığı'na izafeten İl Milli Eğitim Müdürlüğü'ne karşı açılan davanın husumetten reddine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

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 malikleri tarafından, Milli Eğitim Bakanlığı'na izafeten İl Milli Eğitim Müdürlüğü aleyhine açılmış, kamulaştırmasız el atılan taşınmaza vaki müdahalenin önlenmesi ve kal istemine ilişkindir.

Davacılar vekili; müvekkillerinin kayden maliki oldukları 266, 267, 268, 269, 270, 444, 236 parsel sayılı taşınmazların, dava dışı 281 parsel üzerindeki ilkokulun sınırında bulunan kısımlarına beton duvar yapılmak suretiyle davalı idarece el atıldığını ileri sürerek; davalının müdahalesinin men'i ile duvarın kaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Milli Eğitim Bakanlığı'na izafeten Sakarya İl Milli Eğitim Müdürlüğü (Hazine) vekili; davacılar tarafından duvar inşaatına önce muvafakat edilip, sonradan dava açılmasının iyi niyet kuralları ile bağdaşmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin; "tapuda davacılar adına kayıtlı bulunan dava konusu taşınmazlara, davalının toplam 1.688,44 m2 tecavüzünün bulundu-

ğunun keşfen tespit edildiği” gerekçesiyle, “davanın kabulü ile, Kargalıhanbaba köyü 236, 266, 267, 268, 269, 270, 444 nolu taşınmazlara yapılan, 28.08, 39.80, 58.51, 77.42, 55.37, 64.98, 65.73 m²’lik tecavüzün men’ine ve duvarın yıkımına, yıkım,

1961 gün ve 10705 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanarak yürürlüğe giren 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu’nun “Okulların Arsa ve Arazi İşleri” başlıklı yedinci bölümünde yer alan 63. maddesinde, “Satın alma veya kamulaştırmak, köy okulları için köy tüzel kişiliğine, şehir ve kasaba okulları için özel idareye aittir” hükmü öngörülmüş; 65. maddesinde ise, “Okullar için tahsis, satın alma veya kamulaştırma yolu ile sağlanan topraklarla bu topraklar üzerinde yapılacak bina veya tesisler, buldukları yerlere göre köy veya özel idareler adına tapuya tescil edilir. Bunların ve bu Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan okul binaları ile tesislerinin daimi bakım ve onarım giderleri, buldukları yerlere göre özel idare veya köy bütçelerinden karşılanır” denilmiştir.

Açıklanan yasal düzenleme karşısında; bina veya tesislerin sahibi köy tüzel kişiliği ve Özel İdare Müdürlüğü olmasına göre, sahibi sıfatı ile karşılık değer istenecek ise veya el atmanın önlenmesi dava ediliyorsa husumetin, burada ilgili olan tüzel kişiye yöneltilmesi gerektiği kuşkusuzdur (a. g. e., s. 71).

Diğer bir ifadeyle, okul veya okul tesisi yapılan taşınmaz mal mülklerinin açacakları kamulaştırmaz el koyma davalarında husumetin, köy sınırları içerisinde ise bağlı oldukları köy tüzel kişiliğine, ilçe veya il merkezinde ise o yer Özel İdare Müdürlüğü’ne yöneltilmesi yasal bir zorunluluktur. Bu gibi yerler için Milli Eğitim Bakanlığı veya Maliye Hazinesi aleyhine husumet yöneltilmesi olanaklı değildir (a. g. e., s. 59).

Somut olayda; dava konusu taşınmazlar Kargalıhanbaba Köy sınırları içerisinde olup, taşınmazlara, Köy İlköğretim Okulunca tecavüz edildiği belirlenmiştir. Az yukarıda değinilen ilkeler ve yasal düzenlemeye göre, Milli Eğitim Bakanlığı’na izafeten İl Milli Eğitim Müdürlüğü’nün davalı sıfatı bulunmayıp, gerçek hasım Köy tüzel kişiliğidir.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyularak, Milli Eğitim Bakanlığı’na izafeten İl Milli Eğitim Müdürlüğü’ne karşı açılan davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi gerekirken; yanılı

gerekçeyle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 31.10.2007

E. 2007/4-800

K. 2007/797

* Maddi ve manevi tazminat

* Hizmetten ayrılabilen

kişisel kusur

(AY 125/son, 129/5; 657 sayılı

Devlet Memurları K. m. 13)

Taraflar arasındaki “maddi ve manevi tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Rize Asliye 1. Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 20.10.2005 gün ve 2004/798-2005/1088 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 2.2.2007 gün ve 2006/1168-2007/887 sayılı ilamı ile;

(“...I-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerekçirici nedenlere göre davacının davalı Sağlık Bakanlığı’na yönelik temyiz itirazları reddedilerek hükmün bu bölümünün onanmasına karar vermek gerekir.

2- Davacının diğer davalı E. Y.’ye yönelik temyiz itirazlarına gelince; dava, haksız eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece dava yargı yolu bakımından ve husumet yönünden reddedilmiş, kararı davacı temyiz etmiştir. Davacı, davalı Sağlık Bakanlığı’na bağlı hastanede davalı E. Y. tarafından ameliyat yapıldığını, adı geçen davalı doktorun şahsi kusuru nedeniyle felç olduğunu ve bu durumun Yüksek Sağlık Şurası’nın 11059 sayılı kararı ile sabit olduğunu belirterek maddi ve manevi tazminat istemiştir.

Dava dilekçesinden davacının adı geçen davalı doktorun kişisel kusuruna dayandığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar mahkemece, Anayasa’nın 129/5. maddesi gereğince, kamu görevlilerinin yetki ve görevlerini yerine getirirken işledikleri kusurdan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla idare aleyhine açılacağı gerekçesiyle adı geçen davalı hakkındaki dava husumetten reddedilmiş ise de, davacı taraf davalının görevinden ayrılabilen

kişisel kusuruna dayalı olarak istemde bulunmuştur. Bu nedenle mahkemece işin esasına girilerek, davalının kişisel kusuru olup olmadığı belirlenerek, kişisel kusur varsa Anayasa'nın 129/5. maddesinin korumasından yararlanamayacağı düşünülmek üzere varılacak sonuca göre karar vermek gerekirken, davalı Ekrem Yalçın yönünden davanın husumetten reddi usul ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir...") 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:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle, Anayasa'nın 129/5. maddesi gereğince memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararlara ilişkin davaların idare aleyhine dava açılabilmesinin, eylemin hizmet kusurundan kaynaklanmış olması koşuluna bağlı bulunmasına; dava dilekçesinde sıralanan maddi olguların davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığı göstermesi karşısında öncelikle bu iddia doğrultusunda delillerin toplanıp değerlendirilerek sonuca varılmasının gerekmesine; Hukuk Genel Kurulu'nun 15.11.2000 gün ve 2000/4-1650 E. 2000/1690 K.; 26.09.2001 gün ve 2001/4-595 E. 2001/643 K.; 29.03.2006 gün ve 2006/4-86 E. 2006/111 K.; 20.09.2006 gün ve 2006/4-526 E. 2006/562 K.; 17.10.2007 gün ve 2007/4-640 E. 2007/725 K. sayılı ilamlarında da aynı ilkenin vurgulanmış olmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

KARŞI OY YAZISI

Uyuşmazlık; memurlar ve kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı (idareye karşı dava açılmadan) haklarında doğrudan dava açılıp açılmayacağına ilişkindir.

Dairemizce temyiz incelemesi yapılan bu tür davalar genellikle hastaların doktorlara yönelik yanlış veya hatalı tedavi iddialarından kaynaklanmakta olup somut olayda uyuşmazlık hatalı tedavi nedeniyle davalı doktor hakkında adli yargıda doğrudan doğruya tazminat davası açılıp açılmayacağı noktasındadır. Konu ile ilgili mevzuatta bir göz atmak gerekirse;

Anayasa'nın 125/son maddesinde *"İdarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü oluşu"*, 129/5 maddesinde ise *"Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilceği"* hükmü yer almaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın *"Kişilerin uğradıkları zararlar"* başlıklı 13. maddesinde ise; kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil ilgili kurum aleyhine dava açabileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu düzenlemelerin amacı, kamu görevlisinin görevini yaparken baskı altında kalmaması yanında, zarar gören kişinin, ekonomik bakımdan gücü sınırlı olan kamu görevlisine değil, ödeme gücü yüksek olan kamu kurum ve kuruluşuna yönelme hakkı verilmesidir. Anayasa ve yasa hükümlerine göre kamu görevlileri hakkında olağan olan, asıl olan doğrudan idare aleyhine, idari yargıda dava açılmasıdır.

Dairemizin uygulaması da bu yönde iken son yıllarda; gerek Anayasa gerekse yasadaki hükmün lafzına ve ruhuna aykırı bir yorumla, *"hizmetten ayrılabilir kişisel kusur"* şeklinde bir kavram benimsenerek ve açılan bütün davalarda davacı tarafın davalının kişisel kusuruna dayandığı farzedilerek kamu görevlileri aleyhine doğrudan adli yargıda dava açılması olağan hale getirilmiştir. Bu nedenle benzer olaylarda Anayasa'nın 129/5 maddesi ve bunun uygulama yasası olan 657 sayılı Yasa'nın 13. maddesi hükmü uygulanmamaktadır. Bu tür davaların yasal dayanağı olan Anayasa ve ilgili yasa hükümleri ne diyor, bu hükümler gerçekten yorumla muhtaç mıdır?

Anayasa Mahkemesi'nin 25.3.1975 tarihli, 1975/42 E. 1975/62 K. Tarihli bir kararında kamu personelinin ancak bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanması, görev ve yetki alanının sınırlarını aşması ya

da yönetimin işlev alanı dışına çıkması hallerinde sorumlu tutulabileceği belirtilmektedir.

Anayasa'nın 129/5 maddesinin uygulama yasası olan 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinin Meclis gerekçesi ise aynen şu şekildedir;

"Bu madde, kamu hukukuna tabi görevler bakımından idare edilenlere verilecek zararlar konusundaki sorumluluğu düzenlemektedir..." Maddedeki teminat iki açıdan incelenmelidir; Her şeyden önce, idare edilenler lehine bir teminat mevcuttur. İdare edilenler, kamu hukukuna tabi görevler dolayısıyla kendilerine verilmiş olan zararlar da, doğrudan doğruya görev sahibi kurum aleyhine dava açabilecekler ve böylece asıl ödeme kabiliyeti olan bir davalı bulmuş olacaklardır. Aksi takdirde, özellikle büyük zararlar bakımından, davayı kazansalar bile, ödeme kabiliyeti olmayan bir memurla karşı karşıya kalmaları mümkündür. Halbuki maddedeki şekliyle, her zaman için karşılarında ödeme kabiliyetine sahip bir kurum bulabileceklerdir.

İkinci teminat; memur, daha doğrusu *"Kamu hukukuna tabi hizmetlerle görevli personel"* bakımındandır. Bu gibi personel, görevlerim yerine getirirken, daimi bir tazminat tehdidi altında kalmayacaklar ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin çok ağır görülmesi gibi bir sakıncayla karşılaşmayacaktır. Ancak, daimi olarak ve ilk elden dava tehdidi altında bulunmamak, memurların tamamıyla sorumsuz hareket edebilecekleri şeklinde anlaşılmalıdır. Bu madde ile memur, mütemediyen mahkemelerde kendi aleyhine açılmış davalarla uğraşmaktan korunmuştur ama, görevleri dolayısıyla idareye vermiş olduğu zararlar dan ötürü idareye karşı olan sorumluluğu devam etmektedir. (.....)

Uyuşmazlık Mahkemesinin; benzer bir olay nedeniyle verilen 5.6.2006 tarihli, 2006/26 Esas, 2006/75 sayılı kararının gerekçesinde de Anayasa'nın 129/5 maddesi uygulaması ile ilgili olarak şu açıklamalara yer verilmektedir;

"Bu düzenleme ile memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercilerinin önüne çıkarılmasını önlemek ve kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak suretiyle kamu düzenini korumak amaçlanmıştır; aynı zamanda zarara uğrayan kişi bakımından, memurlar veya diğer kamu görevlilerine oranla ödeme gücü daha yüksek olan bir sorumlu (idare)

muhatap kılınmıştır.

Buna göre kural olarak kamu görevlisinin görev ve yetkilerini kullandığı sırada doğan zararın giderilmesi istemiyle, görev kusurunu kapsayan, hizmet kusuru esasına dayanılarak idari yargıda ve ancak idare aleyhine dava açılabilir; yargı yerince tazminle yükümlü tutulması halinde idare, ilgili yasa kurallarının gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak sorumlu personeline rücu edebilecektir.

Buna karşılık kamu görevlisinin görev ve yetkilerinden, resmi sıfatından ayrılabilen; başka bir anlatımla suç biçimine dönüşerek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemlerinin yukarıda belirtilen Anayasal korumanın dışında kaldığı ... belirtilmelidir..."

Hasta, tedavi olmak üzere doktora başvurmakla, bir "vekalet ilişkisi" kurulmuş olacağından normal şartlarda doktor ile hasta arasındaki uyuşmazlıklarda vekalet sözleşmesi hükümleri geçerlidir. Kamuya ait sağlık kuruluşlarındaki doktor ve diğer sağlık personeli kamu görevlisi olduğundan, hastaya zarar verilmesi halinde ise "hizmet kusuru" söz konusu olur. Kamu görevlisinin ancak zarar verme kastıyla kin, garez, husumet, kıskançlık, intikam vb. duyguların etkisiyle yaptığı işlem ve eylemlerinde kişisel kusuru olabilir.

Ayrıca idare adına işlem yapan kamu görevlisinin bunlar dışında emredici yasa kurallarına ve hukuka açıkça karşı durması, anayasa ve yasa kuralları ile emredici ve bağlayıcı temel hukuk ilkelerine aykırı davranması da kişisel kusurunu oluşturur.

Öğretide kişisel kusurun tanımı şu şekilde yapılmaktadır; "kamu görevlisinin görevim yerine getirirken, idare fonksiyonu, kamu görevi gerek ve koşullarına aykırı ve yabancı olan, bu nedenle idareye atıf ve isnat olunamayan, doğrudan doğruya kamu görevlisinin şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu gerektiren tutum ve davranışı" olarak tanımlanmaktadır. (R. Sarıca, *İdari Kaza*, İst. 1949 s. 389; H. Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ank. 1961, s. 142)

Dairemiz çoğunluğunun; bütün kamu görevlilerinin hizmetten ayrılabilir bir kişisel kusuru olabileceği ve bütün davalarda davacı tarafca davalının kişisel kusuruna dayanıldığı, şeklindeki kabulü sonucu Anayasa'nın 129/5 maddesi ve bunun uygulama yasası olan 657 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin tamamen uygulama dışı bırakıldığı görülmektedir.

Yasalar iptal edilmedikçe veya değiştirilmedikçe yürürlükte olduklarına göre mevcut hükümleri ile uygulanmaları gerekir. Uygulamama gerekçesi olarak kanun koyucunun bu Anayasa ve yasa hükümlerini hasbelkader vaaz ettiğini söyleyebilir miyiz? Veyahut da; doktorların veya genel olarak kamu görevlilerinin adli yargıda yargılanmalarının daha teminatlı veya idari yargıda yargılanmalarının sakıncalı olacağını ileri sürebilir miyiz?

O halde, Anayasa'nın 129/5 maddesi ne zaman, hangi hallerde uygulanacaktır?

Yukarıda özetlemiş olduğum 657 sayılı Kanun'un Meclis gerekçesine göre olağan olan kamu görevlileri aleyhine değil doğrudan idare aleyhine dava açılmasıdır. Kamu görevlisi aleyhine açılan davaların husumet yönünden reddi gerekir.

Açıklanan yasa hükümleri karşısında kamu görevlisinin az veya çok kusurlu olup olmamasının, ceza mahkemesinde yargılanması hatta mahkum olmasının dahi öneminin olmaması gerekir. Hizmet kusuru nedeniyle kusuru ağır olsa dahi kamu görevlisi aleyhine adli yargıda dava açılmaz. Kamu görevlisinin ancak açık ve kolayca hizmetten ayrılabilen kişisel bir eylemi ile zarar vermesi hallerinde; örneğin bir doktorun görevi sırasında kişisel bir alacak verecek meselesi nedeniyle bir kişiyi yaralaması veya öldürmesi gibi durumlarda adli yargıda aleyhine dava açılabilir.

Somut olayda veya benzer olaylarda; uzun yıllar büyük fedakarlıklara katlanarak tıpkı askeri bir disiplin ve hiyerarşi içerisinde tıp eğitimi almış, yıllarca ihtisas yapmış, sırf insanları sağlığına kavuşturabilme gibi kutsal bir görevi ifa etmeye çalışan doktorların her olayda kişisel kusuru olduğu şeklinde bir ön yargı ile sorumlulukları yoluna gidilmesi doğru bir yaklaşım değildir. Anayasal ve yasal teminat altında bulunmalarına rağmen bu şekilde sürekli dava ve tazminat tehdidi altında kalan kamuda çalışan doktorlar veya diğer kamu görevlileri verimli olarak çalışamayacak ve hizmetlerin aksaması kaçınılmaz olacaktır.

Sonuç olarak; Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin açık, net ve emredici hükmü karşısında; kamu hizmeti sırasında üçüncü kişilere zarar verilmesi hallerinde hizmetten kaynaklanan bir zarar verilmiş ise davanın mutlaka idareye karşı açılma-

sı, kamu görevlisi aleyhine adli yargıda açılacak davaların husumet yönünden reddine karar verilmesi gerekir. Ancak kamu görevlisinin hizmeti ile ilgisi olmayan kişisel bir eylemi ile zarar verilmesi hallerinde kamu görevlisi aleyhine adli yargıda açılacak davalar esastan incelenebilir.

Bu nedenle sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.

Ali SEZGİN

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesi

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 19.12.2008
E. 2008/377
K. 2008/506

* **Avukatın özen ve doğruluk yükümlülüğü**
(1136 sayılı Av. K. m. 34, 134;
TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukat hakkında “satış vaadi sözleşmesi” uyarınca tanzim edilmiş olan senet alacağını taşınmazın üçüncü kişiye satılmış olması nedeniyle bedelsiz kaldığını 03.05.2005 tarihinde öğrenen şikayetlinin icra işlemlerine devamla satış yaptırması ve sebeple Avukatlık Kanunu’nun 34, 134, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 3 ve 4. maddelerine aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, Baro Disiplin Kurulu’nca eylem sabit görülmeyle disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli avukat, şikayetçinin vekili olduğu S. İnş. Tic. Ltd. Şti’den 01.09.2004 tarihli taşınmaz vaadi sözleşmesi ile daire satın aldığını, sözleşmede gösterilen takip konusu senetlerin düzenlediğini, senet bedellerinin ödenmesi için Afyonkarahisar 3. Noterliği’nin 27.12.2004 gün ve numaralı ihtarnameyi keşide ettiğini, ihtarnameye karşın borcun ödenmemesi nedeniyle Afyonkarahisar 1. İcra Müdürlüğü’nün 2005/... dosyasında kayıtlı takibi açtığını, müvekkilin talimatı ile haczedilen menkulleri satın aldığını, ancak 09.05.2006 tarihinde satıştan vazgeçtiğini icra dairesine beyan ettiğini, 18.05.2006 tarihinde de vekaletten çekildiğini bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

İncelenen dosya kapsamından Afyonkarahisar 1. İcra Müdürlüğü’nün 2005/... sayılı dosyasında yapılan takip dayanağının 01.09.2004 tarihli satış sözleşmesine dayalı senetler olduğu, 02.05.2006 tarihin-

de dairenin üçüncü bir kişiye satılmış olması nedeniyle takibin dayanağının kalmadığının şikayetçi vekili tarafından 02.05.2005 tarihinde İcra Müdürlüğü'ne beyan edildiği ve bu beyanın 03.05.2006 tarihinde şikayetli avukata tebliğ edildiği, mahcuz menkullerin 08.05.2006 günü yapılan ihalede alacağa mahsuben şikayetli tarafından alındığı, 09.05.2006 tarihinde şikayetli tarafından ihaleden vazgeçildiğinin bildirilerek mahcuzun borçluya tesliminin istendiği ve 18.08.2006 tarihinde şikayetlinin vekaletten çekildiğini bildirdiği görülmektedir.

Şikayetli avukatın 03.05.2006 tarihi itibarıyla takip konusu senet dayanağı dairenin üçüncü şahıslara satılmış olduğunu öğrenmesi nedeniyle 03.05.2006 tarihli birinci satış işlemi yaptırmaması ve 08.05.2006 tarihli ikinci satışta menkulleri alacağa mahsuben satın almaması kamunun avukattan beklediği tutumdur. Nitekim 09.05.2006 tarihinde İcra Müdürlüğü'ne satış işlemlerini tamamlamayacağı ve mahcuz menkullerin borçluya teslimi yönündeki beyan da takip konusu alacağın dayanaksız kaldığının en açık kanıtıdır.

Bu durumda avukata düşen özen ve doğruluk yükümlülüğü tarafına tebliğ edilen satışla ilgili işlemlerin gerçek olup olmadığını derhal araştırmak ve satış işlemlerine devam etmemektir. İhaleden sonraki bir tarihte vazgeçmek, önceki tarihte yapılan işlemlerdeki sorumluluktan kurtulmak anlamına gelmez. Bu nedenle eylemin disiplin suçu oluşturmadığına ilişkin Baro Disiplin Kurulu'nun çoğunluk kararında hukuksal isabet bulunmamaktadır.

Eylem Avukatlık Kanunu'nun 34, 134, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelere aykırılık olmakla disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Sonuç olarak şikayetçi O. D.'nin itirazının kabulüne, Afyonkarahisar Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına, yeniden inceleme ve araştırma gerektirir bir husus bulunmadığından şikayetli Av. C.Y.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 19.12.2008

E. 2008/381

K. 2008/509

*** Aynı işte menfaati zıt**

tarafları temsil

(Av. K. m. 34, 38/b;

TBB Meslek Kuralları m. 3, 4, 36)

Şikayetli avukat hakkında, K. Mermer Ltd. Şti vekili iken, aynı şirket aleyhine Söğüt İcra Müdürlüğü'nün 2006/206, 206/294 ve 2006/295, 2006/393 Esasında kayıtlı icra takiplerini başlattığı, bu nedenle Avukatlık Kanunu'nun 34, 38/b, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3, 4 36. maddelerine aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülmeyle, disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli avukat, 1998 yılından beri S. S. Refrakret Malzemeleri A.Ş.'nin Yönetim Kurulu Başkanı olan O. K.'nin hem şirket ve hem de şahsının vekili olduğunu, 2005 yılında O. K. nın %70, şikayetçi Ç. S.'nin %30 oranda ortak oldukları KSM Mermer Ltd. Şti'nin alacaklı olduğu 8 adet çek için Söğüt İcra Müdürlüğü'nün 2005/245 ve 2005/418 Esasta kayıtlı icra takiplerini açtığını ve Cumhuriyet Başsavcılığı'na şikayette bulunduğunu, takibin ve ceza davasının halen derdest olduğunu, şikayetçi Ç.S.'nin ana sözleşmeye göre tek başına şikayet hakkı olmadığını, gerçekte şikayetçi Ç. S.'nin KSM Mermercilik Ltd. Şti'deki %30 hissesinin emek karşılığı olduğunu, 14.07.2006 tarihinde KSM Mermercilik Ltd. Şti.'ye yazı yazarak S. S. Refrakret Malzemeleri A. Ş. Yönetim Kurulu Başkanı O. K. ve aynı şirket personel müdürü H. A.'nın alacaklarından dolayı K. Mermercilik aleyhine açtığı takiplerden dolayı istendiği takdirde ilgili dosyalardan ücret almaksızın çekilebileceğini bildirdiğini, 15.07. 2006 tarihinde herhangi bir sakınca olmadığının bildirildiğini, K. Mermercilik Ltd. Şti.'nin ticari sırlarına vakıf olmadığı gibi takiplerin taraflarının aynı olmaması nedeniyle Avukatlık Kanunu'nun 34 ve 38/b maddeleri aykırı davranışının bulunmadığını bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

İncelenen dosya kapsamından, şikâyetli avukatın K. Mermercilik Ltd.Şti. vekili olarak Söğüt İcra Müdürlüğü'nün 2005/245 ve 2004/ 418 Esas sayılı dosyalarından icra takibi açtığı, Söğüt İcra Müdürlüğü'nün 2006/295 Esasında H. A. vekili olarak K. Madencilik Ltd. Şti aleyhine takip yaptığı, alacaklısı S. S. Refrakret Malzemeleri A.Ş. olan Söğüt İcra Müdürlüğü'nün 2006/293 ve 2006/294 Esasta kayıtlı takipleri açtığı görülmektedir.

Baro Disiplin Kurulu “menfaat çatışmasının olabilmesi için tarafları aynı olan iki ayrı işte vekilin birinci işte bir tarafın vekil olarak diğer tarafa husumet yönelmiş iken, ikinci işte husumet yöneltilmiş olduğu kişinin vekili olarak birinci işteki vekili aleyhine işlem yapması durumu aranmaktadır. Bu durum söz konusu olmadığından” gerekçesi ile disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

O halde olayda tartışılması gereken sorun eylemin Avukatlık Kanunu’nun 34, 38/b ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3, 4, 36. maddelerine aykırı olup olmadığı hususudur.

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 38/b.maddesi, “Aynı işte menfaati zıt tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa”,

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 3. maddesi, “Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güveninin sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür”,

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 4. maddesi, “Avukat, mesleğin itibarını sarsacak her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır”,

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 36. Maddesi; “Bir anlaşmazlıkta, taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat yararı çatışan öbür tarafın vekâletini alamaz, hiçbir hukuki yardımda bulunamaz.” hükümlerini amirdir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 03.07.1995 tarih ve 8691-7761 sayılı kararında, “Avukatlık Kanunu’nun 38/b maddesinde, avukata aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa, işi ret etmesi gerektiği kuralı yer almaktadır. Yasa ile izlenen amaç, avukatın aldığı vekâlet sonucu vakıf olduğu sırları önceki müvekkilinin aleyhine kullanmayı önlemektir. Yasa maddesi ile öngörülen husus kamu düzeni ile ilgili olup mahkemece resen gözetilir. Somut olayda davacı vekili, taraflar arasında boşanma ve yoksulluk nafakasına karar verilen ilk davada kocanın vekili olmuştur. Nafakanın takdirine esas olan mali konuda kocanın (bu davadaki davalının) sırlarını ve gücünü öğrenmiştir. Bu durumda Av.’nin huzuru

ile davaya bakılması usul ve yasaya aykırıdır.” gerekçesi ile maddenin bir amacı belirtildiği gibi,

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 03.10.2000 tarih ve 2000/6961-7836 sayılı kararında da, “Avukatlık, karşılıklı güven ve sadakat isteyen bir meslek olup, vekâlet de bu inanç doğrultusunda verilir. Davalı avukat, davacının bu inancını kötüye kullanarak hasım tarafın kendisini vekil tayin etmesine karşı koymamış, onun vekilliğini üstlenmiştir. Bu durum müvekkil davacının davalı avukatına karşı beslediği güvenin sarsılmasına neden olduğunun kabulünde duraksamaya yer yoktur. O nedenle davacı müvekkil salt bu nedeni ileri sürmek suretiyle dahi azilde haklıdır.” denilmek suretiyle Avukatlık Kanunu’nun 38/b ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 36. maddelerinin, salt öğrenilen sırların önceki müvekkile karşı kullanılmasını önlemek amacıyla değil, karşılıklı güven ve sadakat nedeniyle de konulmuş bulunduğunu açıkça belirtmektedir.

Nitekim Avrupa Birliği Meslek Kuralları’nın 3.2.3. maddesi, “Bir avukat yeni müvekkilin vekâletini üstlendiğinde eski müvekkilinin güvenini kaybetme ihtimali doğacaksa veya avukatın, eski müvekkillerinin işleri hakkında sahip olduğu bilgiler yeni müvekkile haksız bir avantaj sağlayacaksa, avukat yeni müvekkilin vekâletini üstlenmekten kaçınmalıdır.” demek suretiyle, avukatlık mesleğine olan kamu güveni ilkesi açıkça dile getirilmiştir.

O halde, TBB Disiplin Kurulu’nun 2001/191 E. 2002/104 K. ve 13.04.2002 tarihli kararında da belirtildiği üzere “Avukatlık mesleğinin ruhu ve etik değerleri ve geleceği nazara alındığında, maddelerin geniş olarak yorumlanması zorunluluğu hâsıl olmaktadır.” gerekçesinin kabulü ve Avukatlık Kanunu’nun 38/b maddesinin dar yorumunun meslek etik değerlerine aykırı olduğu tartışmasızdır. Avukatlık mesleğinin ruhu ve etik değerleri ve geleceği nazara alındığında, maddelerin geniş olarak yorumlanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Avukat, menfaat çatışması olan işte, her iki tarafın da haberdar olması, hatta olayımızdaki gibi rıza gösterilmesi halinde bile menfaati zıt olan tarafın vekaletini alamaz. Aksi takdirde, taraflardan her biri yerli savunulmadığı duygusuna kapılır ki, bu da avukata duyulması gereken güveni kökten sarsar.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 2. maddesinde, “Mesleki çalışmada avukat bağımsızlığını korur; bu bağımsızlığı zedeleyecek iş

kabulünden kaçınır” denilmekte, her ne sebeple olursa olsun, avukatın kendine karşı da bağımsızlığını korumak durumunda olduğu açıkça bildirilmektedir.

Bu nedenlerle, müvekkille eş zamanlı olarak hasım tarafın vekaletnamesinin üstlenilmesinde, bu vekâletname kime karşı kullanılırsa kullanılsın, yasa ve Meslek Kuralları’na aykırılık kabul edilmelidir. Salt *“aynı iş”* kavramıyla dar yorumlama, avukatlık mesleğine olan güveni sarsacak, kamuoyunda itibarını azaltacaktır.

Avukatlık, *“doğruluk karinesi”*nden yararlanan mesleklerdendir. Kişilerin bu mesleğin mensuplarına inançları asıldır. Bu nedenle avukatların, kolektif inanca ters düşecek ve bu inancı sarsacak davranışlardan dikkatle kaçınmaları gerekir.

Bu nedenlerle, eylem Avukatlık Kanunu’nun 34, 38/b, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 2, 3, 4 ve 36. maddelerine aykırı olduğundan disiplin suçu oluşturmakla, Baro Disiplin Kurulu’nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmamış, yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararın kaldırılarak, şikâyetli hakkında kınama cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçi Ç. S.’nin itirazının kabulü ile Eskişehir Barosu Disiplin Kurulu’nun *“disiplin cezası verilmesine yer olmadığına”* ilişkin kararının kaldırılmasına, şikâyetli Av. A. D.’nin kınama cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 19.12.2008
E. 2008/385
K. 2008/511

* Avukatların, görev almış oldukları, 233 sayılı KHK’nın kapsamına giren idare aleyhine, ayrıldıkları tarihten itibaren iki yıl dava alma ve takipte bulunma yasağı
(Av. K. m. 14)

Şikâyetçi M. H., şikâyet dilekçesinde özetle, Niğde Belediyesi aleyhinde dava açmak üzere şikâyetli avukatlar Av. D. Ş. ve Av. İ. T.’ye vekalet verdiğini, Av. İ. T.’nin dava açtığını ancak daha sonra Niğde

Belediyesi'nde avukat olarak işe başladığını, Av. D. Ş.'nin belediyede bir önceki dönem meclis üyeliği yaptığını ve bu davada vekalet üstlenmemesi gerektiğini öğrendiğini, şikayetli avukatların davasını takip etmediklerini, davanın uzamasına neden olduklarını belirterek şikayetçi olmuştur.

Açılan disiplin kovuşturması sonucunda, şikayetli avukatlardan D. Ş. hakkında uyarma cezası verilmiş, karara şikayetli Av. D. Ş. itiraz etmiştir. Şikayetli avukat itirazında; duruşmaya bizzat katılmadığını, diğer şikayetli avukatın belediyede işe başlamasından sonra görev üstlendiğini, şikayetçinin kendisini azlettiğini belirterek kararın bozulmasını talep etmiştir.

Disiplin kovuşturması açılmasına konu sorun; şikayetli avukatların Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesine aykırı davranıp davranmadıklarına ilişkindir.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetli avukatlardan İ. T.'nin belediye avukatlığı görevine başladıktan sonra davadaki vekillik görevinden istifa ettiği, daha sonra diğer şikayetli Av. D. Ş.'nin dosyaya vekalet sunduğu anlaşılmaktadır.

Belediye Başkanlığı'ndan dosyaya gelen yazıdan, Av. İ. T.'nin Niğde Belediyesi'nde sözleşmeli olarak 04.01.2006 tarihinde işe başladığı, mahkemeden gelen yazıya göre de, 27.02.2006 tarihinde vekillik görevinden istifa ettiği; Av. D. Ş.'nin 27.02.2006 tarihli dilekçe ile idare mahkemesine başvurarak M. H. vekili olarak kabulünü, tebligat ve her türlü yazışmaların kendi adresine yapılmasını talep ettiği anlaşılmaktadır. Dosyada bulunan makbuzlardan, yürütmeyi durdurma harcının 02.08.2005 tarihinde, şikayetli Av. D. Ş. tarafından yatırıldığı belli olmaktadır.

Niğde Belediye Başkanlığı'nın 07.12.2006 tarihli yazısıyla, şikayetli Av. D. Ş.'nin 27.03.2004 tarihinde Belediye Meclisi üyeliği görevinden ayrıldığı dosyaya bildirilmiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasına göre; *"Devlet, belediye, il özel idare ve Kamu İktisadî Teşebbüsleri Hakkında 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsamına giren iktisadi Devlet Teşekkülleri ile kamu iktisadî kuruluşları ve bunların müessesese, bağlı ortaklık ve iştiraklerinde çalışanlar, buralardan ayrıldıkları tarihten itibaren iki yıl geçmeden ayrıldıkları idare aleyhine dava alamaz ve takipte bulunamazlar."*

Şikayetli Av. D. Ş.'nin, yasanın bu hükmüne aykırı olarak, iki yıllık süre dolmadan Belediye Meclis üyesi olarak görev yaptığı Niğde Belediyesi'ne karşı vekalet üstlenerek dava aldığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Şikayetlinin eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararında hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddine, Niğde Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma cezası verilmesine" ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 19.12.2008
E. 2008/387
K. 2008/513

*** Reklam yasağına aykırılık**
 (Av. K. m. 55; TBB Meslek Kuralları m. 7, 8; TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği m. 9, 11)

Şikayetli avukatların, açtıkları <http://www.....av.tr> adresli internet sitelerinde Avukatlık Kanunu'nun 55. ve Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 9, 11, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 7 ve 8. maddelerine aykırı davrandıkları gerekçesi ile Muğla Barosu tarafından re'sen açılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatlar savunmalarında özetle, internet sitesinin reklam yönetmeliğine uygun olarak düzenlendiğini, içeriğinde reklam yasağına aykırı olabilecek bir düzenleme bulunmadığını ve özellikle buna dikkat edilerek düzenlendiğini, Reklam Yasağı Yönetmeliği'nde avukatların internet ortamında kendilerini tanıtmaya hakkının kabul edildiğini, sundukları başka web sitelerinde de benzer özellikler bulunduğunu bildirmişlerdir. Ayrıca şikayetlilerden Av. G. K., büroda sigortalı avukat olarak çalıştığını, sitenin düzenlenmesine veya değiştirilmesinde yetkisinin olmadığını, Av. G. V. aynı savunmaya ilaveten, disiplin soruşturması açılmadan önce bürodan ayrılarak kendi bürosunu oluşturduğunu savunmuştur.

Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 9. maddesi "*internet dahil teknolojinin ve bilimin olanak tanıdığı her türlü ortamda*" avukatların hangi sınırlar içerisinde kendilerini ifade edebileceklerini düzenlemiştir. Bunlardan biri (av.tr.) uzantılı internet sitesi açılması gereğidir. Kovuşturma konusu sitenin bu gerekliliğe uyduğu açıktır. Ancak, bu gereklilik yerine getirildikten sonra uyulması gereken sınır ve şartların en önemlisi, Kurulumuzun çeşitli kararlarında da açıklandığı gibi; avukatlık mesleğinin onur ve kurallarına, avukatlık ünvanının gerektirdiği saygı ve güvene aykırı olmamak, sır saklama yükümlülüğüne uygun davranmak, iş sağlama amacına yönelik olmak, meslektaşları ile haksız rekabete yol açmamak hususlarıdır. Ayrıca bu nitelikleri sağlamak için internet sitelerinde bulunabilecek bilgiler sayılmıştır.

Kovuşturma konusu web sayfasının incelenmesinde, Reklam Yasağı Yönetmeliği'ndeki "*iş sağlama amacına yönelik olmamak ve meslektaşları ile haksız rekabete yol açmamak*" ilkesinin korunduğunu kabul etmek mümkün görülmemektedir. Web sayfasında şikayetli avukatların tanıtımında lise veya fakülteden "*şeref derecesi*" ile mezun oldukları yönündeki açıklamalar, "*uluslararası hukuk departmanı*" başlığı altında bir avukatın bu yönde özel uzmanlık eğitimi olduğu izlenimi vermeye yönelik açıklamalar, şikayetli avukatlardan G. V.'nin Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 6/6. maddesine aykırı olarak İstanbul Barosu'ndaki görevinin, kendisinin özel uzmanlığının dayanağı gibi gösterilmesi, büro ile ilgili tanıtımda kendilerin farklı ve özel bir görev anlayışı ve icra biçimi olduğunu ifadeye yönelik üslubu karşısında duyurulmak istenen hususun müvekkillerini bilgilendirmek ve kendilerini ifade etmekten öteye, kendilerini başka avukatlardan farklı olarak tanıtmayı hedeflediği, böylece iş sağlama ve haksız rekabete yol açmama ilkesinin ihlal edildiği kanaatine varılmıştır.

Şikayetli avukatlardan G. K'nın büroda sigortalı çalıştığı ve web sayfasına müdahale yetkisinin olmadığına yönelik savunması Avukatlık Kanunu'nun 55. maddesindeki açıklık karşısında yerinde görülmemiş, şikayetlilerden Av. G. V.'nin, soruşturma başlamadan önce bürodan ayrılmış olduğuna ilişkin savunması da oluşmuş bulunan disiplin suçunu etkileyen bir husus olarak kabul edilmemiştir.

Şikayetli avukatlar itiraz dilekçelerinde duruşma talebinde bulunmuşlardır. Ancak Avukatlık Kanunu'nun 157/7. maddesi uyarın-

ca uyarma cezası tayini ile ilgili kararlara itirazda duruşma yapılmasına yasal olanak bulunmadığından, şikayetlilerin duruşma taleplerinin de reddine karar vermek gerekmiştir.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde de hukuksal isabetsizlik bulunmamış ve aleyhe itiraz olmadığından kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatların itirazlarının reddine, Muğla Barosu Disiplin Kurulu'nun, şikayetlilerin ayrı ayrı uyarma cezası ile cezalandırılmalarına ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, Resmi Gazete yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine **Ekler** bölümünde yer verilmektedir.

Y A S A L A R

RG 17 Haziran 2009/27261

- 5902 Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun
- 5903 Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti Arasındaki Kara Sınırı Boyunca Yapılacak Mayın Temizleme Faaliyetleri ile İhale İşlemleri Hakkında Kanun

RG 24 Haziran 2009/27268

- 5908 Türkiye Cumhuriyeti ile Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Arasında Akdedilen 27 Nisan 1988 Tarihli Konsolosluk Sözleşmesinin Bazı Maddelerinin Tadiline İlişkin Türkiye Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu Arasında Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5909 Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 03 Temmuz 2009/27277

- 5904 Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*

* Bkz. Ekler.

- 5905 Askeri Hakimler Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5906 Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5907 Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5910 Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun

RG 07 Temmuz 2009/27281

- 5911 Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5912 Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun
- 5913 Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5914 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile İslam Konferansı Örgütüne Bağlı İslam Ülkeleri İstatistik, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar ve Eğitim Merkezi (SESRIC) Arasında Ankara/Oran Diplomatik Sitede Arsa Tahsisine İlişkin Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5915 Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 09 Temmuz 2009/27283

- 5916 Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun
- 5918 Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*
- 5919 Türkiye Cumhuriyeti ile Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti Arasında Dostluk ve İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 10 Temmuz 2009/27284

5917 Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun

TÜZÜKLER

RG 20 Haziran 2009/27264

2009/15092 Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzükte Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük

RG 23 Temmuz 2009/27297

2009/15228 Vakıflar Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

2009/15229 Vakıflarda İntifa Haklarının Ne Suretle Tesbit ve İta Edileceği Hakkında 17/7/1936 Tarihli Vakıflar Nizamnamesine Ek Nizamnamenin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

2009/15230 Vakıf Zeytinlik, İncirlik, Fındıklık, Narenciye ve Meyvalıkların Satış Şekli Hakkındaki Nizamnamenin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

RG 24 Temmuz 2009/27298

2009/15134 Orman Mühendisliği, Orman Endüstri Mühendisliği ve Ağaç İşleri Endüstri Mühendisliği Serbest Yeminli Meslek Mensupları Tüzüğü

2009/15154 Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Arazi Toplulaştırmasına İlişkin Tüzük

RG 28 Temmuz 2009/27302

2009/15263 Vakıflar Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

YÖNETMELİKLER

RG 16 Haziran 2009/27260

- Millî Eğitim Bakanlığı Güzel Sanatlar ve Spor Liseleri Yönetmeliği
- Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 17 Haziran 2009/27261

- İller Bankası Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Gelişim Meslek Yüksekokulu Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Ordu Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 18 Haziran 2009/27262

- Atılım Üniversitesi Performans Yönetimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Boğaziçi Üniversitesi Asya Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Dil Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Mehmet Akif Ersoy Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 19 Haziran 2009/27263

- Sigorta Bilgi Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğal Afet Sigortaları Kurumu Yönetim Kurulu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Güvence Hesabı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Motorlu Taşıt Bürosunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye İş Kurumu İşgücü Uyum Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Personelinin Konser, Festival ve Benzeri Sanat Faaliyetlerinde Görevlendirilme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Altın Borsası Bütçe, Muhasebe ve Alım Satım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Güneş ve Rüzgâr Enerjisi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Jeotermal-Mineralli Sular ve Maden Kaynakları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Anadolu Üniversitesi Uzaktan Eğitim Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Nanobilim ve Teknoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Fırat Üniversitesi Engelliler Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Arel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmelik
- Ordu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Haziran 2009/27264

- Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşlarının Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulundurulacak Bakanlık Temsilcileri veya Hükümet Komiserleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Ambar Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Haziran 2009/27265

- Aksaray Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Marmara Üniversitesi Türkiye-Almanya İlişkileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 22 Haziran 2009/27266

- Kocaeli Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Batı Dilleri ve Edebiyatları Bölümü Yabancı Dil Hazırlık Programı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 23 Haziran 2009/27267

- Balıkçı Gemilerinin Emniyeti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

DÜZELTME (Milli Eğitim Bakanlığı Güzel Sanatlar ve Spor Liseleri Yönetmeliği ile İlgili)

RG 24 Haziran 2009/27268

- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Adıyaman Üniversitesi Tarımsal Uygulama ve Arazi Yönetimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Adnan Menderes Üniversitesi Yabancı Dil Öğretimi ve Yabancı Dille Öğretim Yapılmasında Uyulacak Esaslara İlişkin Yönetmelik
- Marmara Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Orman Yangınlarıyla Mücadele Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 25 Haziran 2009/27269

- Orman Sayılan Alanlarda Verilecek İzinler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Haziran 2009/27270

- Yapı Malzemelerinin Tabi Olacağı Kriterler Hakkında Yönetmelik
- Gemi ve Deniz Araçlarının İnşa, Tadilat, Bakım, Onarım ve Söküm İşlemlerinde Gazdan Arındırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Mimarlar Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Nanotıp ve İleri Teknojiler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Mersin Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 27 Haziran 2009/27271

- Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*
- Numaralandırma Yönetmeliği
- Elektronik Kimlik Bilgisini Haiz Cihazlara Dair Yönetmelik
- Doğal Gaz Piyasası Sertifika Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı Muhasebe Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Haziran 2009/27272

- 4749 Sayılı Kanun Kapsamında Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Hibe Alınması, Hibe Verilmesi ve Hibelerin Takibine İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik
- Motorlu Araçlar ve Römorkları Tip Onayı Yönetmeliği (2007/46/AT)

* Bkz. Ekler

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Yükseköğretim Kurumları Arasında Ön Lisans ve Lisans Düzeyinde Yatay Geçiş Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yükseköğretim Kurumlarında Yabancı Dil Öğretimi ve Yabancı Dille Öğretim Yapılmasında Uyulacak Esaslara İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği

RG 29 Haziran 2009/27273

- Kapadokya Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Kapadokya Meslek Yüksekokulu Yabancı Dil Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Kapadokya Meslek Yüksekokulu Yaz Öğretimi Yönetmeliği

RG 30 Haziran 2009/27274

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Temmuz 2009/27275

- Kıyı Tesislerine İşletme İzni Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ağrı İbrahim Çeçen Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Ege Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi (EGESEM) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Marmara Üniversitesi Enfeksiyon Hastalıkları Epidemiyolojisi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 02 Temmuz 2009/27276

- Numara Taşınabilirliği Yönetmeliği
- Spektrum Yönetimi Yönetmeliği

RG 03 Temmuz 2009/27277

- Meyve Fidanı ve Üretim Materyali Sertifikasyonu ile Pazarlaması Yönetmeliği
- Asma Fidanı ve Üretim Materyali Sertifikasyonu ile Pazarlaması Yönetmeliği
- Sosyal Güvenlik Kurumları Harcama Belgeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sanayi Kaynaklı Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliği
- 2022 Sayılı Kanun Kapsamında Aylık Alan Özürlülere Sağlık Kurulu Raporu Vermeye Yetkili Hastanelerin Belirlenmesi ile Sağlık Raporlarının Alınmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Mal Alımları Denetim, Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Temmuz 2009/27278

2009/15127 Muhasebe Yetkilisi Adaylarının Eğitimi, Sertifika Verilmesi ile Muhasebe Yetkililerinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Mahalli İdareler Personelinin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Yönetmelik
- Türkiye Şeker Fabrikaları Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Mal ve Hizmet Alımı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kapadokya Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Temmuz 2009/27279

- Giresun Üniversitesi Fındık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Özyeğin Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Sinop Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 06 Temmuz 2009/27280

- Ankara Üniversitesi Beyin Araştırmaları ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rize Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 07 Temmuz 2009/27281

- Trakya Üniversitesi Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Trakya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Edirne Sağlık Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Temmuz 2009/27282

- Çag Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Cumhuriyet Üniversitesi Uzaktan Eğitim Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Hidroklimatoloji Fiziksel Tıp Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 09 Temmuz 2009/27283

- Özürlü Bireylere Uygulanacak Destek Eğitim Programları ve Eğitim Giderlerinin Karşılmasına Dair Yönetmelik
- Gelişmekte Olan Spor Branşları Federasyonu Rafting Hakem Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Gelişmekte Olan Spor Branşları Federasyonu Korfbol Hakem Yönetmeliği
- Ankara Üniversitesi Psikiyatrik Kriz Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çukurova Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Teknoloji Geliştirme Bölgesinde Görevlendirme ve Şirket Kurabilmelerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Gelişim Meslek Yüksekokulu Ana Yönetmeliği

RG 10 Temmuz 2009/27284

- Dış Ticaret Müsteşarlığı Personelinin Yurt Dışı Sürekli Göreve Atanmasına İlişkin Yönetmelik
- Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi Başkanlığı Merkez ve Taşra Teşkilatında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Tehlikeli Maddelerin Karayoluyla Taşınması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Aydınlatma Yönetmeliği
- Elektrik Piyasası Dağıtım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Festival ve Benzeri Hizmetler Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Genel Sekreterlik Basım ve Yayın Müdürlüğü Ofset Tesislerinin Kurum Dışı Hizmetlerinde Uygulanacak Satım, Alım, Yapım ve İhale Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Temmuz 2009/27285

- Nükleer ve Radyolojik Tehlike Durumu Ulusal Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fazla veya Yersiz Ödemelerin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 12 Temmuz 2009/27286

- Motorlu Araçlar ve Römorklarının Isıtma Sistemleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde (2001/56/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Motorlu Araçların ve Römorklarının Arka Tescil Plakasının Takıldığı ve Sabitlendiği Alan ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde (70/222/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Motorlu Araçların ve Römorklarının Yönlendirme (Direksiyon) Tertibatı ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde (70/311/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Motorlu Araçların ve Römorklarının Kapılarının Özelliklerine İlişkin Tip Onayı Yönetmeliğinde (70/387/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Motorlu Araçların İzinsiz Kullanıma Karşı Koruma Cihazları ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde (74/61/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Motorlu Araçların İç Donanımları (Bir Çarpma Halinde Direksiyon Mekanizmasının Davranışı) ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde (74/297/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Motorlu Araçların İç Donanımı (Kumanda, İkaz ve Göstergelerin Tanımı) ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde (78/316/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Motorlu Araçlar ve Römorklarının Belirli Sınıflarına Ait Paçalık Sistemleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde (91/226/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Motorlu Araçlar ve Römorklarının Emniyet Camları ve Cam Malzemeleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde (92/22/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Motorlu Araçlar ve Römorklarının Lastikleri ve Bu Lastiklerin Takılması ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde (92/23/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- N Sınıfı Motorlu Araçların Kabin Arka Panelinin Önündeki Dış Çıktılar ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde (92/114/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Motorlu Araçların Yandan Çarpma Halinde Araçta Bulunan Kişilerin Korunması ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde (96/27/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Temmuz 2009/27287

- Düzce Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Diploma, Diploma Eki, Diploma Defteri, Mezuniyet Belgesi ile Diğer Belgelerin Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Temmuz 2009/27288

- Kaymakam Adayları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Aydın Üniversitesi Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İstanbul Aydın Üniversitesi Uzaktan Eğitim Programları Uygulama, Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 15 Temmuz 2009/27289

2009/15203 Fındık Üretiminin Planlanması ve Dikim Alanlarının Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

- Subay Sicil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Astsubay Sicil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu İdarelerince Hazırlanacak Performans Programları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Beykoz Lojistik Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 16 Temmuz 2009/27290

- Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu Öğretmen Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Jeofizik Mühendisleri Odası Serbest Müşavirlik Mühendislik Hizmetleri, Büro Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniv.ersitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 17 Temmuz 2009/27291

- Diyanet İşleri Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telsiz Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Meteoroloji Meslek Lisesi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Telsiz İşlemlerine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Marmara Üniversitesi Çift Diplomaya Yönelik Uluslararası Ortak Programlar Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 18 Temmuz 2009/27292

2009/15153 Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği

- Telsiz Çağrı Cihazları ve Halk Bandı Telsiz Cihazlarının Kurma ve Kullanma Esasları Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Telsiz Sistemleri Yönetmeliği

RG 19 Temmuz 2009/27293

- Batı Balkan Menşe Kümülyasyon Sistemi Kapsamı Ticarete Eşyanın Tercihli Menşenin Tespiti Hakkında Yönetmelik
- İki Taraflı Menşe Kümülyasyon Sistemi Kapsamı Ticarete Eşyanın Tercihli Menşenin Tespiti Hakkında Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Sağlık Hizmetleri Meslek Yüksekokulu Ön Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Piri Reis Üniversitesi İngilizce Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 20 Temmuz 2009/27294

- İzmir Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Temmuz 2009/27295

- Sosyal Güvenlik Kurumuna Yapılan Sigortalı ve İşyeri Bildirimlerinin Bazı Kurumlara Yapılması Gereken Bildirimler Yerine Geçmesine Dair Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Elektrik Piyasası İthalat ve İhracat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fırat Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fırat Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Batman Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 22 Temmuz 2009/27296

- Merkezi Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sözleşmeli Sağlık Personeli Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Cumhuriyet Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yeditepe Üniversitesi Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Temmuz 2009/27297

- Eczaneler ve Eczane Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Meslek Liseleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Meslek Liselerinde Görevli Stajiyer Öğretmenlerin Yetiştirilmelerine ve Stajiyerliklerinin Kaldırılmasına Dair Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığına Bağlı Okullarda Okutulacak Ders Kitapları ile Eğitim Araçları Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumlarını Hizmete Açma, Kapatma ve Bunlara Ad Verme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslek Liseleri Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığı Anadolu Sağlık Meslek Liseleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi Başkanlığı Merkez ve Taşra Teşkilatında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu AR-GE Projeleri İhale Yönetmeliği
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunda Memur Statüsünde İstihdam Edilen Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Atatürk Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Cumhuriyet Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

DÜZELTME: (21/7/2009 tarihli ve 27295 sayılı Resmî Gazete’de Yayımlanan, Sosyal Güvenlik Kurumuna Yapılan Sigortalı ve İşyeri Bildirimlerinin Bazı Kurumlara Yapılması Gereken Bildirimler Yerine Geçmesine Dair Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile İlgili)

RG 24 Temmuz 2009/27298

2009/15212 Deniz Turizmi Yönetmeliği

- Türk Silahlı Kuvvetleri Çevre Denetimi Yönetmeliği
- Zirai Karantina Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı İnsan Kaynakları Yönetmeliği
- Ağrı İbrahim Çeçen Üniversitesi Ön Lisans ve Lisan Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Çift Ana Dal, Yan Dal ve Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Temmuz 2009/27299

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Çocuk Evleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- İstanbul Bilgi Üniversitesi Kredili Sistem Lisans ve Önlisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

DÜZELTME 21/7/2009 Tarihli ve 27295 Sayılı Resmî Gazete’de Yayımlanan Elektrik Piyasası İthalat ve İhracat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile İlgili

RG 26 Temmuz 2009/27300

- Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı İç Denetim Yönetmeliği
- Giresun Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Giresun Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Aydın Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim, Sınav, Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Sağlık Yüksekokulları Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Yönetmeliği
- Ondokuzmayıs Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Temmuz 2009/27301

- Hacettepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Temmuz 2009/27302

- Ardahan Üniversitesi Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Bilgisayar Bilimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gümüşhane Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Hitit Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Siirt Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Temmuz 2009/27303

- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sualtı Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Haliç Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık, Yabancı Dil Destek ve Yabancı Dil Tamamlama Programları Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Yeditepe Üniversitesi Döner Sermaye Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Temmuz 2009/27304

2009/15245 Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Ulaştırma Bakanlığı Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Hizmetlerine Katılımın Sağlanması ve Katkıda Bulunanların Onurlandırılmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telgraf Hizmetleri Yönetmeliği
- Balıkesir Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Bayburt Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Kırıkkale Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yalova Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 31 Temmuz 2009/27305

2009/15169 Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik

- Bürokrasinin Azaltılması ve İşlemlerin Basitleştirilmesine Yönelik Başbakanlık, Bakanlıklar ile Bazı Bağlı ve İlgili Kuruluşlara Ait 170 Adet Yönetmelik

RG 01 Ağustos 2009/27306

- Subay ve Astsubay Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İller Bankası Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Borsa Dışı Teşkilatlanmış Menkul Kıymetler Piyasalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fatih Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fatih Üniversitesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Ağustos 2009/27307

- İcra Müdür ve Yardımcılarının Sınav, Mülakat, Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Kalkınma Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Iğdır Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Mardin Artuklu Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 03 Ağustos 2009/27308

- Kalkınma Ajansları Denetim Yönetmeliği
- Orman Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ege Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi (EGESEM) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Klinik Mühendisliği Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Haliç Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Siirt Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Gümüşhane Üniversitesi Çift Ana Dal Lisans ve Yan Dal Yönetmeliği

RG 05 Ağustos 2009/27310

- İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İnönü Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Ağustos 2009/27311

- Gülhane Askerî Tıp Akademisi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik
- Hayvancılık İşletmelerinin Kuruluş, Çalışma, Denetleme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Geçici Danışma Kurulları Yönetmeliği
- Tütün Mamullerinin Zararlarından Korumaya Yönelik Üretim Şekline, Etiketlenmesine ve Denetlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Biyolojik Kaynaklar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 07 Ağustos 2009/27312

- Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim

Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Gelirlerinin Tarh, Tebligat, Tahakkuk, Tahsilât Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Kadir Has Üniversitesi Lisans ve Önlisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Ağustos 2009/27313

- Anadolu Tapu ve Kadastro Meslek Lisesi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Ahi Evran Üniversitesi Çevre Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 09 Ağustos 2009/27314

2009/15188 Kamu Kurum ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

RG 10 Ağustos 2009/27315

- Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu Kapsamındaki Kültür Varlıklarının Rölöve, Restorasyon, Restitüsyon Projeleri, Sokak Sağlıklaştırma, Çevre Düzenleme Projeleri ve Bunların Uygulamaları ile Değerlendirme, Muhafaza, Nakil İşleri ve Kazı Çalışmalarına İlişkin Mal ve Hizmet Alımlarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Ağustos 2009/27316

- Özürlü Bireylere Uygulanacak Destek Eğitim Programları ve Eğitim Giderlerinin Karşılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü Kadrolu Personel Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Denetim Komisyonu Başkan ve Üyelerine İkramiye Ödenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Sigorta İşleri Yönetmeliği

RG 12 Ağustos 2009/27317

- Milli Eğitim Bakanlığı Denklik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Taşra Teşkilatı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ege Üniversitesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Ege Üniversitesi Hiv/Aids Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Ege Üniversitesi Gözlemevi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kırıkkale Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rize Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliği

RG 13 Ağustos 2009/27318

- Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirmelerine İlişkin Yönetmelik
- Bingöl Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 14 Ağustos 2009/27319

- Tarım Meslek Liseleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Asansör Yönetmeliğinde (95/16/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Jeofizik Mühendisleri Odası Serbest Müşavirlik Mühendislik Hizmetleri, Büro Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Uzaktan Eğitim Meslek Yüksekokulu Ön Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Ankara Üniversitesi Güneydoğu Avrupa Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Hazırlık Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

* Bkz. Ekler.

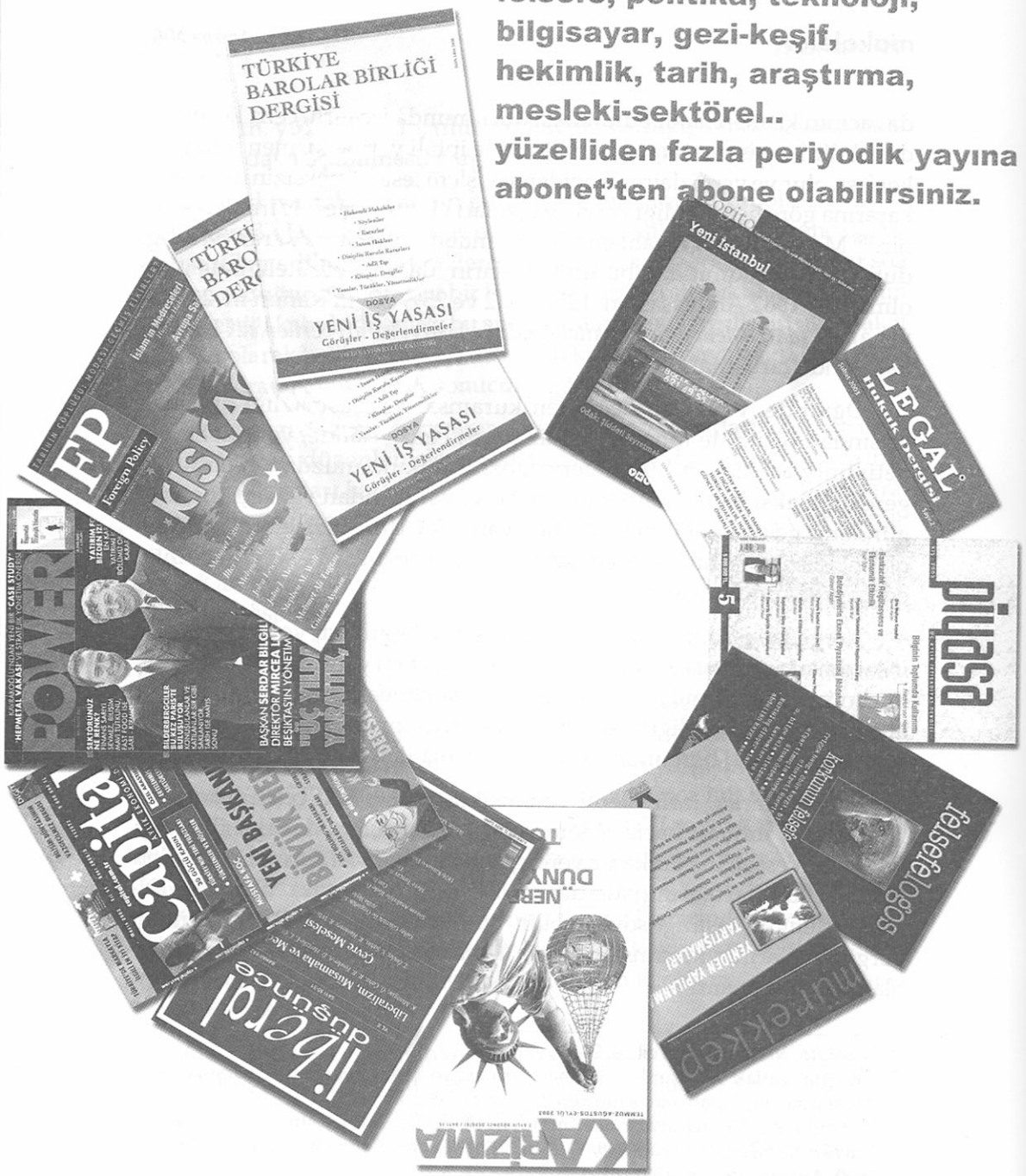
yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Kültür Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği
- Ordu Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Önlisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Rize Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi Meram ve Selçuklu Tıp Fakülteleri Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uşak Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 15 Ağustos 2009/27320

- Millî Eğitim Bakanlığı Eğitim Teknolojileri Genel Müdürlüğü Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uzman Yardımcılığı Giriş ve Yeterlik Sınavları ile Uzmanlığa Atanma, Yetiştirilme, Görev, Yetki ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kaçak Petrolün Tespit ve Tasfiyesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Su Yapıları Denetim Hizmetleri Yönetmeliği

felsefe, politika, teknoloji,
bilgisayar, gezi-keşif,
hekimlik, tarih, araştırma,
mesleki-sektörel..
yüzelliden fazla periyodik yayına
abonet'ten abone olabilirsiniz.



abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net

K A N U N L A R

GELİR VERGİSİ KANUNU VE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN

Kanun No.

Kabul Tarihi: 16/6/2009

MADDE 1 – 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 25 inci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan “ve işsizlik sebepleriyle verilen tazminat” ibaresi “ve işsizlik sebepleriyle (işe başlatmama tazminatı dahil) verilen tazminat” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 2 – 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 32 nci maddesinin dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Ücretlerin vergilendirilmesinde asgari geçim indirimi uygulandıktan sonra, varsa teşvik amaçlı diğer indirim ve istisnalar dikkate alınır.”

MADDE 3 – 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 89 uncu maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.

“11. İktisadi işletmeleri hariç, Türkiye Kızılay Derneğine makbuz karşılığı yapılan nakdi bağış ve yardımların tamamı.”

MADDE 4 – 193 sayılı Gelir

Vergisi Kanununa aşağıdaki geçici maddeler eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 76 – 10/2/2005 tarihli ve 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu kapsamında düzenlenen ürün senetlerinin elden çıkarılmasından doğan kazançlar, 31/12/2014 tarihine kadar gelir ve kurumlar vergisinden müstesnadır.

İstisna edilen bu kazançlar üzerinden 94 üncü madde kapsamında tevkifat yapılmaz. Münhasıran bu kazançlar için gelir vergisi mükelleflerince yıllık beyanname verilmez, bu kazançlar verilecek beyanname-lere dahil edilmez.”

“GEÇİCİ MADDE 77 – Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemlerle ilgili olarak 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesi uyarınca işverenlerce işçiye ödenen işe başlatmama tazminatları, damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz. Anılan dönemlere ilişkin işe başlatmama tazminatı gelir vergisi tevkifatına tabi tutulan mükelleflerin; tarha yetkili vergi dairelerine başvurmaları ve dava açmama-ları, açılmış davalardan vazgeçmeleri şartıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanununun düzeltmeye ilişkin hükümleri uyarınca tahsil edilen gelir vergisinin red ve iade işlemleri yapılır.

Bu maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye

Bakanlığı yetkilidir.”

MADDE 5 – 13/6/2006 tarihli ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.

“f) İktisadi işletmeleri hariç, Türkiye Kızılay Derneğine makbuz karşılığı yapılan nakdi bağış veya yardımların tamamı.”

MADDE 6 – 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 17 nci maddesinin sekizinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve mevcut dokuzuncu fıkradan onuncu fıkraya olarak teselsül ettirilmiştir.

“(9) Tasfiye edilerek tüzel kişiliği ticaret sicilinden silinmiş olan mükelleflerin tasfiye öncesi ve tasfiye dönemlerine ilişkin olarak salınacak her türlü vergi tarhiyatı ve kesilecek cezalar, müteselsilen sorumlu olmak üzere; tasfiye öncesi dönemler için kanuni temsilcilerden, tasfiye dönemi için ise tasfiye memurlarından herhangi biri adına yapılır. Limited şirket ortakları, tasfiye öncesi dönemlerle ilgili bu kapsamda doğacak amme alacaklarından şirkete koydukları sermaye hisseleri oranında sorumlu olurlar. Şu kadar ki, bu fıkra uyarınca tasfiye memurlarının sorumluluğu, tasfiye sonucu dağıtılan tutarla sınırlıdır.”

MADDE 7 – 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununa aşağıdaki geçici

ci maddeler eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 5 – (1) Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin bu madde kapsamında 31/12/2009 tarihine kadar yapılan birleşmelerinde;

a) Birleşilen kurum tarafından münfesihi kurumun birleşme tarihindeki sabit kıymetlerinin rayiç bedelle, diğer kıymetlerinin ise 213 sayılı Vergi Usul Kanununun değerlendirme hükümlerine göre değerlemek suretiyle bir bütün halinde devralınması ve bilançosuna kaydedilmesi,

b) Birleşmeden doğan kazançların tamamının birleşme tarihi itibarıyla birleşilen şirketin sermayesine eklenmesi,

c) Birleşilen kurumun, münfesihi kurumun tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer ödevlerini yerine getireceğini; münfesihi kurumun, birleşmenin Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde birleşme nedeniyle vereceği kurumlar vergisi beyannamesine ekli bir taahhütnameyle taahhüt etmesi,

ç) Birleşme sonrasında üç yıl süreyle aylık ortalama bazda birleşilen kurum ile münfesihi kurum tarafından, 1/4/2009 tarihinden önce verilen son aya ilişkin sigorta bildirgelerine göre istihdam edilenlerin toplamından az olmamak üzere aylık istihdam sağlanması,

şartlarıyla birleşme işlemlerinden

doğan kazançlar, kurumlar vergisinden müstesnadır.

(2) Birleşme nedeniyle infisah eden kurumun, birleşme tarihinde sona eren hesap döneminde elde ettiği kazançları ilebirleşilen kurumun birleşme işleminin gerçekleştiği hesap dönemi dahil olmak üzere, üç hesap döneminde elde ettiği kazançlara,onbirinci fıkraya göre belirlenen indirimli kurumlar vergisi uygulanır.

(3) Bu maddenin uygulanmasında;

a) Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletme (KOBİ): 29/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde kurulmuş olup 2008 yılının Aralık ayına ilişkin olarak verilen sigorta bildirgesine göre 10 ila 250 işçi çalıştıran ve 2008 hesap döneminin sonu itibarıyla yıllık net satışlar toplamı 25 milyon Türk Lirasını geçmeyen veya aktif toplamı 25 milyon Türk Lirasından az olan ticari işletmeleri,

b) Birleşme: Tam mükellef iki veya daha fazla KOBİ'nin 18 inci madde uyarınca birleşerek yeni bir anonim şirket oluşturmalarını ya da tam mükellef bir veya birkaç KOBİ'nin tam mükellef olan ve anonim şirket statüsündeki diğer bir KOBİ'ye devrolunmasını,

ifade eder.

(4) Birleşilen kurumun; indirimli kurumlar vergisi uygulamasının sona erdiği yılı izleyen üçüncü yılın sonuna kadar, bu Kanunun 18 inci ve 19 uncu maddelerine göre birleşme, devir, bölünme ve hisse değişimi işlemlerine tabi tutulması (31/12/2009tarihine kadar KOBİ'lerin kendi aralarında yapacakları hariç) ile tasfiye edilmesi veya sermaye azaltımında bulunması halinde, birleşmeden dolayı istisna edilen ya da indirimli oran uygulaması nedeniyle zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergiler, gecikme faizi ile birlikte birleşilen kurumdan tahsil edilir.

(5) Bu madde uyarınca birleşen kurumların birleşme tarihi itibarıyla öz sermaye tutarını geçmeyen zararları, 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen şartlarla kurumlar vergisi matrahının tespitinde indirim konusu yapılabilir.

(6) Müfeseh kurumdan devralınan amortisman tabi iktisadi kıymetler için, faydalı ömürleri dikkate alınarak müfeseh kurumdaki kayıtlı değerleri üzerinden kalan süre için amortisman ayrılabilir.

(7) Birleşilen kurum tarafından devralınan varlıkların, devir bedelinden düşük bir bedelle satılması durumunda oluşan zararlar, birleşilen kurumun kurumlar vergisi matrahının tespitinde indirim konusu yapılamaz.

(8) Birleşme suretiyle devralınan taşınmazlar, iştirak hisseleri, kurucu

senetleri ve intifa senetleri ile rüçhan haklarının bu maddeye göre indirimli kurumlar vergisi uygulanan hesap dönemlerinde satışı halinde 5 inci maddenin birinci fıkrasının (e) bendi hükmü uygulanmaz.

(9) KOBİ tanımı kapsamına giren gelir vergisi mükellefleri, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 81 inci maddesinde aranan şartları (değerleme hükümleri hariç) sağlamaları kaydıyla, bu madde hükümlerinden yararlanır.

(10) Bu maddeye göre yapılan birleşmeler, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu bakımından, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 81 inci maddesinde belirtilen işlemler ile bu Kanuna göre yapılan devir ve bölünme işlemleri gibi değerlendirilir.

(11) Bakanlar Kurulu, bu maddeden yararlanan işletmeler için kurumlar vergisi oranını, % 75'e kadar indirimli uygulamaya; Maliye Bakanlığı bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

GEÇİCİ MADDE 6 – (1) Kanununun 17 nci maddesinin dokuzuncu fıkrası hükümleri, bu geçici maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılan her türlü vergi tarhiyatı ve kesilen cezalar hakkında uygulanmaz.

GEÇİCİ MADDE 7 – (1) Kanunun geçici 5 inci maddesinin üçün-

cü fıkrasının (b) bendindeki anonim şirket ifadeleri, 31/12/2009 tarihine kadar anılan madde kapsamında yapılan birleşmelerde sermaye şirketi olarak dikkate alınır.”

MADDE 8 – 25/10/1984 tarihli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 1 inci maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinin (d) alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“d) Müzayede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışlar ile 10/2/2005 tarihli ve 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanununa göre düzenlenen ürün senetlerinin, senedin temsil ettiği ürünü depodan çekecek olanlara teslimi,”

MADDE 9 – 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 9 uncu maddesinin sonuna aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“3. 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanununa göre düzenlenen ürün senetlerinin, senedin temsil ettiği ürünü depodan çekecek olanlara teslimine ait katma değer vergisinin ödenmesinden lisanslı depo işletmecileri sorumludur.”

MADDE 10 – 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.

“k) 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanununa göre düzenlenen ürün senetlerinin temsil

ettiği ürünlerin depodan çekilmesi.”

MADDE 11 – 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine ikinci paragraftan sonra gelmek üzere, aşağıdaki paragraf eklenmiştir.

“14/7/2004 tarihli ve 5224 sayılı Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun kapsamında Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından onaylanan sinematografik eserlere ilişkin yabancı yapımcılar tarafından satın alınacak 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 232 nci maddesinde yer alan ve ilgili yılda uygulanmakta olan haddin üzerindeki mal ve hizmetler nedeniyle ödenen katma değer vergisi yapımcılara iade olunur.”

MADDE 12 – 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bentler eklenmiştir.

“g) 6/6/2002 tarihli ve 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununa ekli (II) sayılı listede yer alan malların, Başbakanlık merkez teşkilatına teslimi,

ğ) 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanununa göre düzenlenen ürün senetlerinin, ürün ihtisas borsaları ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığından ürün senedi alım-satımı konusunda izin alan ticaret borsaları

aracılığıyla ilk teslimi.”

MADDE 13 – 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 17 nci maddesinin:

a) İkinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “özel okullar tarafından ilgili dönemdeki kapasitelerinin % 10’unu” ibaresi “özel okullarca bedelsiz verilen eğitim, öğretim hizmetlerinde ilgili dönemdeki kapasitelerinin % 10’unu, 24/3/1950 tarihli ve 5661 sayılı Yüksek Öğrenim Öğrenci Yurtları ve Aşevleri Hakkındaki Kanuna Ek Kanun ile 30/4/1992 tarihli ve 3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun hükümlerine göre kurulan öğrenci yurtları tarafından bedelsiz verilen yurt hizmetlerinde ilgili dönemdeki kapasitelerinin % 10’unu,” şeklinde değiştirilmiştir.

b) Dördüncü fıkrasının (k) bendinde yer alan “ile konut yapı kooperatiflerinin üyelerine konut teslimleri” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

MADDE 14 – 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 17 nci maddesinin dördüncü fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.

“t) 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu kapsamında düzenlenen ürün senetlerinin, 1 inci maddenin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinin (d) alt bendi ile 13 üncü maddenin birinci fıkrasının

(ğ) bendinde belirtilen işlemler hariç olmak üzere, ürün ihtisas borsaları ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığında ürün senedi alım-satımı konusunda izin alan ticaret borsaları aracılığıyla teslimleri (Bu kapsamda vergiden istisna edilen işlemler bakımından 30 uncu maddenin birinci fıkrasının (a) bendi hükmü uygulanmaz.)”

MADDE 15 – 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 23 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“d) Gümrük depolarında ve müzayede mahallerinde yapılan satışlarda kesin satış bedeli ile 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu kapsamında düzenlenen ürün senetlerinin, senedin temsil ettiği ürünü depodan çekecek olanlara tesliminde, senedin en son işlem görüldüğü borsada oluşan değeri.”

MADDE 16 – 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununa aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 28 – (1) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce bina inşaat ruhsatı almış olan konut yapı kooperatiflerince, üyelerine yapılan konut teslimleri katma değer vergisinden müstesnadır.”

MADDE 17 – 6/6/2002 tarihli ve 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun Eki (I) sayılı listesinin (B) cetveline, bu Kanuna ekli (1) sa-

yılı cetvelde yer alan G.T.İ.P. numaralı mal, vergi tutarı ile birlikte eklenmiştir.

MADDE 18 – 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 7 nci maddesinin (3) numaralı fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“3. a) (II) sayılı listede yer alan mallardan; uçak ve helikopterlerin Türk Hava Kurumu tarafından ilk iktisabı,

b) (II) sayılı listede yer alan malların, Başbakanlık merkez teşkilatı tarafından ilk iktisabı,”

MADDE 19 – 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununa aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 6 – 31/12/2013 tarihine kadar, bu Kanuna ekli (IV) sayılı listede yer alan 8517.12.00.00.11G.T.İ.P. numaralı malların karşısında gösterilen orana göre hesaplanan verginin, bu malların her bir adedi için 40 Türk Lirasından az olması halinde, orana göre hesaplanan vergi yerine her bir adet için 40 Türk Lirası vergi alınır. Bakanlar Kurulu bu tutarı sifra kadar indirmeye, üç katına kadar artırmaya yetkilidir.”

MADDE 20 – 1/7/1964 tarihli ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa ekli (2) sayılı tablonun “IV- Ticari ve medeni işlemlerle ilgili kağıtlar” başlıklı bölümüne aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“40. 10/2/2005 tarihli ve 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu çerçevesinde, müdi ile lisanslı depo işletmesi arasında düzenlenen mukavelenameler ve ürün senedi.”

MADDE 21 – 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 72 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “tapu sicil müdürü veya tevkil edeceği bir memur ve ticaret odasınınca seçilmiş bir üye” ibaresi “defterdarın, vergi dairesi başkanlığı bulunan yerlerde ise vergi dairesi başkanının görevlendireceği iki memur, tapu sicil müdürü veya tevkil edeceği bir memur ve ticaret odasınınca seçilmiş bir üye (ilgili olduğu arsalarla ilişkin takdir komisyonlarına organize sanayi bölgesini temsilen bir üye)” şeklinde ve dördüncü fıkrasının ikinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Takdir komisyonlarının kurulacağı yerler ile bu madde uyarınca kurulan komisyonların çalışma usul ve esaslarını belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

MADDE 22 – 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 355 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “100.000.000 lira”, “50.000.000 lira” ve “25.000.000 lira” ibareleri sırasıyla “1.000 Türk Lirası”, “500 Türk Lirası” ve “250 Türk Lirası” şeklinde değiştirilmiş, ikinci fıkrasının sonuna aşağıdaki cümle ve mad-

denin sonuna aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“Ancak, bu ödevlerin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığınca yapılan düzenleyici idari işlemlerle duyurulması halinde, ilgililere ayrıca yazılı olarak bildirilme şartı aranmaz.”

“Elektronik ortamda verilme zorunluluğu getirilen bildirim veya formlara ilişkin olarak süresinden sonra düzeltme amacıyla verilen bildirim ve formların, belirlenen sürelerin sonundan itibaren 10 gün içinde verilmesi halinde özel usulsüzlük cezası kesilmez, takip eden 15 gün içinde verilmesi halinde ise kesilmesi gereken özel usulsüzlük cezası 1/2 oranında uygulanır.

Elektronik ortamda beyanname ile bildirim ve form verme mecburiyetine uymayanlara bu maddeye göre ceza kesilmesi halinde, 352 nci maddenin birinci derece usulsüzlüklerle ilgili (1) numaralı bendi ile ikinci derece usulsüzlüklerle ilgili (7) numaralı bendi uyarınca ayrıca ceza kesilmez.”

MADDE 23 – 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 359 uncu maddesinin (a) fıkrasında yer alan “bir yıldan” ibaresi “on sekiz aydan” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 24 – 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun

77 ncimaddesinin sonuna aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Resmi sicile kayıtlı olan menkul malların haczi, sicillerine işlenmek üzere sicilin tutulduğu daireye tebliğ edilmek suretiyle de yapılır. Tahsil dairelerince düzenlenen haciz bildirimleri, alacaklı tahsil dairelerince ya da alacaklı amme idaresi vasıtasıyla, posta yerine elektronik ortamda tebliğ edilebilir ve bu tebliğata elektronik ortamda cevap verilebilir. Elektronik ortamda yapılacak tebliğe ve cevapların elektronik ortamda verilebilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

MADDE 25 – 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 88 inci maddesinin birinci fıkrasının sonuna aşağıdaki cümleler eklenmiştir.

“Tahsil dairelerince düzenlenen haciz bildirimleri, alacaklı tahsil dairelerince ya da alacaklı amme idaresi vasıtasıyla, posta yerine elektronik ortamda tebliğ edilebilir ve bu tebliğatlara elektronik ortamda cevap verilebilir. Elektronik ortamda yapılacak tebliğe ve cevapların elektronik ortamda verilebilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

MADDE 26 – 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanununun 5

inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(1) İlgili kurum ve kuruluşların bir takvim yılı içindeki her türlü yatırım ve işletme giderlerinin toplamı, aynı dönemde elde ettikleri hasılat ve her ne ad altında olursa olsun elde ettikleri diğer gelirler toplamının % 20’sini geçemez. Şans oyunlarının lisans veya işletim hakkının devri halinde, lisans veya işletim hakkını devreden ve devralan kurum ve kuruluşların payları, at yarışları hasılatından yarış müessesesine aktarılan müessesese payı ve Tarım ve Köyşleri Bakanlığı emrine açılan özel hesaba aktarılan tutarlar ile Spor Toto Teşkilat Başkanlığınca oynatılan şans oyunları hasılatından Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne, federasyonlara, spor kulüplerine ve sporculara isim hakkı olarak aktarılan tutarlar bu orana dahildir.”

MADDE 27 – 28/2/2008 tarihli ve 5746 sayılı Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanununun 2 nci maddesinin birinci fıkrasına (g) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki bent eklenmiş ve mevcut (ğ) bendi (h) bendi olarak teselsül ettirilmiştir.

“(ğ) Kamu personeli: 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun eki (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerinde, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara

bağlı kuruluşlarda, üyelerinin tamamı köylerden oluşan birlikler dışındaki mahalli idare birliklerinde, döner sermayeli kuruluşlarda, kanunla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıkları ile 5018 sayılı Kanun kapsamı dışındaki özel bütçeli kamu idarelerinde çalışan memurlar ile diğer kamu görevlilerini ve diğer personeli (Bu kamu görevlilerinin ilgili mevzuat kapsamında sahip oldukları özlük haklarına sahip olmayanlardan geçici olarak ve proje süresiyle sınırlı olarak istihdam edilenler bu Kanun uygulamasında kamu personeli sayılmaz.)”

MADDE 28 – 5746 sayılı Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde, ikinci, üçüncü ve yedinci fıkralarında yer alan “kanunla kurulan vakıflar” ibareleri, “kanunla kurulan veya teknoloji geliştirme projesi anlaşmaları kapsamında uluslararası kurumlardan ya da kamu kurum ve kuruluşlarından Ar-Ge projelerini desteklemek amacıyla fon veya kredi kullanan vakıflar” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 29 – 11/7/1972 tarihli ve 1606 sayılı Bazı Dernek ve Kurumların Bazı Vergilerden, Bütün Harç ve Resimlerden Muaf Tutulmasına İlişkin Kanunun 1 inci maddesinin birinci fıkrasının sonuna aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Bu muafiyetlerin, Türkiye Kıızılay Derneğinin 11/4/2007 tarihli ve 5624 sayılı Kanuna göre yürüttüğü faaliyetleri hariç olmak üzere, bu kuruluşlara ait iktisadi işletmelere şumulü yoktur.”

MADDE 30 – 29/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 404 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“13/6/2006 tarihli ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 19 uncu maddesine göre yapılacak bölünmelerde bu hüküm uygulanmaz.”

MADDE 31 – 8/6/1959 tarihli ve 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanununun:

a) 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan “yarışma ve çekilişlerde kazanılan ikramiyelerin” ibaresi “yarışma ve çekilişler ile 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunda tanımlanan şans oyunlarında kazanılan ikramiyelerin” şeklinde değiştirilmiştir.

b) 7 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “futbol müsabakaları ve at yarışları üzerine müşterek bahis düzenleyenler” ibaresi “5602 sayılı Kanun kapsamında şans oyunları düzenleyen ilgili kurum ve kuruluşlar” şeklinde değiştirilmiştir.

c) 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinde yer

alan “futbol müsabakalarına ve at yarışlarına ait müşterek bahislerde” ibaresi “5602 sayılı Kanunda tanımlanan şans oyunlarında” şeklinde değiştirilmiştir.

ç) 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “Futbol müsabakalarına ve at yarışlarına ait müşterek bahislerle” ibaresi “5602 sayılı Kanunda tanımlanan şans oyunları ile” şeklinde değiştirilmiştir.

d) 19 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan “futbol müsabakalarına ve at yarışlarına ait müşterek bahisler” ibaresi “5602 sayılı Kanunda tanımlanan şans oyunları” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 32 – 29/7/1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 16 ncı maddesinde yer alan “250.000.000 lirası” ibaresi “10.000 Türk Lirası” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 33 – 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 29 uncu maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Vergi değerinin hesabında bin liraya, verginin hesaplanmasında ise bir liraya kadar olan kesirler dikkate alınmaz.”

MADDE 34 – 13/7/1956 tarihli ve 6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun 39 uncu maddesinin;

1) Birinci fıkrasında yer alan “Telekomünikasyon Kurumuyla görev

veya imtiyaz sözleşmesi imzalamak veya bu Kurumdan ruhsat veya genel izin almak suretiyle telekomünikasyon alt yapısı kurup işleten veya telekomünikasyon hizmeti sunan işletmecilerin” ibaresi “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuyla görev veya imtiyaz sözleşmesi imzalamak suretiyle veya 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu uyarınca bu Kuruma bildirim yapılması veya bu Kurumca kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirilen veya yetkilendirilmiş sayılan işletmecilerin”,

2) Birinci fıkrasının (a) ve (d) bentleri ile dördüncü fıkrasında yer alan “telekomünikasyon” ibareleri “elektronik haberleşme”; beşinci fıkrasında yer alan “Telekomünikasyon işletmecilerinin; imtiyaz veya görev sözleşmeleri, ruhsatlar veya genel izinler uyarınca” ibaresi “İlgili mevzuatına göre yetkilendirilen elektronik haberleşme işletmecilerinin,” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 35 – 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 168 inci maddesinin ikinci fıkrasına, birinci cümlesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Şu kadar ki hazırlanan tarifede; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkın-

da Kanunun uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarı maktu olarak belirlenir.”

MADDE 36 – 4/12/1984 tarihli ve 3093 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanununun 4 üncü maddesinin (a) fıkrasında yer alan “Aşağıdaki cihazları imal veya ithal edenler satış sırasında, fabrika çıkış fiyatı veya ithal maliyeti üzerinden bir defaya mahsus olmak üzere,” ibaresi “Aşağıdaki cihazları imal edenler cihazın satış faturasındaki (özel tüketim vergisi hariç) Katma Değer Vergisi matrahı, ithal edenler ise Gümrük Giriş Beyannamesindeki (özel tüketim vergisi hariç) Katma Değer Vergisi matrahı üzerinden bir defaya mahsus olmak üzere;” şeklinde ve aynı maddenin (d) fıkrası ise “Bu maddede belirtilen oranları topluca veya ayrı ayrı iki katına kadar artırmaya veya kanuni oranı sifıra kadar indirmeye, (a) fıkrasının 6 numaralı bendi kapsamında bandrole tabi olan cihazları türleri ve özellikleri itibarıyla gruplandırmaya ve her bir grup için farklı bandrol oranları belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir.” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 37 – 3093 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının sonuna aşağıdaki cümleler eklenmiştir.

“Tahakkuku müteakip tebliğ edi-

len para cezalarını ödemeyenler hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre işlem yapılır. Bu maddeye göre kesilecek idari para cezalarına karşı, ilgisine tebliğ tarihinden itibaren, bir ay içerisinde yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir.”

MADDE 38 – 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununun geçici 13 üncü maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“Bu fıkranın yürürlüğe girmesini müteakip, Birlik olağan genel kurulu toplanıncaya kadar, Kanunun, Birlik tarafından yönetmelikle düzenlenmesini öngördüğü konularda yönetmelikleri hazırlamaya ya da mevcut yönetmeliklerde değişiklik yapmaya Birlik Yönetim Kurulu yetkili olup, bunlar Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Resmi Gazetede yayımlanır. Bu düzenlemelerle ilgili olarak 33 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi uygulanmaz.

Birlik ve odaların 2010 yılı bütçesi, 2009 yılı bütçesi gelir ve giderleriyle birlikte yüzde ona kadar artırılmak suretiyle Birlik ve oda yönetimleri tarafından düzenlenir ve uygulanır.”

MADDE 39 – 1) 29/7/1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 4 üncü ve 14 üncü maddelerinde yer alan “Katma” ibareleri

“Özel” şeklinde değiştirilmiştir.

2) 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 56 ncı maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci cümlesinde yer alan “nakdi” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

3) 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 116 ncı maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

4) 13/10/1983 tarihli ve 2919 sayılı Kanunun ek 2 nci maddesinin dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

5) 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununun 19 uncu maddesinin birinci fıkrasının (f) bendindeki “Yıllık” ile 49 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki “12/4,” ibareleri madde metninden çıkarılmıştır.

GEÇİCİ MADDE 1 – Türkiye Kızılay Derneği adına kayıt ve tescilli olan motorlu taşıtlarla ilgili olarak 1/7/2008 tarihinden önce tahakkuk eden motorlu taşıtlar vergisi, bu vergiye ilişkin gecikme zammı, gecikme faizi ve vergi cezaları ile 11/7/1972 tarihli ve 1606 sayılı Bazı Dernek ve Kurumların Bazı Vergilerden, Bütün Harç ve Resimlerden Muaf Tutulmasına İlişkin Kanunun 1 inci maddesinde sayılan kurum ve

kuruluşların iktisadi işletmeleri adına 31/12/2008 tarihinden önceki vergilendirme dönemlerine ilişkin tahakkuk ettirilen kurumlar vergisi ile kurumlar vergisi ve geçici vergiye ilişkin gecikme zammı, gecikme faizi ve vergi cezalarının; bu alacaklarla ilgili olarak açılmış bulunan tüm davalar ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun geçici 67 nci maddesinin uygulanmasına yönelik açılmış tüm davalardan, bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen ikinci ayın sonuna kadar vazgeçilmesi şartıyla tahsilinden vazgeçilir. Madde kapsamına giren alacaklara ilişkin olarak tarhiyat yapılmaz ve yapılmış olan tarhiyatlar, maddede belirtilen şartların yerine getirilmesi koşuluyla terkin edilir. Madde kapsamında terkini gereken alacaklara karşılık, 31/12/2005 tarihinden sonraki vergilendirme dönemlerine ilişkin olarak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade edilir.

Davadan vazgeçme dilekçeleri bağlı bulunulan vergi dairesine verilir, bu dilekçelerin vergi dairesine verildiği tarih, ilgili yargı mercisine verildiği tarih sayılarak, dilekçeler ilgili yargı mercisine gönderilir. Bu madde hükmünden yararlanmak üzere başvuruda bulunan ve açtığı davalardan vazgeçen mükellefin 193 sayılı Kanunun geçici 67 nci maddesinin uygulanmasına yönelik ihtilaflara ilişkin daha önce verilmiş ve kanun yolu tüketilmemiş kararlar uyarınca, taraflara tebliğ edilip edil-

mediğine bakılmaksızın işlem yapılmaz. Madde hükmünden yararlanma başvurusu üzerine idarece de ihtilaflar devam ettirilmez ve bu davalarla ilgili olarak yargılama giderleri ve vekalet ücretine hükmedilmez.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.

GEÇİCİ MADDE 2 – (1) 13/6/2006 tarihli ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun;

a) 32/A maddesi kapsamında olup 31/12/2010 tarihine kadar başlayan yatırımlar için söz konusu maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde geçen “% 25” ve “% 45” oranları, sırasıyla “% 60” ve “% 70” olarak uygulanır. Aynı madde uyarınca, münhasıran Çanakkale ilinin Gökçeada ve Bozcaada ilçelerine il genelinden farklı bir gruplandırma yapmaya ve sektörel öncelik belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir.

b) Geçici 4 üncü maddesinin birinci fıkrasındaki “münhasıran” ibaresi, 31/12/2010 tarihine kadar “Bakanlar Kurulunca belirlenen illerde münhasıran” olarak uygulanır.

c) Geçici 5 inci maddesinin uygulamasına ilişkin olarak, birleşen veya birleşilen şirketlere anılan Kanunun 13 üncü maddesine göre ilişkili kişi sayılanlar tarafından istihdamın veya faaliyetin kaydırılması gibi sadece teşviklerden yararlan-

mak amacıyla yapılan işlemlerin bulunması halinde, anılan maddedeki teşviklerden yararlanılamaz.

(2) Elektrik dağıtım şirketlerinden 31/12/2008 tarihi itibarıyla hisselerinin tamamı kamuya ait olanların söz konusu tarihten önceki vergilendirme dönemlerine ilişkin olup bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar elektrik satışından doğan ve süresinde tahsil edilmemesi nedeniyle hesaplanan gecikme faizi ve/veya gecikme zammı alacaklarının tahsili beklenmeksizin dönem sonlarında tahakkuk ettirilmesi suretiyle yapılan her türlü vergi tarhiyatı ve buna ilişkin vergi cezaları ile gecikme faizleri ve gecikme zamları bu konuda herhangi bir ihtilaf yaratılmamak ve yaratılmış ihtilaflardan vazgeçilmek şartıyla terkin edilir, tahsil edilmiş ise red ve iade edilmez. Madde kapsamına giren dönemlere ilişkin olarak aynı gerekçeyle tarhiyat yapılmaz.

MADDE 40 – Bu Kanunun;

a) 2 nci maddesi 1/1/2009 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde,

b) 22 nci, 27 nci ve 28 inci maddeleri yayımını izleyen aybaşında,

c) 29 uncu maddesi 1/1/ 2010 tarihinde,

ç) 34 üncü maddesi 10/5/2009 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde,

d) Diğer hükümleri yayımı tarihinde,
yürürlüğe girer.

MADDE 41 – Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

2/7/2009

RG: 3/7/2009, Sayı 27277

**TÜRK CEZA KANUNU
İLE BAZI KANUNLARDA
DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA
DAİR KANUN**

Kanun No. 5918

Kabul Tarihi: 26/6/2009

MADDE 1 – 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 2 – 5237 sayılı Kanunun 55 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(3) Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir.”

MADDE 3 – 5237 sayılı Kanunun 165 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 165 – (1) Bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı veya diğer malvarlığı değerini, bu suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve onbingüne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

MADDE 4 – 5237 sayılı Kanunun 254 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(4) Bu madde hükümleri, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilere uygulanmaz.”

MADDE 5 – 5237 sayılı Kanunun 282 nci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, maddeye birinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir.

“(1) Alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkaran veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tâbi tutan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkradaki suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, bu suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bu özelliğini bilerek satın alan,

kabul eden, bulunduran veya kullanan kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

MADDE 6 – 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 3 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(2) Barış zamanında, asker olmayan kişilerin Askeri Ceza Kanununda veya diğer kanunlarda yer alan askerî mahkemelerin yargı yetkisine tabi bir suçta tek başına veya asker kişileriyle iştirâk halinde işlemesi durumunda asker olmayan kişilerin soruşturmaları Cumhuriyet savcılarını, kovuşturmaları adli yargı mahkemeleri tarafından yapılır.”

MADDE 7 – 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi aşağıdaki şekilde, maddenin üçüncü fıkrasının son cümlesinde geçen “hâli dahil” ibaresi ise “hâlinde” şeklinde değiştirilmiştir.

“a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı maddede imâl ve ticareti suç veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu,”

MADDE 8 – 5271 sayılı Kanunun 253 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.”

lanmaz.”

MADDE 9 – 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununa 43 üncü maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Tüzel kişilerin sorumluluğu

MADDE 43/A – (1) Daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından;

a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun;

1) 157 nci ve 158 inci maddelerinde tanımlanan dolandırıcılık suçunun,

2) 235 inci maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunun,

3) 236 ncı maddesinde tanımlanan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun,

4) 252 nci maddesinde tanımlanan rüşvet suçunun,

5) 282 nci maddesinde tanımlanan suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun,

b) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160 ncı maddesinde tanımlanan zimmet suçunun,

c) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan kaçakçılık suçlarının,

ç) 4/12/2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun Ek 5 inci maddesinde tanımlanan suçun,

d) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8 inci maddesinde tanımlanan terörün finansmanı suçunun,

tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye onbin Türk Lirasından ikimilyon Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(2) Bu madde hükümlerine göre idari para cezasına karar veremeye, birinci fıkrada sayılan suçlardan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkilidir.”

GEÇİCİ MADDE 1 – Bu Kanunla, 5271 sayılı Kanunun 3 üncü ve 250 nci maddesinde yapılan değişiklik hükümleri, yürürlüğe girdiği tarihte devam etmekte olan soruşturma ve kovuşturmalarda da uygulanır.

MADDE 10 – Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 11 – Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

8/7/2009

RG: 9 Temmuz 2009 / Sayı 27283

Y Ö N E T M E L İ K L E R

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ AVUKATLIK KANUNU YÖNETMELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK

MADDE 1 – 19/6/2002 tarihli ve 24790 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliğinin 2 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 2** – Bu Yönetmelik, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun uygulanmasına ilişkin usul ve esasları kapsar.

Ancak, 1136 sayılı Kanunun 55 inci maddesine dayanılarak çıkarılan Türkiye Barolar Birliği Reklâm Yasağı Yönetmeliğinde, 176 ila 181 inci maddelerine dayanılarak çıkarılan Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliğinde, 44 üncü maddesinin (B) bendine dayanılarak çıkarılan Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğinde, 27 ncimaddesine dayanılarak çıkarılan Türkiye Barolar Birliği Staj Kredi Yönetmeliğinde ve 23 üncü maddesine dayanılarak çıkarılan Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliğinde düzenlenen hususları kapsamaz.”

MADDE 2 – Aynı Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin birinci fıkrası

sı aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Avukatlık Kanununun 4 üncü maddesinde yazılı şartları haiz olanlar levhasına yazılmak üzere, diledikleri baroya başvurabilirler.”

MADDE 3 – Aynı Yönetmeliğin 5 inci maddesinin (c) bendinde yer alan “(c) ve (d) bentlerinde” ibaresi “(c) bendinde” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 4 – Aynı Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendi, 15 inci maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları, 51 inci maddesinin birinci fıkrasının (k) bendi ve 53 üncü maddesinin ikinci fıkrası ile 23 üncü maddesinin birinci fıkrasında geçen “yaşlılık sigortası” ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 5 – Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 6 – Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu yürütür.

RG: 27 Haziran 2009/Sayı 27271

**TÜRKİYE BAROLAR
BİRLİĞİ SOSYAL YARDIM
VE DAYANIŞMA FONU
YÖNETMELİĞİNDE
DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA
DAİR YÖNETMELİK**

MADDE 1 – 30/9/2005 tarihli ve 25952 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yönetmeliğinin 17 nci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi ile aynı fıkranın (b) bendinin (2) numaralı alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Yapılacak yardımlar aşağıda maddeler halinde belirtilmiştir.”

“2) Analık Sebebiyle Yapılacak Geçici İş Göremezlik Yardımı: Sadece bayan avukata ve bayan stajyere verilmek üzere, doğum yapması nedeniyle yapılacak olan yardımdır.”

MADDE 2 – Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 – Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu yürütür.

RG: 14 Ağustos 2009/Sayı 27319

"ADALET

BİRAZ ES GEÇİLİYOR..."

Demokratikleşme Sürecinde
Hâkimler ve Savcılar,

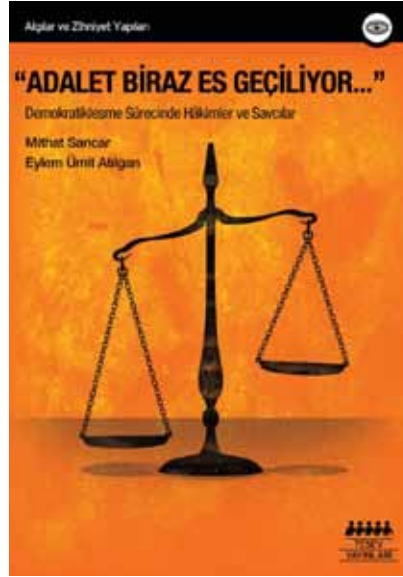
Mithat Sancar / Eylem Ümit
Atılğan, TESEV Yayınları, 2009

**"BİRAZ ADİL,
BİRAZ DEĞİL..."**

Demokratikleşme Sürecinde
Toplumun Yargı Algısı,

Mithat Sancar / Suavi Aydın,
TESEV Yayınları, 2009

*"Demokratikleşme Sürecin-
de", "hakimler ve savcılar" ile
"toplum"un "yargı algılaması" ve "zihniyet yapıları"nın araştırıldı-
ğı bu iki kitap Almanya Federal Cumhuriyeti Ankara Büyükelçi-
liği, Türkiye Açık Toplum Enstitüsü ve TESEV Yüksek Danışma
Kurulu'nun katkılarıyla yayımlanmış...*



Demokratikleşme Program Direktörü Etyen Mahçupyan'ın yazısından *"Algılar ve Zihniyetler"* ana başlığı altında bir dizi hazırladığını, bunu dindarlık, laiklik, milliyetçilik ve aile boyutlarının tamamlanıp yayımlandığını; bundan sonraki çalışmaların kurumları ve bürokratik yapıyı ele alacağını öğreniyoruz.

İlk kitapta hâkimler ve savcıları kuşatan zihniyet çerçevesi hedef alınmış, hâkim ve savcıların devlet, adalet ve hak kavramlarına bakış açıları sorgulanmıştır.

İkinci kitapta toplumun aynı kavramlara bakış açısı irdelenmiş bulunmaktadır.

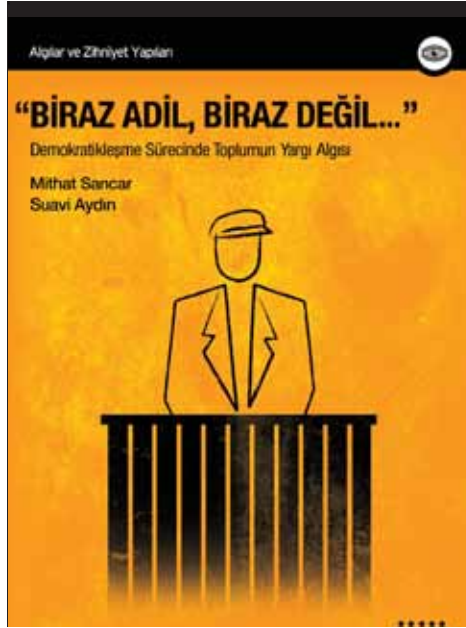
Projenin üçüncü ayağının yargı-medya ilişkileri, dördüncüsünün ise *"yargının misyonu ve rolü"* konusunda olacağı belirtilmiştir.

Daha sonra silahlı kuvvetler ile emniyetin ve bütün bürokrasi-

nin aynı konulara bakış açısı ve algılamalarının irdeleneceği anlaşılmaktadır.

Toplumsal yapının, anlayış ve algılamaların bilimsel yöntemlerle ortaya çıkması yolundaki çalışmaların önemini idrak etmekteyiz. Ancak bu konuda öncelikle sorunların doğru algılanmış olması gerekmektedir. Konumuz itibariyle “yargı” konusunda sorugulayıcıların algılamaları tartışmaya açıktır.

Önce “yargı” deyince, sadece hâkim ve savcılarını anlamak, yargılamanın üçüncü aktörü olan avukatlar konusunda hiç söz etmemek bir eksiklik olarak ortaya çıkıyor. İkinci ve daha önemlisi hâkimlerle savcılarının aynı ölçülerle tartılmaya çalışılmasının da araştırmada açıklaması bulunmamaktadır. Bir gazetecinin bile “savcılarının yargı bağımsızlığıyla ne gibi bir ilgisi var, ben bunu bilmiyorum. Normalde etki altında kalmadan iş yapabilmeleri için bir



dizi ayrıcalığa ve korumaya ihtiyacı olan insanlar yargıçlardır. Yargıcın kendini vicdanından başka hiçbir şeye bağımlı hissetmemesinin aktif olarak sağlanması gerekir. Savcılar ise, halkın avukatları olmalıdır, bu anlamda onlardan tarafsız ve bağımsız olmaları beklenemez ve beklenmemelidir de. Ama bizde nedense özlük işleri bakımından hâkimlerle savcılar aynı kurul tarafından göreve atanıyor ve terfi ettiriliyorlar. Bu çok yanlış.” (İsmet Berkan, *Radikal*, 3.8.2009) anlayışına geldiği günümüzde hiçbir örneği bulunmayan hâkim-savcı birlikteliğini görmezden gelmek gerçekten anlaşılabilir bir tutumdur. Sadece bir yerde (s. 78) teminat açısından hâkimlerle savcılar arasındaki farklılık başlıkta ima edilmiştir. Savcılarının devlet konusundaki

anlayışı ile hâkimlerin devlet karşısındaki tutum ve davranışları mutlaka farklı olacaktır, olmalıdır. Her ikisinin birlikte mütalaa edilmesinden dolayı özellikle “Yargıda Devletçilik Sorunu” (s. 120 vd.) ciddi kavram kargaşası görünümüne bürünmüştür.

Çalışmada hâkim-savcı (örneğin s. 44) deniyor, ama hep “hâkim” üzerinde yoğunlaşıyor. O zaman konulan etiket sadece savcılığın yanlış algılanmasına neden olmaktan başka bir sonuç doğurmuyor.

Çalışmanın amacı “yargı etrafındaki tartışmalara” katkı sunmak, “yargı alanında ve yargıya dair ne gibi sorunların yaşandığını” tespit etmek diye betimlendiğine göre, “savunma” nazara alınmadan yargının hiçbir sorunun da çözülemeyeceğini iyi bilmek ve kurumu ona göre değerlendirmek gerekmektedir. Hatta “yargının demokratik meşruiyet ve denetim”inde “hesap verilebilirlik” ve “şeffaflaşma”da etkin bir savunmanın oynayacağı rol küçümsememelidir.

Araştırma dört ilde görev yapan 51 hâkim ve savcı ile “nitel araştırma” tekniğiyle gerçekleştirilen görüşmelere dayanmaktadır. Sayının az olması çalışmanın ilk sayılabilir olması nedeniyle mazur görülebilir kanaatindeyim. İleride daha kapsamlı çalışmalara öncülük edebileceği düşünülebilir. Oysa buna benzer başka çalışmalar da bulunmaktadır.(Bkz. Mustafa Tören Yücel, *Hukuk Sosyolojisi*, 4. Bası, Ankara 2008, s. 289) Kitapta önemli olan kavram ve kurumlar hakkında yapılan özlü görüşlerdir. Bu görüşleri taşıyan yazarların “yargılama diyalektiği”nin önemli ögesi ve yargının “kurucu unsuru savunma”dan hiç söz etme gereği duymamış olmaları ilgi çekicidir. Anlaşılan onlar da yargılamayı, pek çok yargı mensubu gibi sadece dosya incelemek biçiminde algılamaktadırlar.

T. E.

**HALÛK KONURALP
ANISINA ARMAĞAN,**

Cilt:1-3, Bilkent Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Yetkin
Yayınları, Ankara 2009

Bir yıl önce, 2008 yılında 54 yaşında aramızdan ayrılan Doç. Dr. Halûk Konuralp anısına Türk ve Alman meslektaşları tarafından çıkarılan üç ciltlik anı kitabında Medeni Usul Hukuku , İcra ve İflas Hukuku, Kamu Hukuku, Özel Hukuk genel başlıkları altında 138 makale toplanmıştır.

Hukuk kitaplığımızın vaz geçilmez kaynaklarından biri olabileceğine inanıyoruz. Hocamıza bir kere daha Tanrı'dan rahmet diliyoruz.



**Prof. Dr. Erdener Yurtcan,
ÖLDÜRME VE YARALAMA
SUÇLARI,**

İstanbul Barosu Yayını, İstanbul
2009

**Prof. Dr. Erdener Yurtcan,
CİNSEL SUÇLAR,**

İstanbul Barosu Yayını, İstanbul
2009

**Prof. Dr. Erdener Yurtcan,
HAKARET SUÇLARI,**

İstanbul Barosu Yayını, İstanbul
2009

**Prof. Dr. Erdener Yurtcan,
SAHTECİLİK SUÇLARI,**

İstanbul Barosu Yayını, İstanbul
2009

Değerli bilim adamı Prof. Dr. Erdener Yurtcan, 109-112 sayılı dört kitabının önsözünde özenle vurguladığı gibi, "uygulamacı dik-kate alınarak" bu kitapları hazırlamıştır. Kitap ilgili maddeler, yorumları ve TCK hükümleri ve gerekçelerinden oluşturulmuş, Yargıtay kararları ile zenginleştirilmiştir. Yazar Yargıtay kararları kaynaklarını da göstermektedir. Bu suretle, uygulayıcıya yararlanacağı kaynaklar konusunda yol da göstermektedir.

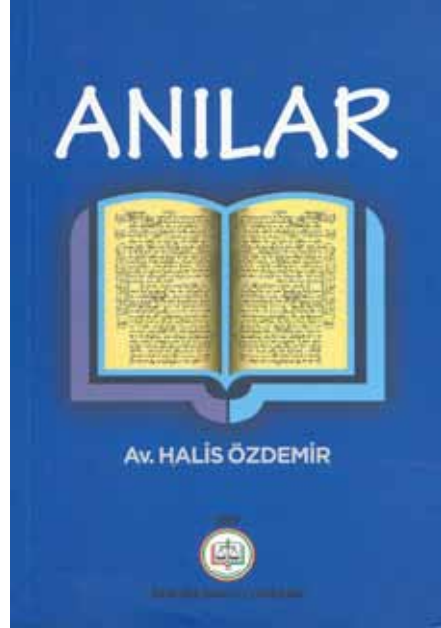
Bir kitap biraz da yararlanmak isteyenlerin becerisine göre değer kazanır. İstanbul Barosu'nun yayınları arasında çıkan bu dört kitabın uygulayıcılara yararlı olması dileğiyle tavsiye ederiz.

**PROF. DR. ÜNAL
NARMANLIOĞLU'NA
ARMAĞAN,**

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin 9. cilt 2007 özel sayısı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2007 (Basım yılı 2009)

Dokuz Üniversitesi Dekanı Prof. Dr. Yusuf Karakoç'un önsözünü yazdığı *Ünal Narmanlioğlu'na Armağan* dergi özel sayısında/kitabında özellikle iş ve sosyal güvenlik hukuku alanında makale ve tebliğler yer almaktadır.

Hocamıza emeklilik yıllarında sağlık ve huzurlu yıllar dileriz.



**Av. Halis Özdemir,
ANILAR,**

İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2009

İstanbul Barosu'nun 1921 doğumlu üyesi Halis Özdemir 1951 yılında Ardahan'da avukatlığa başlıyor; 1979 yılında İstanbul'a naklediyor. Bu yolculuğun çeşitli aşamalarında başından geçen politik ve hukuk olaylarını, tanıdığı kişiler hakkındaki değerlendirmelerini, ailesini içtenlikle, mütevazı ve akıcı bir dille bizlerle paylaşan üstadımıza sağlıklı yıllar diliyoruz.